10.054

Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis

Rapport des Commissions de gestion des Chambres fédérales

du 30 mai 2010

Résumé

Rappel des faits

Au cours du dernier trimestre 2008 et du premier trimestre 2009, la Confédération suisse a été appelée à prendre deux mesures concernant UBS:

1. *à la mi-octobre 2008, UBS rencontrait de sérieux problèmes de liquidités à cause de la crise financière et de ses conséquences, à tel point que l'existence même de la banque était menacée. Une nouvelle recapitalisation privée d'UBS n'ayant pu être effectuée, le Conseil fédéral et la Banque nationale suisse (BNS) ont décidé, le 15 octobre 2008, de prendre des mesures concertées afin d'écarter ce danger et de prévenir un désastre pour l'économie suisse et la stabilité financière du pays. Ce jour-là, le Conseil fédéral a décidé de venir en aide à UBS en souscrivant un emprunt à conversion obligatoire d'un montant de 6 milliards de francs. Simultanément, la BNS s'est engagée à reprendre à UBS ses actifs «toxiques» pour une valeur maximale de 60 milliards de dollars[1];*
2. *après plusieurs mois de négociations entre UBS et les autorités américaines, la FINMA s'est vue contrainte, le 18 février 2009, de décider la transmission de données de clients par UBS[2]. En dépit des efforts de plusieurs autorités suisses (notamment la Commission fédérale des banques/FINMA et le Département fédéral des finances) depuis mars 2008 pour endiguer la pression exercée de façon croissante par les autorités américaines dans le cadre des entraides administratives accordées à l'organe américain de surveillance de la régularité des opérations boursières (U.S. Securities and Exchange Commission; ci-après: SEC) et aux autorités fiscales américaines (Internal Revenue Service; ci-après: IRS), la transmission des données n'a pu être évitée.*

La première mesure a été d'une portée exceptionnelle pour la Suisse, eu égard à l'ampleur de l'intervention financière de la Confédération en faveur d'UBS, soit une entreprise du secteur privé. Quant à la seconde mesure, elle a également eu des conséquences considérables pour notre pays: à la suite de la transmission des données de clients, en février 2009, la Suisse a dû relativiser la distinction qu'elle faisait entre fraude et évasion fiscales, reprendre l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE pour les conventions contre les doubles impositions et concéder aux Etats-Unis, à l'été 2009, une entraide administrative élargie dans le cadre d'une révision de la convention de double imposition passée entre les deux pays (CDI)[3].

1 Chap. 2.5.3.2.
2 Chap. 3.5.2.4.
3 Chap. 3.5.4.

Inspection réalisée par les CdG

C'est dans ce contexte que les Commissions de gestion des Chambres fédérales (CdG) ont mené, de mars 2009 à la fin mai 2010, une inspection approfondie afin de faire la lumière sur l'attitude des autorités suisses concernées, sous les angles de l'opportunité et de l'efficacité, durant la période ayant précédé les deux mesures précitées. L'appréciation du comportement d'UBS et des autorités américaines ne faisant pas partie du domaine de la haute surveillance parlementaire, les CdG n'ont pas pu enquêter sur celui-ci[4].

Lors de 60 auditions réparties sur 30 séances, les CdG ont entendu les membres du Conseil fédéral et les représentants du Département fédéral des finances (DFF), du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), du Département fédéral de justice et police (DFJP), de la Commission fédérale des banques (CFB)/FINMA, du Tribunal administratif fédéral, de la BNS et d'UBS[5]*, ainsi que plusieurs experts indépendants. S'agissant de l'analyse du comportement des autorités avant et pendant la crise financière, en comparaison internationale, les CdG ont confié une étude ad hoc à des experts indépendants*[6]*. Elles ont examiné en outre de nombreux documents et demandé à la Délégation des Commissions de gestion (DélCdG) de consulter les documents confidentiels de la Chancellerie fédérale concernant les délibérations au sein du Conseil fédéral*[7].

Les principaux résultats de l'inspection menée par les CdG sont résumés ci-après. La lecture de ce résumé ne saurait toutefois remplacer la lecture complète du rapport. Celui-ci établit en effet l'ensemble des faits de manière exhaustive, lesquels permettent de comprendre les conclusions des CdG.

Enquête I: Comportement des autorités suisses face à la crise financière

1. Des turbulences financières à une crise économique et financière majeure

La crise financière, qui a déclenché les difficultés de grandes banques comme UBS et Credit Suisse, trouve son origine dans les problèmes liés au marché hypothécaire américain à risque, nommé marché des subprimes*. En 2007, il s'agissait essentiellement de turbulences financières puis, suite à la faillite de la banque* Lehman Brothers *le 15 septembre 2008, on a assisté à une chute de l'économie mondiale et à l'installation d'une crise économique et financière d'une grande ampleur*[8].

Le marché américain des subprimes *a connu des difficultés en 2006 déjà, avec une chute sévère des prix immobiliers. Ne connaissant pas les engagements d'UBS sur ce marché, la CFB l'a interrogée à ce sujet en mars 2007 seulement. A cette date, UBS avait non seulement une connaissance erronée de son exposition, mais espérait même pouvoir bénéficier de la chute de ce marché. Cela s'explique par le fait que le système de gestion des risques d'UBS n'intégrait pas les expositions qui se sont*

4 Chap. 1.2, 2.1.3 et 3.1.2.
5 Chap. 3.6.8.4.
6 Chap. 2.9.5.
7 Chap. 1.5.2.
8 Chap. 2.1.1, 2.3 et 2.4.

avérées les plus problématiques, du fait de leur notation a priori bonne (Triple A), par les agences internationales[9].

L'incertitude croissante concernant l'étendue des pertes et amortissements à subir par les grandes banques internationales sur le marché des subprimes *a finalement mené à une grave crise de confiance sur les marchés interbancaires. Cette crise de confiance s'est concrétisée le 9 août 2007 par un assèchement presque complet des liquidités sur les marché interbancaire ce qui a donné le signal d'un profond dysfonctionnement du secteur bancaire.*

A partir de ce moment, la BNS et la CFB se sont activées et ont adopté un certain nombre de mesures. En août 2007, la BNS mettait en œuvre, en coordination avec d'autres banques centrales, des opérations d'injections massives de liquidités afin de garantir le fonctionnement des marchés monétaires et interbancaires. Elle renforçait également le suivi des marchés touchés par les turbulences. Parallèlement, la CFB développait, en collaboration avec la BNS, son suivi des grandes banques. Elle a également corrigé ses procédures et réorganisé son Service Grandes banques. A la fin du mois d'août 2007, la CFB décidait provisoirement le relèvement immédiat des exigences de fonds propres pour UBS et Credit Suisse[10].

En janvier 2008, le chef du DFF a été informé par les présidents de la BNS et de la CFB qu'UBS faisait face à des difficultés très graves. La situation de la banque était préoccupante et il devenait nécessaire de préparer un scénario de dernier recours, c'est-à-dire préparer une éventuelle intervention étatique en faveur de la banque. A ce stade, le Conseil fédéral n'a pas été informé de la gravité de la situation par le chef du DFF[11].

En mars 2008, la CFB a exigé que Marcel Ospel présente sa démission de la présidence du conseil d'administration d'UBS, ce qu'il a fait lors de l'assemblée générale de la banque, le 23 avril 2008[12].

Après un été relativement calme, la faillite de la banque Lehman Brothers*, le 15 septembre 2008, allait perturber profondément le système financier international et provoquer un fort ralentissement économique. La situation d'UBS s'est aggravée à un point tel qu'une aide de la BNS et de la Confédération s'est avérée indispensable pour assurer la stabilité du système financier et de l'économie suisse*[13].

Le 20 septembre 2008, le président de la BNS et le président de la CFB ont contacté séparément le chef du DFF pour lui indiquer qu'ils jugeaient la situation d'UBS très grave[14].

Le dimanche 21 septembre 2008, les plus hauts responsables de la BNS, de la CFB et du DFF en charge de la gestion de la crise ont été informés d'une part qu'UBS avait besoin rapidement d'un appui des autorités et d'autre part que le chef du DFF

9 Chap. 2.3.
10 Chap. 2.5.1.
11 Chap. 2.5.2.2.
12 Chapire 2.5.2.6.
13 Chap. 2.5.3.
14 Chap. 2.6.3.

avait été victime d'un accident cardio-vasculaire la veille[15]*. Il s'agissait alors d'assurer la suppléance du chef du DFF par la cheffe du DFJP ainsi que de finaliser les mesures de soutien.*

Ainsi, en l'espace de quelques jours, les difficultés d'UBS s'étaient aggravées à un point tel que sa survie était menacée et ne dépendait plus que d'une aide extérieure que la banque a sollicitée officiellement le 14 octobre 2008.

A sa séance du 15 octobre 2008, le Conseil fédéral a décidé du train de mesures en faveur de la stabilité du système. Le transfert d'actifs illiquides d'UBS, pour un montant maximal de 60 milliards de dollars à une société à but spécial financé par la BNS, et le renforcement de la base de fonds propres d'UBS, par la souscription d'un emprunt à conversion obligatoire à hauteur de 6 milliards de francs par la Confédération, en constituaient les deux principales mesures[16]*.*

2. Une organisation de gestion de crise n'impliquant pas le Conseil fédéral

Depuis la fin des années 90, la BNS, la CFB et l'AFF ont mené des réflexions sur les structures de coordination et de pilotage en cas de crise financière et, plus récemment, sur les options d'intervention en cas de faillite d'une grande banque suisse[17]*. Par conséquent, lorsque la crise financière s'est manifestée et que la question d'un soutien étatique à UBS s'est posée, les autorités suisses bénéficiaient d'une organisation de crise structurée, de réflexions avancées concernant des scénarios en cas de crise d'une grande banque et d'une certaine expérience de collaboration. Par contre, les scénarios n'envisageaient pas une crise du système financier dans son ensemble. En outre, l'organisation de crise ne disposait pas de plans opérationnels et une décision de principe quant à un éventuel engagement financier de la Confédération pour sauver une grande banque n'existait pas non plus.*

Les CdG relèvent que les autorités helvétiques ont perçu ces risques et pris des mesures préventives. Les CdG ne doutent pas que les structures mises sur pied ont offert un cadre propice à la collaboration et à la définition du train de mesures en faveur de la stabilité du système financier, quand bien même des plans opérationnels n'avaient pas encore été élaborés.

Alors que l'organisation de crise prévoit le moment – lors d'une implication probable de la Confédération – où le DFF prend la direction des affaires, les CdG constatent que l'organisation de crise ne prévoit pas de rôle ou de modalités spécifiques en ce qui concerne l'implication du Conseil fédéral. Pour les CdG, il est cependant absolument nécessaire que le Conseil fédéral soit impliqué dans une telle structure. Une crise financière et économique peut avoir des conséquences graves sur la société, les citoyens et la sécurité du pays. Les CdG ne comprennent donc pas que le Conseil fédéral n'ait pas été intégré dans le dispositif d'organisation de crise et que, finalement, son rôle se soit réduit à celui de «dernier décideur» de mesures à l'élaboration desquelles il n'avait pas participé. Dès lors, il apparaît absolument

15 Chap. 2.6.3.
16 Chap. 2.5.3.2.
17 Chap. 2.2.

nécessaire aux CdG que le rôle et l'implication du Conseil fédéral soient définis pour toute organisation de crise (recommandation 1)[18].

3. Une incapacité à détecter la crise, une pratique de surveillance à modifier

Bien avant que la crise n'ait éclaté, la BNS et la CFB ont fait part de leurs préoccupations au sujet de la croissance du bilan des grandes banques, de leur gestion des risques ou encore de la problématique des fonds propres insuffisants. D'autres acteurs, dont le plus notable est la Banque des règlements internationaux, ont été plus précis dans leurs avertissements et ont mis en évidence les dangers liés directement au marché hypothécaire américain[19].

*Au vu de ces indices et des événements survenus par la suite, les CdG considèrent que les autorités suisses ont échoué dans la détection de la crise, tout comme la plus grande partie des autorités à l'échelle mondiale. La question des entreprises trop grandes pour faire faillite (*too big to fail*) n'était pas encore posée véritablement ou pour le moins ne suscitait pas de débat. Cela peut s'expliquer en partie par les résultats (bénéficiaires) exceptionnels des deux grandes banques qui ne laissaient à l'époque que peu de place au doute concernant leur santé financière ou la qualité de leurs options stratégiques.*

Les CdG estiment aussi que les autorités se sont trop facilement satisfaites de leurs premiers constats. L'incapacité à détecter suffisamment tôt une crise d'une telle ampleur soulève en outre de nombreuses questions sur la pertinence des objectifs et des instruments de la surveillance des marchés financiers. La CFB a certes indiqué dans ses rapports de gestion, ainsi que dans le cadre de la coopération internationale, l'importance d'une gestion des risques efficiente. Elle doit cependant se reprocher de n'avoir pas mis en œuvre concrètement ses connaissances dans sa pratique de surveillance, en particulier celle d'UBS. Elle a notamment omis de procéder à des clarifications approfondies en la matière, et même de prévoir des exigences concernant les risques juridiques ou de réputation et ceci malgré le fait que la structure de risque d'UBS aurait dû susciter de nombreuses questions[20].

Aux yeux des CdG, ces constats d'échec nécessitent des améliorations importantes, car la Suisse est dépendante de la santé des deux plus grands établissements bancaires du pays, et particulièrement sensible dans ce domaine. La taille exceptionnelle – notamment en comparaison avec d'autres Etats – de son secteur bancaire ainsi que sa concentration tout aussi particulière imposent à la Suisse de ne pas être «moyenne» en matière de détection de crise et de surveillance mais au contraire, d'être en tête aussi bien dans le domaine de la détection précoce, des réformes sur la scène internationale, que dans la mise en œuvre des meilleures pratiques (best practices) en matière de surveillance bancaire.

Selon les CdG, les principales difficultés auxquelles sont confrontées les autorités suisses pour détecter à temps les crises des marchés financiers sont liées 1. à la dépendance de la CFB/FINMA aux informations transmises par d'autres organes

18 Chap. 2.10.1.
19 Chap. 2.3.
20 Chap. 2.10.2.

(banques, banque centrale, organes de révision, agences de notation), 2. au manque de suivi apporté à leurs propres critiques ou observations, en particulier celles provenant de la CFB et 3. du manque d'esprit critique de l'ensemble des autorités impliquées.

Les CdG concluent, d'une part, qu'une clarification et une définition plus précise des objectifs permettront de disposer d'exigences claires et réalistes par rapport aux rôles et responsabilités des autorités et, d'autre part, qu'une analyse de l'organisation, des moyens et des instruments doit en résulter pour permettre aux autorités de faire face au poids des grandes banques et des autres instituts à surveiller, ainsi qu'aux enjeux en termes de stabilité financière et économique que ces institutions représentent.

Les CdG contestent la conclusion du Conseil fédéral, dans son rapport du 12 mai 2010, selon laquelle il n'est plus nécessaire de légiférer en la matière. En effet, les CdG sont convaincues qu'il faut réévaluer la pertinence des objectifs fixés aux autorités chargées de la surveillance des marchés financiers ou de la stabilité financière, et leur confier les compétences nécessaires pour atteindre ces objectifs (recommandation 2)[21].

Au vu des expériences et de certaines pratiques qui se sont avérées efficaces à l'étranger, les CdG sont convaincues que la pratique de surveillance suisse doit encore évoluer. La FINMA doit en particulier concrétiser rapidement ses objectifs stratégiques définis en septembre 2009 (recommandation 3)[22].

*Selon les CdG, la BNS et la FINMA doivent aussi diversifier davantage leurs sources d'information. Il existe en effet un risque que les voix plus critiques ne soient pas suffisamment prises en considération, alors qu'elles constituent des sources essentielles de réflexions et d'indices en matière de détection. Les CdG sont convaincues que la BNS et la FINMA doivent éviter ce cloisonnement (*groupthink*) et développer les contacts, structures ou canaux d'informations adéquats pour combler ce manque. La BNS et la FINMA doivent à l'avenir disposer de liens établis et institutionnalisés avec des experts indépendants (recommandation 4)*[23].

Selon les CdG, la détection précoce exige, de la part des autorités, une coordination optimale au niveau de l'échange d'informations. La stabilité du système financier suisse est fortement dépendante de la qualité de la surveillance des banques. Inversement, la surveillance des banques est aussi fortement dépendante de la qualité des analyses sur la stabilité des systèmes financiers suisse et internationaux. Ainsi, une collaboration soutenue, étroite et régulière, entre la BNS et la FINMA est une condition indispensable et essentielle pour que la stabilité du système financier soit assurée et que la surveillance des banques soit efficace (recommandation 5)[24].

Les CdG constatent qu'au sein même de la CFB, les échanges d'informations entre les personnes s'occupant de la surveillance d'UBS et celles s'occupant de la surveil-

21 Chap. 2.3, 2.3.4 et 2.10.2.
22 Chap. 2.7.1.4, 2.9.4.2 et 2.10.2.
23 Chap. 2.3.4.3 et 2.10.2.
24 Chap. 2.3 et 2.10.2.

lance du Credit Suisse ont été clairement insuffisants. Elles invitent donc le Conseil fédéral à vérifier que les processus de travail et la nouvelle organisation de la FINMA soient en adéquation avec son mandat (recommandation 6)[25].

4. Une gestion adéquate de la crise par les autorités suisses

Les CdG partagent les constats des organisations internationales – tels que le FMI ou l'OCDE – ainsi que des experts, mandatés tant par le Conseil fédéral que par les CdG, selon lesquels les mesures prises par les autorités suisses ont été adéquates, compte tenu des effets positifs qu'elles ont engendrés sur la stabilité financière et économique du pays[26].

Pour les CdG, ces mesures ont été prises au moment opportun, elles ont par ailleurs été efficaces, adaptées à la situation et financièrement supportables pour la Confédération. Les CdG relèvent aussi l'implication et l'excellente réputation des autorités suisses au sein des organes internationaux, avant, pendant et après la crise[27].

5. Une nécessaire mise en œuvre des enseignements

Les nombreuses interventions parlementaires à l'échelle nationale, tout comme les non moins nombreuses discussions à l'échelle internationale illustrent la volonté et la nécessité de tirer les enseignements de la crise[28].

Les CdG relèvent que, deux ans après l'aggravation de la crise financière qui a mené les autorités suisses à développer des options d'intervention en cas de faillite d'UBS (mars 2008), la fenêtre d'opportunité pour mener les réformes adéquates se referme. Si les problématiques de la politique salariale et des bonus des grandes banques, de la surveillance des banques, de la stabilité financière ainsi que celles posées par les banques trop grandes pour faire faillite ont été reconnues, il reste à concrétiser les mesures. Ces chantiers ne peuvent souffrir aucun retard selon les CdG. Dans ce contexte, les CdG sont d'avis que le Conseil fédéral doit étudier de manière exhaustive l'ensemble des recommandations émises par les experts qu'il a lui-même mandatés (recommandation 7)[29].

6. Des bases d'information du Conseil fédéral insuffisantes

Entre décembre 2007 et avril 2008, le Conseil fédéral n'a pas été informé au sujet des préparatifs élaborés par le DFF, la BNS et la CFB, alors qu'il s'agissait du moment-clé de l'intervention du DFF. En effet, à cette période, UBS connaissait des pertes massives, l'organisation de crise avait été activée et, suite à l'alerte émise par la BNS et la FINMA, le DFF s'était impliqué dans l'élaboration des options d'intervention[30].

25 Chap. 2.3, 2.9.4.1 et 2.10.2.
26 Chap. 2.5, 2.7 et 2.10.3.
27 Chap. 2.10.3.
28 Chap. 2.9.
29 Chap. 2.10.4.
30 Chap. 2.8.2.

Conséquemment, les CdG sont arrivées aux deux conclusions suivantes:

- *le chef du DFF était bien informé de la part de l'AFF, de la BNS et de la CFB, mais il n'a pas suffisamment informé le Conseil fédéral, en justifiant cela par sa crainte d'indiscrétions (impact sur la bourse). C'est pourquoi, le chef du DFF a mené la gestion de ce dossier de manière individuelle, sans vouloir impliquer le Conseil fédéral;*
- *les membres du Conseil fédéral se sont satisfaits de cet état de fait et ne se sont pas suffisamment informés. Ils n'ont pas assumé leurs responsabilités*[31].

Si la logique d'une politique de communication très restrictive de la part du chef du DFF peut encore être comprise au vu de la nature très sensible des informations et des conséquences graves que leur publicité provoquerait, les CdG sont particulièrement interpellées par le fait que le Conseil fédéral ne puisse pas travailler dans un climat de confiance et de confidentialité. Elles estiment que la stabilité du pays voire même sa sécurité ne peuvent pas être mises en péril par le simple fait que les sept plus hauts dirigeants du pays n'aient pas la capacité de conserver une information confidentielle au sein du collège qui les réunit (cf. motion 2 et recommandation 15).

7. Un pilotage du Conseil fédéral déficient

Entre janvier 2008 (date à laquelle la BNS et la FINMA ont alerté le chef du DFF de la situation) et septembre 2008, la gestion de crise était entre les mains du chef du DFF.

En avril 2008, la cheffe du DFE était consultée au sujet des options d'intervention élaborées par le DFF, la BNS et la CFB, compte tenu des conséquences économiques que pouvait avoir la faillite d'une grande banque. Il apparaît aux CdG que les membres du Conseil fédéral disposant de cette information auraient dû informer le collège dans son entier[32].

Entre avril 2008 et septembre 2008, soit durant cinq mois, le Conseil fédéral ne traite pas de la crise financière.

Les CdG considèrent par conséquent qu'avant septembre 2008, le Conseil fédéral n'a effectué aucun pilotage de la crise financière[33].

Dès le 21 septembre 2008, le Conseil fédéral a été davantage impliqué car la situation d'UBS et l'absence du chef du DFF l'exigeaient. Le président de la Confédération a, dès ce moment, conduit l'intervention de la Confédération notamment avec la cheffe du DFJP.

Les CdG relèvent que la stratégie suivie par le président de la Confédération – à savoir mobiliser la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques afin d'assurer une décision positive du Conseil fédéral relative au train de mesures – a fonctionné. Toutefois, le but d'une délégation est de préparer un sujet en vue de son traitement au Conseil fédéral; pour les objets de grande importance, comme celui de la crise financière, elle ne peut pas servir à court-circuiter le processus décisionnel

31 Chap. 2.10.5.
32 Chap. 2.8.3.
33 Chap. 2.10.6.

du Conseil fédéral, ce qui revient selon les CdG à vider le collège de sa responsabilité collective. De plus, les membres du Conseil fédéral ne faisant pas partie de la délégation ont critiqué la procédure choisie. Les CdG partagent ce point de vue. En effet, ces trois membres ont dû prendre une décision un jour après avoir pris connaissance de la proposition– proposition portant sur un engagement de la Confédération de 6 milliards de francs impliquant de facto l'engagement de 60 milliards de dollars de la BNS (cf. motion 3 et recommandation 16).

Au vu de ce qui précède les CdG constatent que:

- *le Conseil fédéral n'a pas piloté la gestion de la crise financière;*
- *le Conseil fédéral n'est intervenu que lorsqu'il a dû prendre des décisions concernant le train de mesures, soit les 2 et 15 octobre 2008;*
- *le Conseil fédéral n'a pas mené de réflexions pour dégager des solutions en cas d'aggravation de la crise;*
- *le pilotage du Conseil fédéral est défaillant et ce malgré les recommandations répétées en la matière par les CdG lors de précédentes inspections;*
- *le Conseil fédéral ne semble pas disposer des moyens essentiels à un travail d'équipe lorsqu'une situation de crise l'exige.*

C'est pourquoi de l'avis des CdG, le Conseil fédéral doit, d'une part, s'attacher à résoudre les problèmes de pilotage soulevés dans d'autres inspections des CdG (recommandation 8) et, d'autre part, disposer à son propre niveau d'un système de veille et d'alerte concernant les crises (recommandation 9).

Enquête II:
Comportement des autorités en relation avec la transmission des données de clients d'UBS aux Etats-Unis

1. Genèse de l'affaire

En décembre 2007, la CFB a appris l'existence d'une procédure d'enquête conduite par la SEC*, l'organe américain de surveillance de la régularité des opérations boursières, contre UBS au sujet de ses obligations liées à l'octroi des licences aux Etats-Unis. Après quoi, en mars 2008, la* SEC *a déposé une demande d'entraide administrative auprès de la CFB, dans laquelle il n'était toutefois pas question de transmission de données de clients. Selon UBS, la CFB avait déjà été informée brièvement en décembre 2007 et en janvier 2008 des investigations du* Departement of Justice des Etats-Unis (DOJ), *mais ce n'est qu'à la fin du mois de février 2008 qu'il est devenu apparent que le* DOJ *cherchait à obtenir des données de clients d'UBS. Cette dernière venait en fait d'apprendre elle-même l'existence de cette requête du* DOJ *dans le cadre d'une enquête de l'*IRS*, l'autorité fiscale américaine, dirigée contre elle. Il est apparu par la suite que ces trois procédures américaines contre UBS avaient été lancées à l'automne 2007 et qu'elles portaient sur ses activités transfrontalières avec des clients privés aux Etats-Unis*[34].

34 Chap. 3.2.2.2.

L'enquête du DOJ *devait clarifier le rôle joué par UBS et ses dirigeants dans les activités transfrontalières de la banque avec des clients privés aux Etats-Unis, pour des cas de fraudes et d'évasions fiscales. Le* DOJ *voulait déterminer notamment si UBS avait sciemment contrevenu à ses obligations contractuelles envers l'*IRS *et contribué à contourner les lois fiscales américaines en mettant en place des structures* offshore *pour des clients assujettis à l'impôt aux Etats-Unis. Comme beaucoup d'autres banques dans le monde, UBS est en effet soumise à différentes obligations envers l'*IRS *en vertu d'un* Qualified Intermediary Agreement *(*QIA*); citons par exemple l'obligation d'annonce et de retenue d'impôts*[35].

Le principe de base du QIA *veut que les instituts financiers, tels qu'UBS, soient tenus de connaître l'identité de leurs clients qui perçoivent des rendements de capitaux américains, de classer ces mêmes clients, selon les instructions de l'*IRS *et sur la base de la CDI, en fonction de leur domicile et de leur statut et de remplir le cas échéant des obligations d'informations et de retenues d'impôts à la source pour le compte de l'*IRS. *Par ce dispositif, les Etats-Unis voulaient désormais empêcher que les personnes assujetties à l'impôt sur leur territoire perpétuent, en s'appuyant sur les conventions de double imposition, des pratiques qu'ils considèrent comme abusives et qui engendrent pour eux des pertes fiscales considérables*[36].

Il apparaîtra plus tard que certains employés d'UBS avaient aidé des clients américains, dans environ 300 cas, à mettre en place des structures offshore *et qu'ils avaient parfois accepté de fausses déclarations sur des formulaires américains afin que d'importants clients ne soient pas considérés comme des contribuables assujettis au fisc américain*[37].

2. Evolution du dossier et rôle des autorités suisses

Début mars 2008, lorsque la CFB a appris par UBS que les autorités américaines allaient tenter d'obtenir, à travers au moins l'un des volets de leurs investigations, des données de clients d'UBS, elle a immédiatement compris la portée de cette démarche, dont les conséquences iraient bien au-delà de la mission de surveillance qui lui incombe. Sans perdre un instant, elle a consulté des représentants des services de l'administration fédérale susceptibles d'être concernés et les a informés, conjointement avec UBS, de la situation[38].

Par la suite, le chef du DFF a institué un groupe de travail, composé de représentants de l'AFF, de la Division politique V (DP V) du DFAE, de l'Office fédéral de la justice (OFJ) du DFJP, de l'Administration fédérale des contributions (AFC) du DFF et, dans une phase initiale, du Ministère public de la Confédération. Ce groupe de travail était dirigé par celui qui était à l'époque le chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF, Alexander Karrer, d'où le nom «groupe de travail Karrer»[39]. *A partir de ce moment-là,*

35 Chap. 3.2.2.1.
36 Chap. 3.2.1.
37 Chap. 3.4.3.10.
38 Chap. 3.2.2.3.
39 Chap. 3.3.2.3.

l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis a également été intégrée aux travaux de ce groupe.

Dans un premier temps, le groupe de travail Karrer n'a pas jugé que la nécessité d'agir était imminente[40]*. Son point de vue a changé à la fin avril 2008, quand les autorités américaines ont procédé à l'arrestation de Martin Liechti, alors responsable des activités d'UBS pour l'Amérique du Nord. Retenu ensuite longtemps comme témoin, celui-ci a été interrogé par les autorités américaines, qui cherchaient à lui soutirer notamment des données de clients*[41]*. Dès ce moment-là, il était clair pour le groupe de travail Karrer qu'il devait agir afin que la requête des Etats-Unis concernant des données de clients soit traitée dans le respect des principes de l'Etat de droit. Après avoir examiné aussi bien la voie de l'entraide judiciaire que celle de l'entraide administrative, le groupe de travail Karrer a décidé d'opter pour cette dernière, car il était alors déjà évident que les autorités américaines insisteraient pour obtenir le plus vite possible des données de clients et que la procédure d'entraide administrative en matière fiscale pourrait aboutir plus rapidement. Le groupe de travail Karrer était également favorable à la procédure d'entraide administrative parce que les autorités américaines ne connaissaient pas les noms des fraudeurs présumés du fisc et ne pouvaient donc adresser aux autorités suisses qu'une demande basée sur un «modèle» (autrement dit, sur des clients répondant à certains critères). Or, le groupe de travail Karrer a estimé qu'il était possible d'entrer en matière sur une telle demande dans le cadre de l'entraide administrative plutôt que dans celui de l'entraide judiciaire.*

En mai 2008, il s'est avéré qu'UBS pourrait également avoir violé le droit suisse en matière de surveillance dans le cadre de ses activités transfrontalières avec des clients privés domiciliés aux Etats-Unis, raison pour laquelle la CFB a ouvert sa propre enquête contre UBS[42]*. Par ailleurs, depuis l'automne 2007 se déroulait une enquête interne chez UBS, menée par un cabinet d'avocats américain. Comme la CFB allait s'appuyer en partie sur des éléments de cette enquête interne, elle a mandaté un cabinet d'avocats suisse pour s'assurer que la haute direction d'UBS n'influait en aucune manière sur ladite enquête. Simultanément, dans le cadre de la demande d'entraide administrative émanant de la* SEC*, la CFB continuait de lui fournir des informations et était donc en contact avec les autorités américaines.*

3. Demande d'entraide administrative de l'*IRS* du 16 juillet 2008

*A la suite de différents entretiens téléphoniques et de l'envoi aux Etats-Unis d'une délégation conduite par le directeur suppléant de l'OFJ, les autorités américaines ont été amenées, au début de l'été 2008, à faire en sorte que l'*IRS *dépose une demande d'entraide administrative, le 16 juillet 2008, auprès de l'AFC sur la base de la CDI*[43]*. L'ambassade de Suisse aux Etats-Unis et la cheffe du DFAE s'étaient également engagées à cet effet. Le dépôt de la demande d'entraide administrative de l'*IRS *a semblé permettre d'atténuer quelque peu la pression américaine visant à*

40 Chap. 3.3.1.
41 Chap. 3.3.2.
42 Chap. 3.3.2.4.
43 Chap. 3.3.2.6 à 3.3.2.8.

obtenir des données de clients. Aux yeux des autorités suisses, une voie avait ainsi été trouvée pour examiner la requête des Etats-Unis conformément à l'ordre juridique suisse et transmettre éventuellement des données de clients.

*L'AFC a été fortement sollicitée à la suite de cette demande d'entraide administrative de l'*IRS[44]. *Alors que la Division des affaires internationales de l'AFC recevait en moyenne, au cours des années passées, trois demandes d'entraide administratives de l'étranger par an, elle était confrontée, à l'été 2008, à une demande qui concernait plusieurs centaines de cas. A la mi-juillet 2008, leur nombre exact n'était toutefois connu ni des autorités américaines, ni de l'AFC. C'est à la fin août 2008 que l'*IRS *a précisé sa demande d'entraide administrative, le nombre de comptes concernés ayant alors considérablement augmenté (entre 1600 et 1800 cas supplémentaires)*[45]. *L'AFC a alors renforcé ses ressources en personnel, d'abord en recourant à des employés de l'administration, puis en embauchant, au quatrième trimestre 2008 et au début 2009, des personnes externes à l'administration. Se fondant sur les critères formulés par l'*IRS *dans sa demande d'entraide administrative, UBS a transmis régulièrement des dossiers de clients à l'AFC à partir de la mi-juillet 2008; ce sont ainsi 348 dossiers qui ont été transmis à l'AFC jusqu'à la fin 2008*[46].

4. Insatisfaction des autorités américaines à l'égard de l'entraide administrative: transmission rapide de données exigée hors du cadre de la procédure d'entraide administrative

Alors que, vers la fin de l'été 2008, la CFB menait des discussions avec le DOJ *quant au retrait des activités transfrontalières d'UBS avec des clients privés américains – un représentant d'UBS avait annoncé ce retrait à la mi-juillet 2008, lors d'une audition devant une commission d'enquête du sénat américain –, force a été de constater que le* DOJ *n'accepterait la dissolution des relations d'affaires transfrontalières d'UBS que si, au préalable, des données de clients auraient été transmises aux autorités américaines. En septembre 2008, un échange de «non-papers» a eu lieu entre le* DOJ *et la CFB afin de favoriser la compréhension de l'affaire. Il est alors apparu que la voie de l'entraide administrative, du point de vue des autorités américaines, n'était pas le moyen approprié pour satisfaire leurs exigences, car le* DOJ *voulait recevoir rapidement des données de clients et il estimait que la voie de l'entraide administrative n'était pas satisfaisante*[47]. *Auparavant déjà, les autorités suisses n'étaient pas parvenues à écarter les doutes des autorités américaines concernant la voie de l'entraide administrative.*

La CFB transmettait régulièrement ses évaluations de la situation ainsi que les informations qu'elle recevait d'UBS et des autorités américaines aux membres du groupe de travail Karrer, même lorsque ceux-ci ont cessé de se réunir et n'avaient pratiquement plus de discussions à ce sujet, soit à partir d'août 2008.

44 Chap. 3.3.3.4.
45 Chap. 3.3.2.10 et 3.3.3.4.
46 Chap. 3.3.3.4.
47 Chap. 3.4.1.

Le 17 octobre 2008, UBS a présenté à New York, en présence de représentants des trois autorités américaines concernées et de la CFB, les résultats de son enquête interne. Le cabinet d'avocats américain chargé par UBS de cette enquête était notamment arrivé à la conclusion qu'un petit nombre d'employés d'UBS avaient aidé des clients à contourner les règles du QIA*, mais que les dirigeants d'UBS ne pouvaient pas en être tenus pour responsables*[48].

Le même jour, l'AFC a rendu sa première décision de clôture dans le cadre de la procédure d'entraide administrative.

5. Comportement des autorités suisses jusqu'au 19 décembre 2008

Au vu des réactions des autorités américaines observées lors de la rencontre du 17 octobre 2008 à New York, la CFB a estimé qu'il était urgent que les autorités suisses interviennent afin de permettre rapidement la transmission de données aux Etats-Unis. Pour la CFB, il était clair que cela ne pourrait se faire au moyen de l'entraide administrative. Elle a donc élaboré les différentes options à envisager pour les autorités suisses, options que les membres du groupe de travail Karrer ont ensuite modifiées et qui ont enfin été présentées à la cheffe du DFJP, qui remplaçait alors le chef du DFF, absent pour raisons de santé. L'éventail des options possibles allait de la persévérance dans l'entraide administrative à la livraison de données par le Conseil fédéral sur la base de sa compétence spécifique aux cas d'urgence, en passant par la communication de données par UBS elle-même en vertu d'un état de nécessité pénale. Même l'option du retrait de l'effet suspensif des recours contre les décisions de clôture de l'AFC a été évoquée. A ce moment-là, les membres du groupe de travail concernés ont soulevé la question d'un contact au plus haut niveau politique, qui devrait avoir lieu avant les élections américaines du 4 novembre 2008. Un contact de ce type n'aura toutefois pas lieu avant lesdites élections[49].

De la mi-octobre à la mi-décembre 2008, il est devenu de plus en plus évident que les autorités américaines jugeaient nécessaire une transmission de données avant la fin 2008, cependant que l'éventualité d'une mise en accusation d'UBS aux Etats-Unis devenait de plus en plus sérieuse – celle-ci avait déjà été plus ou moins évoquée à diverses reprises par les autorités américaines depuis le printemps 2008[50]*. Dès le départ, les représentants des autorités suisses et ceux d'UBS étaient unanimes: une mise en accusation de la banque menacerait son existence même. Les indices allant dans ce sens ne provenaient pas seulement du* DOJ *et de l'*IRS*, voire de la CFB, mais aussi de la Banque centrale américaine* (Fed) *et de la BNS ainsi que d'UBS, qui de son côté essayait toujours de trouver une solution avec les autorités américaines. Pour sa part, la BNS a été plusieurs fois informée, à l'occasion de ses contacts avec la* Fed*, de la gravité de la situation et de l'urgence de prendre des mesures*[51]*. Le 12 novembre 2008, les autorités américaines ont donné un signe clair en déférant devant un tribunal Raoul Weil,* CEO *du* GWM & BB *d'UBS.*[52] *Le*

48 Chap. 3.4.2.4.
49 Chap. 3.4.3.1 et 3.4.3.2.
50 Chap. 3.4.2 et 3.4.3.
51 Chap. 3.4.4.3.
52 Chap. 3.4.3.4.

10 décembre 2008, le conseil d'administration d'UBS a écrit aux présidents de la BNS et de la CFB pour leur exposer la situation préoccupante dans laquelle se trouvait leur banque.

Ces informations ont été communiquées aux responsables de l'AFF (ainsi qu'aux membres du groupe de travail Karrer) et, en partie, directement au chef du DFF et ponctuellement à la cheffe du DFJP. Ainsi, la CFB a par exemple clairement informé le chef du DFF et la cheffe du DFJP, lors d'une rencontre organisée le 18 novembre 2008, de la situation et de l'urgence de prendre des mesures[53].

L'AFF, le représentant de l'AFC concerné et l'OFJ ont perçu la pression croissante exercée sur UBS. L'AFF et la CFB n'ont jamais cessé de réaliser ensemble des analyses de la situation, notamment à l'intention du chef du DFF, actualisant plusieurs fois les options envisageables. A cet égard, le maintien de l'entraide administrative et la transmission de données par UBS restaient au nombre des possibilités, tandis que la transmission de données en dehors de ces deux options était fortement critiquée[54].

Quant aux directions des départements concernés, après avoir évalué la situation, elles ont pris quelques mesures: le 10 novembre 2008, une lettre du chef du DFF et de la cheffe du DFJP a été adressée au ministre des finances et au ministre de la justice des Etats-Unis, dans laquelle était soulignée notamment la volonté du Gouvernement suisse d'examiner sérieusement la possibilité de transmettre des données dans le cadre de la procédure d'entraide administrative. Il était également fait mention, dans cette lettre, de l'importance d'UBS pour la stabilité financière de la Suisse et des mesures de soutien décidées par la Confédération en faveur d'UBS. La lettre en question est toutefois restée sans réponse[55]. *Le 15 décembre 2008, le chef du DFF a téléphoné aux deux ministres américains précités, mais seul le ministre de la justice était disponible pour un entretien. Le chef du DFF lui a alors exposé l'essentiel du contenu de ladite lettre et a obtenu que le délai pour la transmission des données soit prolongé. Le président de la Confédération a tenté de joindre le président des Etats-Unis à la même époque, mais sans succès*[56].

En décembre 2008, la CFB a indiqué à UBS que la banque pouvait poursuivre ses négociations avec les autorités américaines en admettant la possibilité d'une transmission de données. De plus, la CFB a informé UBS qu'elle pourrait en dernier recours compter sur son soutien concernant la transmission des données. Grâce à cette solution, les autorités américaines étaient disposées à repousser, dans un premier temps du moins, la mise en accusation[57].

53 Chap. 3.4.3.4.
54 Chap. 3.4.4.4 ss
55 Chap. 3.4.3.3.
56 Chap. 3.4.4.5.
57 Chap. 3.4.4.2.

6. Gestion du dossier par le Conseil fédéral jusqu'au 19 décembre 2008[58]

Le 19 septembre 2008, pour la première fois, le chef du DFF informait succinctement le Conseil fédéral sur ce dossier[59]*. Durant tout le mois d'octobre et jusqu'au 26 novembre 2008, le Conseil fédéral ne s'était pas occupé activement des difficultés d'UBS dans ses affaires transfrontalières avec les Etats-Unis. Par la suite, c'est lors de ses séances des 12 et 16 décembre 2008 que le Conseil fédéral a repris la discussion sur ce dossier. Le 12 décembre 2008, le président de la BNS a informé le Conseil fédéral de sa profonde inquiétude quant aux dernières évolutions du conflit fiscal entre UBS et les autorités financières américaines. Il a relevé entre autres qu'une mise en accusation était imminente et que celle-ci risquerait d'entraîner la faillite d'UBS. Lors de la séance du Conseil fédéral qui a suivi, le chef du DFF a présenté les trois options qui avaient été envisagées. Outre le maintien de l'entraide administrative et le début de négociations avec les Etats-Unis en vue de modifier la CDI, il était aussi question de la transmission de données, soit sur la base de la compétence du Conseil fédéral spécifique aux cas d'urgence, soit sur la base des art. 25 et 26 de la loi sur les banques (LB). Sur la proposition du chef du DFF, le Conseil fédéral a donné la préférence à une procédure conduite par la CFB sur la base de la loi sur les banques.*

Le 19 décembre 2008, le Conseil fédéral a décidé de charger la CFB de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir des mesures contraignantes pouvant mettre l'existence d'UBS en péril, mesures que pourrait décider unilatéralement le DOJ. *La balle était ainsi de nouveau dans le camp de la CFB*[60]*.*

7. Rapport final du 17 décembre 2008 sur l'enquête de la CFB et décision de la CFB du 21 décembre 2008

Le 17 décembre 2008, la CFB a pris acte du rapport final sur son enquête[61]*. Cette dernière a montré que les agissements fautifs d'UBS, ou plus exactement de certains de ses employés, dans le domaine des affaires transfrontalières avec des clients privés aux Etats-Unis étaient inconciliables avec la garantie d'activités irréprochables et qu'ils devaient donc être jugés à l'aune du droit suisse de la surveillance des banques. Les risques juridiques liés à ce dossier n'avaient pas non plus été évalués correctement par la banque. Par ailleurs, l'enquête n'aurait révélé aucun indice selon lequel Marcel Rohner et Peter Kurer auraient eu une connaissance active des violations contre les obligations du* QIA.

Le 21 décembre 2008, la CFB a décidé qu'UBS ne pourrait plus traiter d'affaires «non-W-9». Elle s'est également réservé la décision d'ordonner, en se fondant sur les art. 25 et 26 LB, la transmission de données de clients s'il s'agissait là du seul moyen d'éviter une plainte pénale contre UBS[62]*.*

58 Chap. 3.4.3.
59 Chap. 3.4.1.4.
60 Chap. 3.4.3.11.
61 Chap. 3.4.3.10.
62 Chap. 3.5.1.1.

*A la fin décembre 2008, l'*IRS *a laissé entendre qu'il ne voulait pas s'associer à une solution globale sous la forme d'un accord avec UBS*[63]*. Cette information a été confirmée à la mi-janvier 2009 par la* Fed *et la BNS*[64]*, ainsi que par l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis*[65]*. D'autres confirmations ont suivi en février 2009*[66].

8. Evolution au cours de l'année 2009

Au début 2009, UBS a poursuivi ses négociations avec les autorités américaines afin d'aboutir à une solution qui engloberait si possible toutes leurs exigences dans un même accord. Dans le cadre de ces négociations, la révision de la CDI a également été évoquée. L'ambassade de Suisse aux Etats-Unis et la FINMA (la CFB étant passée sous l'égide de la FINMA le 1.1.2009) étaient régulièrement tenues au courant de la situation par le Group General Counsel *d'UBS, lequel conduisait les négociations. Tant l'ambassade que la FINMA ont fait suivre ces informations.*

La FINMA a communiqué notamment au chef du DFF, le 8 janvier 2009, que la transmission immédiate des données de quelques 250 clients, en dehors de la procédure d'entraide administrative, était la condition sine qua non pour qu'un accord soit conclu, et qu'une éventuelle transmission de données par la FINMA devrait être politiquement défendue par le Conseil fédéral[67]*. Le responsable de l'AFF était informé en permanence et, de son côté, il informait le chef du DFF par le biais d'analyses sur le développement de la situation*[68]*. Au début février 2009, il s'est montré critique à l'égard d'une transmission de données hors procédure d'entraide administrative, affirmant qu'il était plutôt favorable à une transmission de données par UBS elle-même ou à la prise en charge du dossier par le Conseil fédéral (dans le cadre des négociations visant à la révision de la CDI)*[69]*.*

En janvier et février 2009, l'AFC énonçait à plusieurs reprises ses objections sur la renégociation de la CDI et sur les conditions d'un accord entre UBS et les autorités américaines[70]*. Il a ainsi été proposé que le DFF reprenne la gestion du dossier*[71]*. Le 28 janvier 2009, le chef du DFF a informé le Conseil fédéral de l'état de la procédure d'entraide administrative et des négociations d'UBS en vue d'un accord. Il a notamment déclaré au collège gouvernemental que l'*IRS *souhaitait consulter les données de 19 000 clients. A l'occasion du* World Economic Forum (WEF)*, qui se déroulait à la fin janvier 2009, le chef du DFF a tenté de convaincre la conseillère personnelle du président américain de trouver une solution qui respecte les ordres juridiques des deux pays.*

*En janvier 2009, ni l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis, ni l'AFC, ni l'AFF n'excluaient totalement que l'*IRS *puisse éventuellement être associé à une solution*

63 Ibid.
64 Chap. 3.5.1.5.
65 Chap. 3.5.1.8.
66 Chap. 3.5.1.11.
67 Chap. 3.5.1.4.
68 Chap. 3.5.1.9.
69 Ibid.
70 Chap. 3.5.1.6, 3.5.1.8. et 3.5.1.12.
71 Chap. 3.5.1.8.

globale[72]*. L'UBS, la FINMA et la BNS considéraient quant à elles que cette hypothèse n'était plus envisageable.*

*Le 1er février 2009, le vice-président du conseil d'administration d'UBS a informé la FINMA qu'une mise en accusation était imminente. Quatre jours après, il a communiqué par écrit au chef du DFF et aux présidents de la FINMA et de la BNS que les négociations d'UBS avec les Etats-Unis étaient près d'aboutir, mais qu'aucune solution n'avait encore pu être trouvée à propos des exigences de l'*IRS*. Il invitait le Gouvernement suisse à approuver la solution retenue*[73].

*Le 11 février 2009, le chef du DFF a informé le Conseil fédéral de l'état du dossier. A cette occasion, il a aussi mentionné le fait que l'*IRS *ne pourrait être associé à la solution retenue. Le Conseil fédéral a alors discuté de la situation avec une certaine inquiétude et a chargé le DFF de préparer une note de discussion en vue d'une éventuelle adaptation de la CDI.*

Dans une note rédigée le 12 février 2009 par l'avocat-conseil américain de l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis, il était clairement indiqué que la transmission de données de clients dans le cadre d'un accord entre UBS et le DOJ *accentuerait la pression sur les autorités suisses, qui seraient alors contraintes de faire d'autres exceptions au secret bancaire ou aux procédures d'entraide administrative*[74]*.*

Le jour suivant, la FINMA a de nouveau été informée par le conseil d'administration d'UBS de la situation inextricable dans laquelle se trouvait la banque. Dans sa lettre, UBS priait la FINMA d'ordonner la transmission de données[75]*. Le même jour, la FINMA a fait parvenir au chef du DFF un rapport sur l'état des lieux; elle y annonçait qu'elle ordonnerait la transmission de données de clients le 18 février 2009*[76]*.*

Le 17 février 2009, l'accord final était conclu entre le DOJ*, la* SEC *et UBS. Dans une lettre écrite le même jour, le* DOJ *menaçait UBS d'une mise en accusation*[77]*.*

9. La transmission de données bancaires aux USA et ses conséquences

Le 18 février 2009, le chef du DFF a informé le Conseil fédéral au moyen d'une note de discussion sur les derniers développements de l'affaire. En dépit des discussions controversées sur la procédure de la FINMA annoncée pour l'après-midi, le gouvernement a finalement maintenu sa décision du 19 décembre 2008. Il a en outre décidé de n'envoyer aucun représentant de la Suisse à l'audition organisée par le Sénat américain, laquelle avait été ajournée au 24 février 2009. Durant l'après-midi du 18 février 2009, la FINMA a ordonné la transmission des données de clients d'UBS aux autorités américaines, à titre de mesure protectrice basée sur les art. 25

72 Chap. 3.5.1.8.
73 Chap. 3.5.1.10.
74 Chap. 3.5.1.14.
75 Chap. 3.5.1.15.
76 Chap. 3.5.2.1.
77 Chap. 3.5.2.2.

et 26 LB; elle a effectué la transmission le jour même[78]*. Le public a été informé de cette procédure a posteriori*[79]*.*

*Cette transmission de données a eu diverses conséquences: le 19 février 2009, l'*IRS *a réactivé la* John Doe Summons *à l'encontre d'UBS (procédure civile). De plus, face à la pression de l'UE et de l'OCDE, le Conseil fédéral a décidé, le 25 février 2009, de se pencher plus attentivement sur le conflit avec les Etats-Unis, compte tenu des intérêts de la place financière suisse d'une part, et des négociations avec l'UE et les Etats-Unis d'autre part. Pour cela, il a donc mis sur pied une délégation ad hoc*[80]*. La décision superprovisionnelle du Tribunal administratif fédéral a été rendue trop tard pour pouvoir empêcher la remise des données bancaires de clients d'UBS*[81]*.*

*Le 13 mars 2009, le Conseil fédéral a informé le public que la Suisse voulait adopter le standard de l'OCDE concernant l'entraide administrative en matière fiscale; suite à cela, les autorités fédérales ont engagé le processus de renégociation de la CDI avec les Etats-Unis, afin de trouver une solution à même de résoudre également le cas de la plainte civile de l'*IRS *contre UBS. Ce processus a abouti à la conclusion, à la mi-août 2009, d'un accord entre la Suisse et les Etats-Unis concernant la demande de renseignements de l'*IRS *relative à UBS. Cet accord, entré en vigueur le 19 août 2009, prévoyait notamment que la plainte civile de l'*IRS *(*John Doe Summons*) soit transformée en demande d'entraide administrative ordinaire et que les Etats-Unis renoncent à des mesures unilatérales pour satisfaire les revendications de l'*IRS*. Quant à la Suisse, elle s'engageait à traiter dans un délai d'une année une nouvelle demande d'entraide administrative concernant au maximum 4450 comptes. Pour ce faire, les autorités suisses ont mis en place une organisation considérable; elles ont également discuté de la procédure avec le Tribunal administratif fédéral*[82]*.*

10. Evaluations et conclusions des CdG

Avant de se pencher sur les évaluations des CdG portant sur le comportement des autorités, il est important de rappeler que c'est le comportement fautif d'UBS et de certains de ses collaborateurs qui a déclenché toute l'affaire. De plus, il a fallu que leurs homologues américains ouvrent des enquêtes pour que les autorités suisses s'intéressent enfin aux agissements d'UBS. Cependant, en procédant de la sorte, les autorités américaines ont fait montre d'un manque de respect envers l'ordre juridique suisse. Les CdG condamnent sévèrement ces deux attitudes[83]*.*

11. CFB/FINMA

La CFB/FINMA a joué un rôle central dans la résolution des problèmes liés, d'une part, aux activités transfrontalières d'UBS avec des clients privés aux Etats-Unis et,

78 Chap. 3.5.2.4.
79 Communiqué de presse de la FINMA et déclaration du Conseil fédéral; cf. chap. 3.5.2.5.
80 Chap. 3.5.4.1.
81 Chap. 3.5.4.1.
82 Des explications plus détaillées relatives à la période postérieure au 18 février 2009 figurent au chap. 3.5.4.
83 Chap. 3.6.8.1.

d'autre part, aux enquêtes des autorités américaines à ce sujet. Très tôt, elle a identifié le risque de conflit entre ordre juridique américain et ordre juridique suisse qui pourrait découler de ces enquêtes; elle a donc alerté rapidement l'administration fédérale centrale. En outre, le représentant de la CFB au sein du groupe de travail Karrer a contribué activement à la recherche d'une solution.

Dès l'automne 2008, la CFB n'a cessé de donner des impulsions décisives aux services administratifs concernés ainsi qu'au chef du DFF. C'est d'ailleurs elle qui a élaboré les premières options d'intervention écrites qui reposaient sur les compétences du Conseil fédéral et de l'administration fédérale et non sur celles de la CFB. Les CdG se demandent toutefois si cette stratégie n'a, de fait, pas conduit les autres autorités à se soustraire de tout ou partie de leurs responsabilités. Les CdG reprochent à la CFB/FINMA de n'avoir écrit à aucun moment à l'ensemble du gouvernement pour l'alerter de la gravité et de l'urgence de la situation. Les CdG estiment aussi qu'il s'agit de garantir que le président du conseil d'administration de la FINMA puisse, à l'avenir, avoir accès à l'ensemble du Conseil fédéral et à la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques (motion 1).

C'est à nouveau la CFB qui, en décembre 2008, a débloqué la situation – du moins du point de vue de l'époque –, d'une part, en proposant de livrer les données demandées en se fondant sur la loi sur les banques et, d'autre part, en indiquant à UBS qu'une communication des données hors procédure d'entraide administrative était possible en cas d'urgence. En conclusion, l'action de la CFB/FINMA et sa prise en charge du dossier en 2009 lui ont permis de résoudre au moins une partie du problème et d'empêcher qu'UBS fasse l'objet d'une poursuite pénale qui aurait pu compromettre l'existence même de la banque.

La CFB/FINMA était également chargée de conduire la procédure d'assistance administrative initiée par la SEC. *En outre, la CFB a, dans le cadre de sa mission de surveillance, mené sa propre enquête sur UBS et a procédé à l'évaluation de l'enquête interne réalisée par la banque. Les CdG n'ont cependant été convaincues ni par les conclusions de l'enquête de la CFB – car elles dépendaient en substance des conclusions de l'enquête interne d'UBS – ni par la déclaration de la CFB selon laquelle il n'y avait pas d'indice que Marcel Rohner et Peter Kurer aient eu une connaissance «active» des manquements constatés.*

Les CdG jugent important, compte tenu de la portée de l'affaire, que la question du degré de connaissance des plus hauts dirigeants d'UBS concernant les infractions au QIA *commises par leur banque soit étudiée en profondeur par la FINMA, même sans actuel intérêt juridiquement protégé. Si de tels cas devaient se reproduire à l'avenir, la question de la responsabilité devrait être éclaircie d'office et de manière systématique (recommandation 10).*

Il ressort de la présente inspection des CdG que les autorités suisses de surveillance des banques doivent réduire leur dépendance vis-à-vis des banques. On peut par exemple critiquer a posteriori le fait que la CFB ait dû attendre décembre 2007 pour avoir connaissance des manquements constatés dans le domaine des activités transfrontalières d'UBS. Les CdG sont également d'avis que la CFB a sous-estimé les risques inhérents au QIA *en lien avec l'ordre juridique suisse: à l'avenir, elle*

devra être globalement plus attentive aux risques de conformité (compliance) dans les affaires transfrontalières des banques.

En revanche, les CdG émettent un jugement positif sur les échanges d'informations et la collaboration de la CFB/FINMA avec l'administration fédérale et la BNS dans ce dossier.

Les CdG ont aussi estimé que, dans des cas graves, il faudrait que la FINMA établisse d'abord de façon irréfutable que les personnes occupant les plus hautes fonctions dans une banque ont bien exercé leur activité de manière irréprochable avant de leur donner décharge. Les CdG en ont conclu que les commissions législatives compétentes doivent analyser les dispositions légales régissant la décharge donnée par une assemblée générale dans le secteur bancaire (recommandation 11)[84].

Les CdG ont également relevé que la fonction des entreprises de révision devrait être redéfinie: en effet, dans le cas d'UBS, l'entreprise de révision n'a pas joué de rôle majeur dans la découverte des problèmes relatifs aux activités transfrontalières de la banque aux Etats-Unis. C'est pourquoi les CdG sollicitent du Parlement qu'il charge le Conseil fédéral d'analyser le rôle des entreprises de révision opérant dans les grandes banques tel qu'il est défini par la législation suisse (postulat 1)[85].

12. Banque nationale suisse

La BNS est non seulement intervenue à de multiples reprises en faveur des autorités suisses auprès de ses homologues américains, mais elle a surtout transmis dès l'été 2008 les informations cruciales concernant les risques d'une plainte pénale contre UBS aux autorités suisses compétentes. Autre mérite de la BNS: à la mi-décembre 2008, elle a informé sans ambiguïté le Conseil fédéral des risques inhérents au dossier. Elle doit continuer à jouer ce rôle de gardienne de la stabilité financière suisse auprès des autorités administratives et politiques. A cet effet et en raison de son rôle-clé pour la pérennité de la place financière suisse, elle doit avoir des contacts réguliers avec le Conseil fédéral (recommandation 12)[86].

13. Département fédéral des finances

En mai 2008, le DFF a promptement réagi à la situation en instituant un groupe de travail interdépartemental. La conception de ce dernier, en dépit de la sélection judicieuse de ses membres, n'était toutefois pas pertinente: faute de mandat écrit et de compétences spécifiques, le groupe de travail n'a notamment pas été en mesure d'aborder à temps et de manière approfondie la question de la transmission des données et l'atteinte au secret bancaire qu'elle impliquait. En fait, il s'est borné à amener les autorités américaines à opter pour la voie de l'entraide administrative; cet objectif atteint, le groupe de travail n'a plus existé en tant que tel. Même si, en règle générale, la majorité des membres ont continué à être informés après la mi-juillet 2008, ils n'ont que rarement formulé sur cette base des propositions explicites à l'intention de leur hiérarchie. Les CdG n'ont pas d'autre choix que de faire porter

84 Chap. 3.6.1.6.
85 Chap. 3.6.1.7.
86 Chap. 3.6.2.

la responsabilité de cette organisation lacunaire au chef du DFF, en charge du dossier[87].

Le DFF s'était engagé en faveur de la transmission des données dans le cadre d'une procédure d'entraide administrative afin de donner suite le plus rapidement possible à la demande des Etats-Unis tout en respectant l'ordre juridique suisse. Il a toutefois sous-estimé les difficultés liées à cette approche, n'effectuant aucune analyse préalable visant à déterminer si l'AFF disposait de suffisamment de personnel pour mener à bien cette procédure. Le chef du DFF lui-même a omis de faire procéder suffisamment tôt aux éclaircissements au sein de son département, sur la base desquels seraient prises des mesures à même de garantir l'exécution rapide de la demande d'entraide administrative. Les CdG critiquent également le fait que le DFF et le Tribunal administratif fédéral n'ont pas organisé suffisamment d'entretiens bilatéraux au sujet de la procédure que devaient suivre l'AFC et le Tribunal administratif fédéral dans le cadre de l'entraide administrative. Ainsi, on a manqué l'occasion de traiter dans les temps les demandes des Etats-Unis en respectant les règles de l'Etat de droit. Comme cela est apparu à l'été 2009, il aurait été possible, d'une manière générale, de créer des conditions adéquates dès ce moment-là[88].

L'enquête des CdG a révélé que le chef du DFF a toujours été bien informé des derniers développements de ce dossier et que les informations provenant d'interlocuteurs extérieurs au département étaient tout à fait fiables. Cependant, le chef du DFF, se fondant sur sa conception de l'Etat, est toujours parti du principe que la décision de transmettre des données bancaires hors procédure d'entraide administrative ne devait être prise qu'en tout dernier ressort. C'est ainsi que d'autres mesures n'ont été étudiées qu'au moment où la marge de manœuvre nécessaire à leur application n'était de facto plus disponible. Cela explique aussi pourquoi le Conseil fédéral dans son ensemble a été associé trop tard au processus par le DFF. Toutefois, il aurait notamment fallu disposer d'une stratégie globale concernant la place financière suisse pour que la marge de manœuvre à disposition puisse être utilisée dans les temps. En agissant comme il l'a fait, le chef du DFF a privé son département et le Conseil fédéral d'éventuelles options d'action, ce que les CdG considèrent comme une erreur fatale. Bien que les CdG n'aient pas été en mesure de définir avec certitude dans quelle mesure le chef du DFF a suivi la situation au sein de l'AFC, l'évolution du dossier a montré qu'il n'a de toute manière pas consacré suffisamment d'attention à ces développements; cela s'est d'ailleurs reflété dans la manière dont il a informé le Conseil fédéral[89].

Par ailleurs, les CdG ont jugé insuffisante la collaboration des chefs des départements concernés (DFF, DFAE, DFJP), sachant que ces derniers n'ont organisé aucun entretien bilatéral ou trilatéral, à l'exception de quelques rencontres ponctuelles des chefs du DFF et du DFJP[90].

87 Chap. 3.6.3.1.
88 Chap. 3.6.3.2.
89 Chap. 3.6.3.3.
90 Chap. 3.6.3.4.

Enfin, ni le DFF, en charge du dossier, ni même le Conseil fédéral n'ont procédé ou fait procéder à une analyse juridique approfondie des scénarios qui auraient pu se substituer à l'entraide administrative. Ainsi, le DFF n'a examiné en profondeur ni une livraison des données fondée sur le droit d'urgence, ni une livraison des données fondée sur les art. 25 et 26 LB. Le DFF n'a, en particulier, pas suffisamment tenu compte de la responsabilité de l'Etat[91].

14. Département fédéral des affaires étrangères / Département fédéral de justice et police

L'ambassade de Suisse aux Etats-Unis, la Division politique V du DFAE et l'OFJ ont joué un rôle majeur dans l'examen des diverses questions qui se sont posées tout au long de l'affaire. Dans le cadre de leurs compétences respectives, ils ont fait tout ce qui était en leur pouvoir pour résoudre les problèmes soulevés par les enquêtes américaines. Les CdG auraient toutefois été favorables à une implication encore plus forte de l'OFJ dans le processus, notamment pour ce qui est de l'évaluation du droit d'urgence et du risque lié à la responsabilité de l'Etat; elles recommandent au Conseil fédéral de faire, à l'avenir, systématiquement appel à l'OFJ pour des questions juridiques importantes (recommandation 14).

De plus, les secrétariats généraux des deux départements ainsi que le Secrétariat d'Etat du DFAE auraient dû être mieux informés et plus actifs. Si la situation au DFAE n'a pas pu être analysée dans son intégralité, on peut également ajouter que le secrétariat général du DFJP n'a manifestement pas été associé au processus. A l'avenir, l'implication des secrétariats généraux de tous les départements doit être garantie pour le suivi des dossiers importants (recommandation 13).

Un autre parallèle peut être développé entre ces deux départements: aussi bien la cheffe du DFAE que celle du DFJP ont ou auraient pu obtenir des informations plus détaillées sur les problèmes rencontrés dans ce dossier, et ce, grâce à l'implication de services qui leur sont subordonnés ainsi qu'au fait que la cheffe du DFJP est la suppléante du chef du DFF. Mais faute d'avoir suffisamment exploité ces informations, elles n'ont pas assumé leurs responsabilités de membres du gouvernement de manière adéquate. Enfin, les deux départements n'ont pas non plus analysé de manière plus approfondie la problématique du dossier dans le cadre de leurs compétences propres[92].

15. Conseil fédéral

– *Choix délibéré de ne pas rédiger de procès-verbaux relatifs à l'affaire UBS*

Le 26 septembre 2008, le président de la Confédération a ordonné que, par souci de confidentialité, le Conseil fédéral ne rédigerait pas de procès-verbaux relatifs à l'affaire UBS. Ni les autres membres du gouvernement, ni la chancelière de la Confédération ne se sont opposés à cette décision, qui est restée en vigueur après la fin de l'année 2008; il n'existe que des notes en style télégraphique de la Chancellerie fédérale au sujet de cette affaire. Les CdG jugent cette situation inacceptable: elles considèrent qu'il faut sauvegarder la forme écrite dans toutes les situations, y

91 Chap. 3.6.3.5.
92 Chap. 3.6.4.

compris pour les affaires secrètes et pour les simples informations orales, et que le collège gouvernemental doit être en mesure de gérer des informations délicates.

Les CdG ont élaboré une motion dans laquelle elles rappellent que les procès-verbaux du Conseil fédéral doivent être utilisés comme instruments de conduite et garantir l'intelligibilité subséquente des délibérations et des décisions du gouvernement; par cette même motion, elles chargent le Conseil fédéral d'inscrire dans la législation l'obligation intégrale de la forme écrite pour toutes ses délibérations et décisions (motion 2). En outre, les CdG recommandent au Conseil fédéral de se doter des moyens nécessaires pour disposer rapidement des procès-verbaux appropriés ainsi que d'un contrôle suffisant des dossiers (recommandation 15)[93].

– *Manque d'informations nécessaires aux tâches de direction*

Soit le Conseil fédéral ne disposait pas des informations dont il avait besoin pour accomplir ses tâches de direction en lien avec le dossier des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis, soit il les a obtenues bien trop tard. De fait, il a sous-estimé l'étendue des conséquences de ce conflit pour la place financière suisse et gaspillé toute marge de manœuvre.

En décembre 2008 enfin, le Conseil fédéral s'est démis totalement de sa responsabilité, en confiant à la CFB la décision des mesures nécessaires pour sauver UBS du naufrage. Ceci est politiquement préoccupant, notamment en raison du fait que le gouvernement n'a pas procédé au préalable à une analyse approfondie de la situation juridique[94].

– *Obsolescence du système des suppléances au Conseil fédéral*

Il ressort de l'enquête des CdG concernant les activités transfrontalières d'UBS que le système actuel des suppléances au sein du Conseil fédéral doit être adapté sur bien des plans. En effet, plusieurs problèmes se sont posés: tout d'abord, la cheffe du DFJP, en sa qualité de suppléante du chef du DFF, n'a reçu aucune information préalable au sujet de ce dossier; ensuite, en raison de l'organisation interne du DFF, la cheffe du DFJP n'a pas été en mesure de remplacer efficacement le chef du DFF lorsque ce dernier a dû se retirer momentanément pour des raisons de santé. De plus, les dossiers n'ont pas été transmis dans les règles lorsque le chef du DFF a repris ses fonctions. A cela s'ajoute le fait que, lors de sa convalescence, le chef du DFF s'est également occupé périodiquement des dossiers sensibles de son département. Les CdG recommandent donc au Conseil fédéral d'adapter son système de suppléance aux exigences des tâches gouvernementales modernes (recommandation 16)[95].

– *Renforcement des délégations du Conseil fédéral en contrepoids au principe des départements*

Aux yeux des CdG, la compréhension que le Conseil fédéral a de lui-même en tant que collège – celle-ci étant profondément imprégnée par une approche départemen-

93 Chap. 3.6.5.1.1.
94 Chap. 3.6.5.1.2.
95 Chap. 3.6.5.1.3.

tale – s'est révélée être, pour la présente inspection, l'obstacle principal à une implication suffisante et immédiate du collège gouvernemental. En effet, au sein du collège gouvernemental, les demandes récurrentes d'informations concernant une affaire sont ou peuvent être considérées comme une atteinte au principe de la collégialité, à tel point qu'il est même fait un usage modéré de la possibilité de demander des co-rapports, afin que le chef du département compétent ne se sente pas personnellement attaqué. Pour que soit établi un équilibre entre le principe des départements d'une part et le principe de la collégialité d'autre part, les CdG considèrent nécessaire de réglementer fondamentalement, au niveau de la loi, l'instrument des délégations du Conseil fédéral à trois personnes et d'y recourir de manière systématique (motion 3). Cet instrument a notamment fait ses preuves dès le mois de mars 2009 dans l'optique des négociations avec les Etats-Unis[96].

– *Renforcement de la responsabilité collective du Conseil fédéral*

La présente inspection des CdG a démontré que le Conseil fédéral n'a pas assuré sa responsabilité globale en tant que collège et plus haute autorité exécutive du pays dans le dossier des affaires transfrontalières d'UBS. Cela est lié d'une part à la compréhension que le Conseil fédéral a de lui-même en tant que collège; d'autre part, à une mise en œuvre trop poussée du «principe départemental».. Ce constat grave, qui avait déjà été établi lors d'inspections antérieures, démontre que le besoin d'agir est urgent. Par une motion et une recommandation, les CdG réclament des mesures dans le cadre de la réforme du gouvernement, afin que le Conseil fédéral conduise non seulement formellement mais aussi effectivement les objets importants en tant que collège en assumant sa responsabilité globale (motion 4 et recommandation 17).

16. Chancellerie fédérale

Même si la Chancellerie fédérale, en rédigeant a posteriori un procès-verbal sommaire, a grandement contribué à la traçabilité – du moins dans les grandes lignes – des débats du Conseil fédéral, les CdG considèrent qu'elle n'a rempli son rôle d'état-major du Conseil fédéral en général et du président de la Confédération en particulier que de manière très insuffisante. A l'avenir, la Chancellerie fédérale devra faire valoir sa tâche plus amplement et en l'imposant avec plus de fermeté. Ceci constitue, de l'avis des CdG, un objectif essentiel de la réforme du gouvernement actuellement en suspens. A titre de mesure immédiate, les CdG réclament le contrôle par la Chancellerie fédérale de tous les mandats que le Conseil fédéral a confiés à un ou plusieurs départements (recommandation 18).

17. Tribunal administratif fédéral

Les informations communiquées au Tribunal administratif fédéral par les autorités suisses concernant les demandes des autorités américaines, et la procédure d'entraide administrative lancée en conséquence par l'AFC, étaient mauvaises et ont été transmises avec trop de retard. Le Tribunal administratif fédéral a déclaré n'avoir eu connaissance du dossier – par voie de presse – que le 17 octobre 2008, lors de la première décision de clôture de l'AFC. Même si les déclarations de l'AFC

96 Chap. 3.6.5.1.4.

selon lesquelles elle aurait pris contact avec le Tribunal administratif fédéral dès septembre 2008 étaient exactes, le Tribunal administratif fédéral aurait tout de même été informé trop tardivement. Le tribunal a également été trop peu informé du fait que la transmission des données revêtait un caractère toujours plus impérieux. En revanche, la disponibilité du Tribunal administratif fédéral, à l'automne 2008, pour discuter de la procédure avec l'AFC, et le fait que cette dicussion ait bien eu lieu, méritent d'être salués. Les CdG ont également pu constater que le Tribunal administratif fédéral a pris toutes les dispositions en matière d'organisation, dans la mesure de ses possibilités, afin d'être en mesure de statuer le plus rapidement possible sur d'éventuels recours contre des ordonnances de clôture. C'est ainsi que la première décision a été prononcée le 5 mars 2009.

A noter enfin que c'est à nouveau par les médias que le Tribunal administratif fédéral a appris la décision de la FINMA du 18 février 2009. En réaction, il a prononcé immédiatement des décisions superprovisionnelles[97].

18. Autres constatations des CdG

L'enquête qu'elles ont réalisée a permis par ailleurs aux CdG de formuler les quatre constatations d'ordre général suivantes:

- *La résolution du problème a été entravée par deux facteurs: d'une part, pendant trop longtemps, ni les représentants de l'administration ni le Conseil fédéral n'ont été disposés à se livrer à un examen critique, à la lumière des événements, de la question de la distinction entre évasion fiscale et fraude fiscale en lien avec l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE; d'autre part, l'idée défendue par certains représentants de l'administration ainsi que par le Conseil fédéral selon laquelle UBS devait résoudre seule un problème qu'elle avait elle-même causé a aussi entravé la recherche d'une solution*[98].
- *Les informations initiales dont disposaient les autorités n'étaient pas suffisantes. Les CdG ont relevé que les déclarations relatives à la situation initiale étaient parfois contradictoires: ainsi, certains représentants de l'administration ont déclaré qu'UBS avait répété jusqu'en été 2008 qu'un accord avec les autorités américaines permettrait le cas échéant de résoudre le problème, alors que, d'après les informations que les CdG ont reçues des représentants d'UBS, il est apparu très tôt qu'un accord ne pourrait être conclu sans livraison de données. L'analyse de la situation par les autorités suisses dépendait trop souvent des informations fournies par UBS; ainsi, il n'était pas possible de tirer des conclusions vraiment claires*[99].
- *Des zones d'ombre persistent concernant la conformité du* QIA *avec l'ordre juridique suisse, en particulier au sujet de l'autorisation de conclure un accord de ce genre conformément à l'art. 271 du Code pénal. Le 7 novembre 2000, le DFF a octroyé aux personnes chargées d'appliquer le*

97 Chap. 3.6.7.
98 Chap. 3.6.8.2.
99 Chap. 3.6.8.3.

QIA *une autorisation au sens de l'art. 271 CP pour qu'elles aient le droit d'accomplir les opérations prévues dans cet accord pour le compte de l'*IRS. *Pour les CdG, il est nécessaire de se pencher plus en détail sur ce sujet: ainsi, la question se pose tout d'abord de savoir, d'une part, s'il était licite d'accorder l'autorisation (globale) susmentionnée à un large cercle de personnes définies seulement par des critères très généraux, et ce, pour une durée indéterminée et, d'autre part, quel était l'organe qui aurait dû délivrer cette autorisation. Les CdG chargent le Conseil fédéral d'examiner, dans un rapport détaillé, les questions soulevées par le rapport des CdG à propos de l'application de l'art. 271 CP et de la compatibilité du* QIA *avec le secret bancaire suisse (postulat 2)*[100].

– *S'agissant des dommages qu'un débiteur cause à ses créanciers en diminuant leurs actifs suite à une gestion fautive, les CdG, considérant les événements survenus dans le cadre de l'affaire UBS et les conclusions qu'elles ont tirées à ce sujet, chargent le Conseil fédéral de réviser les art. 164 et 165 CP, afin d'étendre le champ de leur application aux grandes entreprises qui, en raison de leur importance systémique pour l'économie du pays et la stabilité financière, doivent être préservées de la faillite par des interventions de l'Etat (motion 5)*[101].

19. Les CdG rappellent UBS à ses devoirs

Les CdG ont en outre constaté qu'il existait, dans l'opinion publique, un besoin important de transparence concernant les activités internes et les responsabilités de la banque. Pour cette raison, les CdG demandent au Conseil fédéral ainsi qu'à UBS de faire revoir, par un groupe d'experts indépendant, les activités internes de la banque et d'en publier les résultats (recommandation 19).

Suite des travaux

Les CdG ayant accompli leur mission de haute surveillance parlementaire, il appartient maintenant aux autorités concernées – en particulier au Conseil fédéral – de prendre les mesures qui s'imposent. Les CdG attendent l'avis du Conseil fédéral, de la FINMA et de la BNS relatif à la présente inspection d'ici fin 2010.

100 Chap. 3.6.8.5.
101 Chap. 3.6.8.6.

Table des matières

Résumé **2904**

Liste des abréviations **2938**

1 Introduction **2940**

1.1 Contexte 2940

1.2 Mandat légal et objet de l'examen 2942

1.3 Limites de l'examen 2943

1.4 But de l'examen 2943

1.5 Démarche des CdG 2944

1.5.1 Période d'examen et structure du rapport 2944

1.5.2 Approche méthodologique 2944

1.5.3 Exercice du droit à l'information 2945

1.5.4 Autres difficultés rencontrées dans le cadre de l'examen 2945

2 Inspection I: Comportement des autorités concernant la crise financière **2946**

2.1 Introduction 2946

2.1.1 Un contexte de crise financière et économique mondiale 2946

2.1.2 Importance du secteur financier 2947

2.1.3 Objet de l'enquête 2949

2.1.4 Méthodologie 2949

2.1.5 Compétences des principaux acteurs 2950

2.2 Préparatifs nationaux en cas de crise financière 2951

2.2.1 Mise en place de structures de collaboration et de pilotage 2951

2.2.2 Mesures spécifiques à la CFB et à la BNS 2954

2.3 Capacité de détection de la crise financière et de ses répercussions 2957

2.3.1 Capacité de détection de la Commission fédérale des banques 2958

2.3.2 Capacité de détection de la Banque nationale suisse 2961

2.3.3 Coordination entre les autorités, implication du Département fédéral des finances et du Conseil fédéral 2962

2.3.4 Appréciation en comparaison internationale 2963

2.3.4.1 Structures différenciées des autorités de surveillance 2963

2.3.4.2 Ressources différenciées des autorités de surveillance 2965

2.3.4.3 Difficultés de la surveillance en matière financière 2965

2.4 Impacts de la crise sur le secteur bancaire suisse 2967

2.4.1 UBS 2969

2.4.2 Credit Suisse 2969

2.4.3 Situation des autres banques suisses 2970

2.5 Gestion de la crise: mesures prises par les autorités suisses (août 2007 à avril 2009) 2971

2.5.1 Août à septembre 2007: déclenchement de la crise et premières mesures des autorités 2971

2.5.1.1 Août 2007: approvisionnement en liquidités par la BNS 2972

2.5.1.2 Août 2007: renforcement du monitoring des marchés par la BNS 2972

2.5.1.3 Août 2007: renforcement du monitoring des deux grandes banques par la CFB 2973
2.5.1.4 Août 2007: augmentation des exigences de fonds propres par la CFB 2974
2.5.1.5 Septembre 2007: adaptation de la politique monétaire de la BNS 2974
2.5.2 Fin 2007–début 2008: aggravation de la situation et renforcement du suivi 2974
2.5.2.1 Décembre 2007: demande de clarification à UBS sur les causes des pertes 2975
2.5.2.2 Janvier 2008: activation de l'instance tripartite et préparation d'un scénario de crise majeure 2975
2.5.2.3 Janvier 2008: demande de la CFB relative à la qualité des informations transmises par les grandes banques 2976
2.5.2.4 Février 2008: vente des actifs problématiques d'UBS exigée par la CFB 2977
2.5.2.5 Mars 2008: suivi intensifié du Credit Suisse par la CFB 2977
2.5.2.6 Mars 2008: démission du président du conseil d'administration d'UBS demandée par la CFB 2978
2.5.2.7 Avril 2008: rapport d'UBS sur les pertes subies fin 2007, rendu à la CFB 2978
2.5.3 Septembre 2008: crise majeure, dégradation de la situation d'UBS et finalisation du train de mesures 2979
2.5.3.1 Politique monétaire expansionniste de la BNS de concert avec d'autres banques centrales 2979
2.5.3.2 Train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse du 15 octobre 2008 2980
2.5.3.3 Octobre 2008: suivi encore intensifié du Credit Suisse par la CFB 2982
2.5.3.4 Automne 2008: redistribution des liquidités entre les banques incitée par la BNS 2983
2.5.3.5 Fin 2008–début 2009: suivi et mesures concernant UBS par la CFB/FINMA 2983
2.6 Gestion de la crise: processus d'élaboration du train de mesures (août 2007 à octobre 2008) et suivi 2984
2.6.1 Organisation de crise 2985
2.6.2 Elaboration d'options consolidées entre les autorités 2988
2.6.3 Situation de crise majeure: mise au point finale et lancement du train de mesures 2995
2.6.4 Suivi de la situation 2999
2.7 Gestion de la crise: appréciation du comportement des autorités suisses en comparaison internationale, par des expertises externes 3001
2.7.1 Appréciations par les experts mandatés par les CdG 3001
2.7.1.1 Politique monétaire 3001
2.7.1.2 Mesures d'aide au secteur bancaire au niveau international 3002
2.7.1.3 Comparaison de l'ampleur des mesures d'aide au secteur bancaire 3005
2.7.1.4 Comparaison des mesures et de leur élaboration 3005

2.7.2 Expertises du FMI et de l'OCDE 3007
2.7.3 Expertises mandatées par l'AFF 3008
2.8 Pilotage par le Conseil fédéral 3008
2.8.1 Bases d'information du chef du DFF 3009
2.8.2 Information du collège par le chef du DFF 3010
2.8.3 Evolution de l'implication et du pilotage du Conseil fédéral 3012
2.9 Leçons de la crise: actions entreprises par les autorités suisses 3016
2.9.1 Introduction 3016
2.9.2 Axes stratégiques de la politique en matière de place financière 3017
2.9.3 Réglementation bancaire et problématique du «*too big to fail*» 3018
2.9.3.1 Mesures prises en matière de réglementation 3019
2.9.3.2 Projets en cours en matière de réglementation 3020
2.9.4 Organisation de la surveillance 3023
2.9.4.1 Mesures prises en matière de surveillance 3023
2.9.4.2 Projets en cours en matière de surveillance 3025
2.9.5 Appréciations, par des experts, des enseignements tirés de la crise par les autorités suisses 3027
2.9.5.1 En matière de réglementation 3027
2.9.5.2 En matière de surveillance 3029
2.10 Appréciations et recommandations 3032
2.10.1 Préparatifs des autorités relatifs à l'organisation de crise 3032
2.10.2 Actions et compétences des autorités en matière de détection précoce, pratique de la surveillance 3033
2.10.3 Coordination et actions menées par les autorités au cours de la crise 3037
2.10.4 Enseignements à tirer de la crise par les autorités 3038
2.10.5 Bases d'information du Conseil fédéral 3038
2.10.6 Pilotage de la crise financière 3039

3 Inspection II: Comportement des autorités en relation avec la transmission de données de clients d'UBS aux Etats-Unis 3041

3.1 Introduction 3041
3.1.1 Contexte 3041
3.1.2 Objet de l'examen 3042
3.1.3 Période d'examen et structure du rapport 3042
3.2 Causes et développements de l'affaire des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis (2001 jusqu'au 7.3.2008) 3043
3.2.1 Période de 2001 jusqu'à l'automne 2007 3043
3.2.1.1 Convention de double imposition (CDI) de 1996 3043
3.2.1.2 Le *Qualified Intermediary Agreement* de 2001 (*QIA*) 3044
3.2.1.3 Développement des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis 3046
3.2.1.4 L'enquête interne sur les activités transfrontalière d'UBS 3048
3.2.1.5 Rôle des autorités durant cette période 3049
3.2.2 Période de l'automne 2007 au 7 mars 2008 3051
3.2.2.1 Enquêtes des autorités américaines/Mise sur pied d'une enquête interne d'UBS 3051
3.2.2.2 La *SEC* contacte la CFB en décembre 2007 3054

3.2.2.3 Implication du DFF, du DFJP et du DFAE le 7 mars 2008 3054
3.2.2.4 Rôle des autorités au cours de cette phase 3055
3.3 Le chemin qui mène à la demande d'entraide administrative de l'*IRS* (7.3.–29.8.2008) 3056
3.3.1 L'Etat suisse passe du statut d'observateur à celui d'acteur (7.3.–21.4.2008) 3056
3.3.2 Demande d'entraide administrative comme objectif: Groupe de travail Karrer (21.4.–29.8.2008) 3060
3.3.2.1 Conséquences de l'arrestation de Martin Liechti 3060
3.3.2.2 Début des négociations entre les autorités suisses et américaines 3061
3.3.2.3 Création du groupe de travail Karrer 3064
3.3.2.4 Option d'une enquête commune CFB et *DOJ* 3066
3.3.2.5 Demande d'entraide judiciaire 3070
3.3.2.6 Une délégation suisse à Washington 3070
3.3.2.7 Négociation d'un calendrier de coopération avec le *DOJ* 3073
3.3.2.8 Demande d'entraide administrative de l'*IRS* du 16 juillet 2008 3074
3.3.2.9 Audition le 17 juillet 2008 du *Chief Financial Officer* d'UBS par une sous-commission du Sénat américain 3076
3.3.2.10 L'AFC entre en matière sur la demande d'entraide administrative déposée par l'*IRS* 3076
3.3.2.11 Extension du nombre de cas concernés par l'entraide administrative 3077
3.3.3 Rôle des autorités au cours de cette phase 3078
3.3.3.1 En général 3078
3.3.3.2 Commission fédérale des banques 3078
3.3.3.3 Groupe de travail Karrer 3080
3.3.3.4 Département fédéral des finances 3081
3.3.3.5 Département fédéral des affaires étrangères 3084
3.3.3.6 Département fédéral de justice et police 3086
3.3.3.7 Conseil fédéral 3087
3.4 Différences fondamentales entre les Etats-Unis et la Suisse: la pression sur la Suisse augmente continuellement (26 août–19 décembre 2008) 3088
3.4.1 Présentation des différentes positions entre les autorités suisses et les autorités américaines 3088
3.4.1.1 Plan de négociations 3088
3.4.1.2 Position du *DOJ* 3090
3.4.1.3 Position de la CFB 3092
3.4.1.4 Première information du Conseil fédéral 3094
3.4.1.5 Positions divergentes 3095
3.4.2 Rencontres avec des représentants du *DOJ* et du Trésor les 10 et 17 octobre 2008 3098
3.4.2.1 Rencontre avec des représentants du *DOJ* 3098
3.4.2.2 Séance du Conseil fédéral du 15 octobre 2008 consacrée à la recapitalisation d'UBS 3100
3.4.2.3 Rencontre avec des représentants du Trésor 3101
3.4.2.4 Présentation des résultats de l'enquête interne d'UBS 3101

3.4.3 Insuffisance de la procédure d'entraide administrative: escalade du conflit 3103
3.4.3.1 La CFB émet par écrit les premières propositions d'action 3103
3.4.3.2 Version finale des propositions d'action à l'intention de la cheffe du DFJP 3105
3.4.3.3 Lettre du chef du DFF et de la cheffe du DFJP du 10 novembre 2008 à leurs homologues américains 3107
3.4.3.4 Pression croissante des autorités américaines: mise en accusation de Raoul Weil aux Etats-Unis 3108
3.4.3.5 Séance spéciale du Conseil fédéral du 26 novembre 2008 sur les affaires fiscales internationales en cours, notamment avec l'UE 3111
3.4.3.6 L'option de l'état de nécessité pénale passe à l'arrière-plan 3114
3.4.3.7 Le *DOJ* augmente la pression et menace de porter plainte 3115
3.4.3.8 Option d'une décision du Conseil fédéral sur la base de la Constitution fédérale 3116
3.4.3.9 Séance du Conseil fédéral du 12 décembre 2008 3118
3.4.3.9.1 Entretien annuel avec le président de la BNS 3118
3.4.3.9.2 Première discussion concrète du Conseil fédéral sur les activités transfrontalières d'UBS 3119
3.4.3.9.3 Séance du Conseil fédéral du 16 décembre 2008: poursuite de la discussion 3120
3.4.3.10 Rapport d'enquête de la CFB du 17 décembre 2008 3122
3.4.3.11 Décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2008: la balle est dans le camp de la CFB 3124
3.4.4 Rôle des autorités durant cette période 3127
3.4.4.1 Généralités 3127
3.4.4.2 Commission fédérale des banques 3128
3.4.4.3 BNS 3130
3.4.4.4 Membres encore engagés de l'ancien groupe de travail Karrer 3131
3.4.4.5 DFF 3132
3.4.4.6 DFAE 3136
3.4.4.7 DFJP 3139
3.4.4.8 Conseil fédéral 3141
3.4.4.9 TAF 3142
3.5 Retrait du Conseil fédéral: la CFB/FINMA prend en charge le dossier (19.12.2008–18.2.2009) 3142
3.5.1 Préparatifs de l'accord *DPA* sur fond de divergences 3142
3.5.1.1 Conclusions de l'enquête de la CFB 3142
3.5.1.2 Proposition d'accord par les avocats d'UBS 3144
3.5.1.3 Analyse de l'AFF 3145
3.5.1.4 Préparatifs organisés par la FINMA 3145
3.5.1.5 Prises de contacts diverses auprès des autorités américaines 3147
3.5.1.6 Divergences sur les conditions du *DPA* 3148
3.5.1.7 Projet de communication de l'AFF 3150
3.5.1.8 Réserves quant aux conditions du *DPA* 3151

3.5.1.9 Divergences de l'AFF quant à la conduite du dossier 3152
3.5.1.10 Lettre d'UBS au chef du DFF du 5 février 2009 3153
3.5.1.11 Contacts du *DOJ* avec l'ambassade de Suisse à Washington D.C. 3154
3.5.1.12 Nouvelles réserves de l'AFC sur les conditions-cadre du *DPA* 3155
3.5.1.13 Discussion au Conseil fédéral concernant l'accord UBS et la révision de la CDI 3156
3.5.1.14 Invitation du gouvernement suisse à une audition du Sénat américain 3157
3.5.1.15 Information de la FINMA sur les menaces contre UBS 3158
3.5.2 Transmission de données de clients aux USA le 18 février 2009 3159
3.5.2.1 Préparation finale de la transmission de données de clients 3159
3.5.2.2 Menaces d'inculpation contre UBS 3163
3.5.2.3 Discussion au Conseil fédéral sur la remise imminente de données de clients d'UBS 3164
3.5.2.4 Décision de la FINMA: mesures protectrices sur la base des art. 25 et 26 de la loi sur les banques (LB) 3169
3.5.2.5 Information du public par la FINMA sur la remise des données de clients d'UBS 3170
3.5.3 Rôle des autorités dans cette phase 3171
3.5.3.1 Généralités 3171
3.5.3.2 CFB / FINMA 3171
3.5.3.3 BNS 3173
3.5.3.4 Département fédéral des finances 3174
3.5.3.5 Département fédéral des affaires étrangères 3177
3.5.3.6 Conseil fédéral 3178
3.5.3.7 Tribunal administratif fédéral 3178
3.5.4 Conséquences de la transmission de données de clients d'UBS le 18 février 2009 3179
3.5.4.1 Augmentation des pressions des USA concernant la procédure de droit civil ouverte contre UBS 3179
3.5.4.2 Exigences de l'UE / Art. 26 de la convention de l'OCDE/Révision de la CDI Suisse – USA 3183
3.6 Appréciation globale du comportement des autorités suisses et conclusions 3191
3.6.1 Commission fédérale des banques/FINMA 3191
3.6.1.1 Généralités 3191
3.6.1.2 Comportement de la CFB/FINMA: problèmes divers 3192
3.6.1.2.1 Inconvénients du rôle actif de la CFB/FINMA 3192
3.6.1.2.2 Ressources limitées à disposition de la CFB 3193
3.6.1.2.3 Dépendance par rapport aux informations provenant de la banque 3193
3.6.1.3 Activités bancaires transfrontalières: un enjeu de taille pour la CFB/FINMA 3194
3.6.1.4 Enquête de la CFB sur les activités transfrontalières d'UBS avec des clients privés aux Etats-Unis 3196
3.6.1.5 Adéquation de la communication 3198

3.6.1.6 Décharge aux responsables d'UBS 3199
3.6.1.7 Rôle de l'entreprise de révision d'UBS en relation avec le *QIA* 3200
3.6.2 Banque nationale suisse 3201
3.6.3 Département fédéral des finances 3202
3.6.3.1 Généralités 3202
3.6.3.2 Problématique de l'entraide administrative 3203
3.6.3.3 Appréciation des informations transmises au chef du DFF par le responsable du groupe de travail et les autres acteurs 3204
3.6.3.4 Echanges d'informations entre les cheffes du DFJP et du DFAE/information du Conseil fédéral par le DFF 3206
3.6.3.5 Expertise juridique au DFF 3206
3.6.4 DFAE et DFJP 3207
3.6.5 Conseil fédéral 3209
3.6.5.1 Généralités sur la méthode de travail du Conseil fédéral 3209
3.6.5.1.1 Forme écrite des délibérations 3209
3.6.5.1.2 Bases d'informations du Conseil fédéral 3211
3.6.5.1.3 Système des suppléances au Conseil fédéral 3213
3.6.5.1.4 Renforcement des délégations du Conseil fédéral en contrepoids au principe départemental 3214
3.6.5.2 Renforcement de la responsabilité collective du Conseil fédéral 3215
3.6.6 Chancellerie fédérale 3216
3.6.7 Tribunal administratif fédéral 3218
3.6.8 Conclusions et points en suspens 3219
3.6.8.1 Comportement fautif d'UBS et non-respect par les Etats-Unis de l'ordre juridique suisse 3220
3.6.8.2 Résolution du problème entravée par deux facteurs 3220
3.6.8.3 Informations initiales insuffisantes 3221
3.6.8.4 Auditions d'anciens représentants et de représentants actuels d'UBS 3222
3.6.8.5 Le *QIA* et l'autorisation au sens de l'art. 271 CP 3223
3.6.8.6 Renforcement du CP 3224
4 Les CdG rappellent UBS à ses devoirs 3225
5 Suite des travaux 3226

Annexes:

1	Comportement des autorités face à la crise des marchés financiers – chronologie des événements	3227
2	Bases de comparaisons des autorités suisses	3248
3	Charge des superviseurs en comparaison internationale	3249
4	Principaux documents de référence relatifs à la première partie de l'inspection (crise financière)	3250
5	Gains et pertes d'UBS et du Credit Suisse de 2005 à 2010, en millions de francs	3253
6	Liste des personnes entendues	3254
7	Personnes concernées à la rédaction du rapport au sein du secrétariat des CdG	3256
8	Liste des motions / postulats / recommandations	3257

Liste des abréviations

AFC	Administration fédérale des contributions
AFF	Administration fédérale des finances
BNS	Banque nationale suisse
BRI	Banque des règlements internationaux à Bâle
CdG	Commission de gestion du Conseil national et la Commission de gestion du Conseil des Etats
CdG-E	Commission de gestion du Conseil des Etats
CdG-N	Commission de gestion du Conseil national
CDI	Convention de double imposition
CEO	*Chief Executive Officer*
CEP	Commission d'enquête parlementaire
CER-E	Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats
CFB	Commission fédérale des banques
ChF	Chancellerie fédérale
CP	Code pénal suisse du 21.12.1937 (RS *311.0*)
CPA	Contrôle parlementaire de l'administration
Cst.	Constitution fédérale (RS *101*)
DélCdG	Délégation des Commissions de gestion
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFE	Département fédéral de l'économie
DFF	Département fédéral des finances
DFJP	Département fédéral de justice et police
DOJ	*US Department of Justice*
DPA	*Deferred Prosecution Agreement*
EIMP	Loi fédérale du 20.3.1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale, RS *351.1*)
Fed	*Federal Reserve System* (la banque centrale américaine)
FFA	«Früherkennung Finanzmarktregulierung Ausland»
FINKRIST	Dérivé de l'appellation «Management von Krisen im Finanz-system»
FINMA	Autorité de surveillance des marchés financiers
FMI	Fonds Monétaire International
FSB	*Financial Stability Board*
G7	Rencontre des ministres des finances des 7 pays parmi les plus puissants économiquement
G10	Rencontre des ministres des finances et des gouverneurs de banques centrales de 11 pays parmi les plus développés
G20	Groupe des 20 pays industrialisés et émergents les plus importants
IMF	*International Monetary Fund*
IRS	*Internal Revenue Service* (le fisc américain)
JDS	*John Doe Summons*

LB	Loi fédérale du 8.11.1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, RS *952.0*)
LBN	Loi fédérale du 3.10.2003 sur la Banque nationale suisse (Loi sur la Banque nationale, RS *951.11*)
LBVM	Loi fédérale du 24.3.1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, RS *954.1*)
LFINMA	Loi du 22.6.2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, RS *956.1*)
LParl	Loi du 13.12.2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, RS *171.10*)
MBS	*Mortgage-backed securities*
MPC	Ministère public de la Confédération
NRA	*Non-Resident Alien*
OCDE	*Organisation for Economic Co-operation and Development*
OICV	Organisation internationale des commissions de valeurs
OFJ	Office fédéral de la justice
OFR	Ordonnance du 299.2006 sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières (Ordonnance sur les fonds propres, RS *952.03*)
Org DFF	Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral des finances (version du 11.12.2000) RO *2001* 267
PA V	Division politique V, sous-division Finance et économie, DFAE
PIB	Produit intérieur brut
PSI	*Permanent Subcommittee on Investigations* du *Committee on Homeland Security and Government Affairs*
QI	*Qualified Intermediary*
QIA	*Qualified Intermediary Agreement*
RS	Recueil systématique
SEC	*US Securities and Exchange Commission*
SFI	Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales
STAF	Comité permanent pour la stabilité financière
STASY	Comité de pilotage
TAF	Tribunal administratif fédéral
TARP	Procédure adoptée aux Etats-Unis
VaR	*Value-at-Risk*
WEF	*World Economic Forum*
WLRK	Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, cabinet d'avocats

Rapport

1 Introduction

1.1 Contexte

Lorsque la Commission de gestion du Conseil national et la Commission de gestion du Conseil des Etats (les CdG) se sont réunies le 18 mars 2009 pour déterminer si, en leur qualité d'organe de haute surveillance parlementaire, il y avait lieu d'agir dans le cadre de la crise des marchés financiers, celle-ci frappait encore la Suisse de plein fouet et son évolution était difficilement prévisible. Deux événements étaient à l'époque au centre du débat public.

Il y a eu d'abord la souscription par la Confédération d'un emprunt à conversion obligatoire d'UBS pour un montant de 6 milliards de francs destiné à permettre à la banque de se recapitaliser afin d'éviter son effondrement et les conséquences désastreuses qui auraient pu en découler pour la place financière suisse et pour l'ensemble de l'économie du pays. Cette constatation a également conduit la Banque nationale suisse (BNS) à adopter un train de mesures. Au cours du quatrième trimestre 2008, la BNS a créé une société à but spécial (StabFund) chargée d'utiliser les actifs illiquides d'UBS à hauteur de 60 milliards de dollars US au maximum, reprenant ainsi à son compte le risque lié aux titres concernés supporté jusque-là par UBS[102]. En mars 2009, il n'était pas encore possible de prédire si ce risque allait peser sur les finances publiques et le compte de résultats de la BNS.

Le sauvetage par l'Etat d'une entreprise du secteur privé qui, étant donné son poids économique, n'aurait pu être abandonnée à son sort a constitué un fait marquant de l'histoire de ce pays à bien des égards. Les milieux politiques, mais aussi la population dans son ensemble se sont posés et se posent encore de nombreuses questions fondamentales à ce sujet. Comment a-t-on pu en arriver là? Pourquoi le modèle de gestion des risques d'UBS n'a-t-il pas fonctionné? La surveillance des banques n'aurait-elle pas dû intervenir plus tôt? Le cas échéant, aurait-elle pu éviter la débâcle? La direction d'UBS et son conseil d'administration ont-ils été à la hauteur de leurs responsabilités? L'Etat suisse devait-il s'engager de la sorte en faveur d'UBS? Etc.

Le second événement, qui allait lui aussi alimenter les discussions au sein des CdG, a eu lieu le 18 février 2009, lorsque, dans l'intérêt de la stabilité tant du système financier suisse que du système financier global, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a, en se fondant sur les art. 25 et 26 LB, ordonné des mesures protectrices obligeant UBS à livrer immédiatement au ministère américain de la Justice (*Department of Justice*, *DOJ*), et au besoin à d'autres autorités américaines chargées de la poursuite pénale des délits fiscaux, des données relatives à des clients que la banque soupçonnait de fraude fiscale au sens du droit suisse. Cette manière de procéder avait pour but de prévenir la poursuite pénale d'UBS aux Etats-Unis et ses conséquences jugées dramatiques pour la stabilité du système financier[103]. Cette décision de la FINMA a fait suite à la lutte que trois autorités américaines ont menée des mois durant pour obtenir des informations de la grande

102 Voir communiqués de presse de la BNS des 16.10 et 26.11.2008.
103 Voir communiqué de presse de la FINMA du 18.2.2009.

banque et qui, outre UBS et les autorités américaines, a également impliqué la FINMA, le Conseil fédéral, le Département fédéral des finances (DFF), le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et le Département fédéral de justice et police (DFJP). Cette décision a aussi rendu sans objet une demande d'entraide administrative de l'*Internal Revenue Service* (*IRS*) du Département américain du Trésor en suspens auprès de l'Administration fédérale des contributions (AFC) depuis le 16 juillet 2008 et la plainte correspondante déposée auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF).

Les réactions que l'on a pu lire dans la presse au cours des jours qui ont suivi la décision de la FINMA illustrent bien les discussions que la transmission de ces données a suscité au sein de la population: «Déclaration de guerre au secret bancaire»[104], «La Suisse lève le secret bancaire»[105], «La Suisse est couchée, les Américains la piétinent»[106], «Comment UBS a voulu berner le fisc américain»[107], «Le secret bancaire vacille»[108], «*Kapitulation im Steuerstreit*»[109], «*Bankgeheimnis wird ausser Kraft gesetzt*»[110], «*Politischer Kniefall der Schweiz*»[111], «*Rechtsstaat oder Bananenrepublik*»[112], «*Bundesrat kapituliert vor den USA*»[113], «*UBS unter Druck: Wie die USA die Schweiz erpressten*»[114], «*Zu spät: UBS-Akten schon in den USA – Dramatisches Eingreifen des Bundesverwaltungsgerichtes*» [115], «*In 10 Tagen wäre Urteil erfolgt*»[116], «*FINMA wollte, dass Merz handelt*»[117], pour ne citer que quelques titres de la presse écrite nationale.

La décision de la FINMA a permis d'éviter une mise en accusation imminente d'UBS aux Etats-Unis. Après cette transmission de données, les pressions exercées sur la Suisse et sur UBS, sommées de transmettre aux autorités américaines des données de clients supplémentaires, ont continué d'augmenter. Parallèlement à ces pressions, l'Union européenne (UE) et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ont, elles aussi, manifesté un certain nombre d'exigences, élargissant encore le front des attaques auxquelles la Suisse était exposée. Là-dessus, soit le 13 mars 2009, le Conseil fédéral s'est engagé à appliquer les standards de l'OCDE concernant l'assistance administrative en matière fiscale, conformément à l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE et a décidé de retirer la réserve correspondante formulée par la Suisse à l'égard de ce modèle. Le 18 juin 2009, la Suisse et les Etats-Unis ont paraphé, à Washington, une convention révisée de double imposition (CDI). Les deux pays avaient préalablement convenu, à l'échelon des experts, d'étendre l'assistance administrative en matière fiscale conformément à l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE.

104 La Tribune de Genève du 19.2.2009.
105 Le Temps du 19.2.2009.
106 24 heures du 19.2.2009.
107 24 heures du 23.2.2009.
108 Le Matin du 19.2.2009.
109 Neue Zürcher Zeitung du 19.2.2009.
110 Tages-Anzeiger du 19.2.2009.
111 Berner Zeitung du 20.2.2009.
112 Der Bund du 20.2.2009.
113 Mittellandzeitung du 20.2.2009.
114 Idem.
115 NZZ am Sonntag du 22.2.2009.
116 Basler Zeitung du 21.2.2009.
117 Sonntags-Blick de 22.2.2009.

Les événements relatifs aux difficultés financières d'UBS en octobre 2008 et ceux relatifs aux demandes d'informations des autorités américaines présentent plusieurs points communs. Les deux constellations pouvaient avoir des conséquences très graves pour la place financière suisse et pour l'ensemble de l'économie du pays, les autorités fédérales étaient impliquées dans les deux cas, la question des limites de l'intervention de l'Etat s'est posée les deux fois et UBS a été l'un des acteurs et l'un des objets principaux des deux affaires.

Dans ce contexte, les CdG ont estimé indispensable d'agir au titre de la haute surveillance parlementaire. Elles ont décidé de procéder à une enquête confiée à un groupe de travail commun, constitué paritairement de membres de la Commission de gestion du Conseil National (CdG-N) et de la Commission de gestion du Conseil des Etats (CdG-E) représentant également tous les groupes parlementaires.

1.2 Mandat légal et objet de l'examen

Les CdG sont les commissions des Chambres fédérales qui, agissant pour le compte du Parlement, exercent la haute surveillance sur la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale, des tribunaux fédéraux et des autres organes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération. Cette compétence est fixée à l'art. 169 de la Constitution (Cst.)[118] et aux art. 26 et 52 de la loi sur le Parlement (LParl)[119]. Pour assumer leur tâche, les CdG disposent de droits à l'information étendus, en particulier en matière d'information (voir art. 153 ss. LParl). En vertu de l'art. 52, al. 2, LParl, elles exercent leur activité de surveillance principalement sous l'angle de la légalité, de l'opportunité et de l'efficacité.

Conformément à leur mandat légal, les CdG n'ont pas pu, dans le cadre de la présente inspection, examiner toutes les questions liées aux événements susmentionnés. Elles ont dû se limiter aux principales questions entrant dans le domaine de la haute surveillance parlementaire. En conséquence, de nombreuses questions que les milieux politiques ainsi que l'opinion publique ont également estimées importantes n'ont pas été abordées parce qu'elles n'entraient pas dans le champ de l'examen.

Les CdG ont divisé l'objet de l'examen en deux parties. La première est consacrée au comportement des autorités suisses dans la lutte contre la crise financière et la seconde porte sur leur comportement en rapport avec les événements qui ont abouti, en février 2009, à la transmission aux autorités américaines de données relatives à certains clients d'UBS.

Les CdG ont principalement axé leur examen sur l'opportunité et l'efficacité de l'activité des autorités. Bien que les faits examinés soulèvent certaines questions en rapport avec la légalité, il n'appartient pas aux CdG d'y répondre, mais aux tribunaux, comme le montrent les explications ci-après. Toutefois, lorsqu'elles découlent de l'objet de l'examen et qu'elles entrent dans leur champ de compétence, les CdG les ont traitées dans le cadre du présent rapport.

L'objet particulier à chaque partie de l'examen est présenté de manière détaillée en introduction de la partie correspondante.

118 Constitution fédérale (Cst.; RS **101**)
119 Loi fédérale du 13.12.2002 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement, LParl; RS **171.10**).

1.3 Limites de l'examen

Compte tenu du principe de la légalité, les CdG ont dû concentrer leurs investigations sur le comportement des autorités. Autrement dit, le comportement d'UBS et celui des autorités américaines n'entrent pas dans le champ de l'examen tout comme l'influence des acteurs privés (en particulier UBS) dans le déclenchement de la crise. Les CdG n'en ont tenu compte que dans la mesure où cela était nécessaire pour évaluer le comportement des autorités suisses.

Le respect du principe de la séparation des pouvoirs a également fixé un certain nombre de limites au pouvoir d'examen des CdG. Ainsi, les CdG ne sont pas habilitées à juger des questions de droit soumis à l'appréciation du juge ou déjà tranchées par un tribunal. En l'espèce, cela signifie que les CdG ne sont pas habilitées à se prononcer sur une éventuelle transgression du secret bancaire ou à procéder à une évaluation de fond de la décision du TAF du 5 mars 2009 relative à la recevabilité de la demande d'entraide administrative[120]. Le fait que cette dernière question n'ait pas encore été définitivement tranchée n'y change rien. Il va par ailleurs aussi de soi que, dans le cadre de cet examen, les CdG ne sauraient se substituer aux autorités de poursuite pénale.

L'Assemblée fédérale et ses organes ont déjà examiné de manière approfondie et adopté le train de mesures destiné à renforcer le système financier suisse élaboré en automne 2008 par le Conseil fédéral et la BNS. Les CdG n'ont pas réexaminé des faits que des organes parlementaires, voire le Parlement lui-même avaient déjà traités de manière définitive dans ce contexte. Elles estiment en effet devoir se conformer aux décisions correspondantes.

Enfin, il convient de mentionner que, lorsqu'elles ont examiné et évalué des décisions techniques complexes présupposant des connaissances approfondies, comme c'est notamment le cas dans le domaine des marchés financiers, les CdG ne se sont pas mises à la place de l'autorité concernée; elles ont abordé ces divers points sous l'angle de la haute surveillance parlementaire. Tel est notamment le cas de l'examen auquel la Commission fédérale des banques (CFB) a soumis les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis où la tâche de la haute surveillance parlementaire ne consistait pas à reprendre cet examen, mais à en évaluer les modalités (but de l'examen, moyens engagés, moment auquel l'examen a été décidé, etc.) dans le contexte de l'époque.

1.4 But de l'examen

L'exercice par les CdG de la haute surveillance parlementaire n'a pas pour but de déterminer les responsabilités individuelles des membres des autorités, mais vise principalement à tirer des enseignements pour permettre aux autorités concernées d'améliorer leur gestion. Ainsi, le présent examen s'attache essentiellement à identifier et analyser les lacunes et dysfonctionnements du système, en particulier en ce qui concerne la détection précoce de crises et les tâches de direction.

120 Arrêts du Tribunal fédéral administratif (TAF) A-7342/2008 et A-7426/2008 du 5.3.2009.

1.5 Démarche des CdG

1.5.1 Période d'examen et structure du rapport

Pour la première partie de l'enquête consacrée à la détection précoce et à la gestion par les autorités suisses de la crise financière, la période prise en compte va du printemps 2007, soit à partir du moment où les premiers effets de la crise des marchés financiers ont été perçus à l'étranger, à octobre 2008, c'est-à-dire jusqu'au moment où la Confédération a décidé un train de mesures de sauvetage d'UBS.

La seconde partie de l'examen couvre la période qui va de fin 2007, soit à partir du moment où l'organe américain de surveillance de la régularité des opérations boursières (*U.S. Securities and Exchange Commission*; ci-après: *SEC*) a contacté la CFB au sujet de la demande d'informations des Etats-Unis concernant UBS, au 18 février 2009, date à laquelle la FINMA a ordonné la transmission aux autorités américaines de données relatives à certains clients d'UBS.

Il va de soi que, pour les deux parties de l'examen, les événements importants intervenus avant et après les périodes sous revue ont été pris en compte dans la mesure où ils servent à une meilleure compréhension des faits.

Le rapport comporte quatre chapitres: l'introduction générale (chap. 1), la première partie de l'enquête (chap. 2), la seconde partie de l'enquête (chap. 3). Dans le quatrième chapitre, les CdG tirent un certain nombre de conclusions concernant les attentes vis-à-vis d'UBS.

1.5.2 Approche méthodologique

Les CdG ont confié la réalisation de l'inspection à un groupe de travail commun. La CdG-N était représentée par Pierre-François Veillon (président), André Daguet, Corina Eichenberger, Thérèse Frösch, Brigitta M. Gadient et Ruedi Lustenberger. Et la CdG-E était représentée par Hans Hess (vice-président), Konrad Graber, Claude Hêche, Alex Kuprecht, Helen Leumann et Anne Seydoux.

Les CdG ont fondé le présent rapport sur des informations en provenance de sources les plus diverses. Lors de ses 30 séances, le groupe de travail des deux CdG a entendu 60 personnes, représentants des autorités concernées et experts indépendants. Tous les conseillers fédéraux en fonction durant les périodes sous revue ont également été entendus, certains même à plusieurs reprises[121]. Le groupe de travail a aussi interrogé des représentants de l'ancienne et de l'actuelle direction d'UBS[122].

Les CdG ont en outre examiné un grand nombre de documents qui leur ont été remis par les autorités concernées[123] ainsi que des rapports, publiés ou non, rédigés par ces dernières. Elles ont aussi consulté les procès-verbaux des Commissions des finances (CdF) et ceux des Commissions de l'économie et des redevances (CER). Elles ont également pu tirer des informations précieuses des déclarations du président de la

121 Certaines fois dans le cadre de l'examen d'autres objets en présence de conseillers fédéraux (par exemple lors de l'examen par les CdG du rapport de gestion 2008 du Conseil fédéral).
122 La liste des personnes auditionnées par les CdG se trouve en annexe 6.
123 Il s'agit de courriels électroniques, notes d'information, notes personelles, etc. Une grande partie de ces documents sont confidentiels et par conséquent non publiés.

Délégation des finances (DélFin). Les CdG remercient ici tous ces organes pour leur soutien.

Un domaine partiel de la première partie de l'examen a été confié à deux experts indépendants qui ont rédigé un rapport à l'attention du Contrôle parlementaire de l'administration (CPA)[124] et dont les résultats ont été intégrés dans le présent rapport. Le CPA et le secrétariat des CdG et de la Délégation des Commissions de gestion (DélCdG) ont apporté leur appui au groupe de travail chargé de réaliser la présente inspection.

Eu égard aux droits spécifiques de la DélCdG en matière d'information, les CdG ont chargé leur Délégation d'examiner les documents de travail sur lesquels le Conseil fédéral s'est fondé pour s'informer et prendre ses décisions dans les différents domaines au cœur des investigations. Les observations de la DélCdG ont aussi été reprises dans le présent rapport.

Ce rapport se fonde sur les résultats des travaux du groupe de travail susmentionné. Les CdG des Chambres fédérales l'ont adopté le 30 mai 2010.

1.5.3 Exercice du droit à l'information

Bien que le droit d'information des organes de haute surveillance parlementaire soit inscrit dans la loi, le Conseil fédéral s'est, durant le second semestre 2009, opposé à plusieurs reprises aux demandes d'information des CdG.

Cette attitude a obligé les CdG et leur secrétariat à puiser inutilement dans leurs ressources et, partant, a retardé l'enquête de plusieurs mois. Début 2010, sous la pression politique qui se faisait de plus en plus forte et en raison des appels de plus en plus pressants en faveur de l'institution d'une commission d'enquête parlementaire (CEP), le Conseil fédéral a finalement accepté d'octroyer aux CdG l'accès aux informations dont elles avaient besoin. A partir de ce moment-là, les CdG n'ont plus eu de problème dans l'exercice de leur droit à l'information[125].

D'une manière générale, les CdG ont eu accès à tous les dossiers qu'elles avaient souhaité consulter dans le cadre de cet examen.

1.5.4 Autres difficultés rencontrées dans le cadre de l'examen

Le groupe de travail a certes pu consulter les dossiers de conduite du DFF et du DFJP relatifs aux deux volets de l'enquête (la cheffe du DFJP étant la suppléante du chef du DFF) ainsi que le classeur personnel du chef du DFF. Toutefois, le fait qu'aucun des services concernés ne possédait un dossier complet contenant tous les documents importants a constitué une difficulté supplémentaire pour les investiga-

124 Le CPA est une équipe d'évaluateurs scientifiques qui travaillent essentiellement pour le compte des deux CdG. Du point de vue administratif, ce service est rattaché au secrétariat des CdG.

125 Pour éviter qu'une telle situation se reproduise, les CdG ont décidé de concrétiser dans la LParl leur droit à l'information relatif aux dossiers du Conseil fédéral. Le 26.2.2010, la CdG-E a déposé une initiative parlementaire dans ce sens (Iv. pa. 10.404 «Précision du droit à l'information des commissions de surveillance»).

tions des CdG. En outre, les dossiers de conduite mis à disposition se sont avérés incomplets. Certaines autorités, comme la FINMA, ont été en mesure de fournir tous les documents importants à leur échelon, mais ceux-ci ne couvraient que leur propre champ d'activité. Les CdG ont donc dû commencer par établir un recensement complet des documents qui leur ont été remis afin de les ordonner et de les compléter, soit au moyen de demandes de production de documents complémentaires, soit en procédant à leurs propres recherches.

L'établissement des faits relatifs aux appréciations et aux actions des autorités suisses a notamment souffert du fait que certaines délibérations, notamment du Conseil fédéral et du groupe de travail interne à l'administration chargé de se pencher sur la problématique des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis, n'ont fait l'objet d'aucun compte rendu écrit.

Au cours de la période sous examen, le Conseil fédéral a sciemment renoncé à établir les procès-verbaux usuels de ses discussions relatives à la problématique de la recapitalisation et des activités transfrontalières d'UBS. Il est toutefois à relever que, contrairement aux instructions du président de la Confédération de l'époque, la Chancellerie fédérale (ChF) a tout de même pris quelques notes. Elle a remis ces notes intitulées «Stichwortartige Aufzeichnungen zu den Verhandlungen zum Thema UBS» (Notes en mots-clés des discussions au sujet d'UBS) au Conseil fédéral le 19 février 2009. En vertu de son droit étendu à l'information, la DélCdG a pu prendre connaissance de cette chronologie.

Quant au groupe de travail interne à l'administration, il a en règle générale renoncé à établir des procès-verbaux de ses séances, sous quelque forme que ce soit. Ultérieurement, il a été très difficile de remplir ces lacunes, même en s'adressant aux personnes directement impliquées.

L'environnement difficile dans lequel les CdG ont dû effectuer leur travail d'investigation n'a pas que des répercussions sur l'exercice de la haute surveillance parlementaire. Il affecte d'une manière plus générale le fonctionnement du gouvernement et de l'administration, raison pour laquelle les CdG se sont prononcées sur le fond de ce problème à la fin du présent rapport.

2 Inspection I: Comportement des autorités concernant la crise financière

2.1 Introduction

2.1.1 Un contexte de crise financière et économique mondiale

La crise frappant l'économie mondiale depuis l'été 2007 est un événement d'une rare ampleur. Les turbulences furent, dans un premier temps, essentiellement financières. Puis, suite à la faillite de la banque *Lehman Brothers* le 15 septembre 2008, l'activité économique mondiale a connu une chute sans précédent depuis des années.

La Suisse n'a pas été épargnée par la tourmente. Tout d'abord, les tensions sur les marchés financiers depuis l'été 2007, notamment au niveau des prêts interbancaires, ont affecté la place financière helvétique. Ce développement reflète avant tout la forte exposition des banques suisses à la conjoncture étrangère, et non pas une crise domestique. Ensuite, UBS a été frappée par des pertes substantielles liées au marché

immobilier américain, faisant peser des doutes quant à sa solvabilité. Credit Suisse a également été touché par la crise financière mais pour d'autres raisons, étant donné que la banque avait commencé à réduire son exposition au marché hypothécaire américain en 2006 déjà. Finalement, la croissance helvétique a subi de plein fouet la chute du commerce mondial depuis fin 2008, ce qui est une conséquence directe de l'intégration de la Suisse dans les circuits économiques mondiaux.

Les banques centrales majeures, dont la BNS, ont répondu au gel des marchés de crédit par des injections massives de liquidités. En outre, différentes mesures ont été prises par les gouvernements de manière à soutenir les banques et éviter un effondrement du crédit. Le train de mesures du 15 octobre 2008[126] (chap. 2.5.3.2) s'inscrit dans ces efforts. Enfin, les autorités budgétaires, y compris en Suisse,[127] ont aussi entrepris des efforts de soutien à l'activité économique par le biais de plans de relance.

En comparaison avec d'autres pays, la performance économique de la Suisse est plutôt satisfaisante. Si l'économie suisse a connu un développement négatif de mi-2008 à mi-2009, la chute de l'activité est relativement faible en comparaison internationale. Entre juillet et fin 2008[128], le produit intérieur brut (PIB) suisse a baissé de 2 %, contre 3.2 % aux Etats-Unis, 2.6 % en France et 5.1 % en Allemagne. S'il convient de tempérer cette analyse par le fait que la Suisse a connu une croissance plus faible que les autres pays avant la crise, il n'en reste pas moins que la croissance suisse s'est montrée robuste en comparaison internationale. La Suisse a tout de même subi une récession très marquée. Dans divers domaines, elle a souffert tout autant que les autres pays. Par exemple, c'est en Suisse que la chute des indices boursiers a été parmi les plus marquées.

2.1.2 Importance du secteur financier

Le secteur financier est d'une importance centrale dans tous les pays car il constitue une infrastructure sans laquelle le fonctionnement du reste de l'économie est substantiellement limité. Du fait de son articulation à l'échelle mondiale et de sa fonction, ce secteur présente des risques systémiques[129]. Ces risques d'effondrement du système dans son ensemble ont poussé les banques centrales à intervenir pour la première fois dès l'été 2007, et les gouvernements ont pris des mesures pour le sauvetage de quelques banques.

126 Message du Conseil fédéral concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse du 5.11.2008 (FF **2008** 8027).

127 En Suisse, il s'agit des phases I et II des mesures de stabilisation décidées par le Conseil fédéral respectivement du 12.11.2008 et du 11.2.2009 et de la phase III des mesures de stabilisation décidées par le Parlement le 25.9.2009. Les dépenses de la Confédération se sont montées à 432 millions de francs pour la phase I, 710 millions de francs pour la phase II et 944 millions de francs pour la phase III.

128 Tille Cédric et Wyplosz Charles, 2010, La Suisse face à la crise: une comparaison internationale, Expertise mandatée par les CdG.

129 Dans le cadre de la crise financière, la notion de risque systémique désigne le risque que le fonctionnement du système financier national ou des parties essentielles de celui-ci soient gravement entravées en raison de la faillite d'un établissement et des répercussions en chaîne que cela entraîne sur d'autres établissements. Source: FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 69 et glossaire de la BNS sous: www.snb.ch.

En Suisse, le secteur financier se distingue par sa grande taille, son intégration dans l'économie mondiale ainsi que par l'importance relative des deux grandes banques dans ce secteur.

En effet, fin 2008, la somme des bilans des banques en Suisse s'élevait à 4361 milliards de francs, soit 8,2 fois la taille du PIB annuel de la Suisse alors que cette part est de 0,9 aux Etats-Unis et de 4,3 au Royaume-Uni[130].

La concentration est aussi relativement élevée en Suisse: les deux grandes banques totalisent par exemple une part de marché de 34 % sur le marché intérieur du crédit, suivies de près par les banques cantonales (32 %)[131]. L'importance économique des grandes banques pour la Suisse peut aussi être illustrée par le fait qu'au moment de la mise en place du train de mesures en faveur d'UBS, cette dernière comprenait 130 000 petites et moyennes entreprises comme clients et gérait plusieurs centaines de milliers de comptes salaires.

L'importance systémique des grandes banques et les conséquences catastrophiques de leur éventuelle faillite ont aussi été évoquées par la BNS[132] et le Conseil fédéral. Pour la BNS par exemple, l'importance systémique d'UBS ne fait aucun doute. Son insolvabilité entraînerait de graves dysfonctionnements du système financier ou d'éléments essentiels de celui-ci et aurait de surcroît des répercussions graves sur l'économie réelle. Dans son message[133] relatif au train de mesures, le Conseil fédéral estime que, en cas de faillite d'une grande banque, les ménages et les entreprises ne seraient plus en mesure d'effectuer leurs dépenses courantes et leurs investissements, puisque leurs comptes seraient bloqués et leurs crédits suspendus. La faillite d'une grande banque se traduirait donc, du moins à court terme, par un blocage de l'approvisionnement en liquidités et par une déstabilisation du système de paiements de la Suisse. D'autres banques suisses subiraient en outre d'importantes pertes par le biais de leurs créances interbancaires. Les conséquences seraient donc dramatiques pour l'ensemble de l'économie. Selon des études internationales[134], en cas de défaut d'une banque de la taille d'UBS il faudrait tabler sur un coût économique de l'ordre de 15 à 30 % du PIB (75 à 150 milliards de francs) à court terme. A long terme, la perte en termes de croissance est même estimée entre 60 et 300 % du PIB (300 à 1500 milliards de francs).

Ainsi, en Suisse, la problématique du «*too big to fail*», qui établit qu'une banque trop grande ne peut pas faire faillite sous peine de déstabiliser le système financier dans son ensemble, prend tout son sens car les deux grandes banques constituent non seulement des acteurs majeurs du système financier international, mais aussi des acteurs essentiels de l'économie suisse.

130 BNS, Rapport sur la stabilité financière, 2009, p 30.
131 Ibid.
132 BNS, Expertise sur le fondement, sous l'angle du droit régissant l'institut d'émission, de la participation de la Banque nationale suisse au train de mesures destinées à renforcer le système financier («Transaction avec UBS»), 13.10.2008, p. 5.
133 Message du Conseil fédéral concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse du 5.11.2008 (FF **2008** 8027).
134 *Bank of England, Costs of banking system instability: some empirical evidence, Financial Stability Review, June 2001; Boyd, J. H., Kwak, S., Smith, B., The Real Output Losses Associated with Modern Banking Crises, Journal of Money, Credit, and Banking, December 2005*. Références citées par le Conseil fédéral dans son message concernant le train de mesures destinées à renforcer le sysème financier suisse.

2.1.3 Objet de l'enquête

La première partie de l'inspection des CdG examine le comportement des autorités suisses dans le cadre de la crise financière. Elle vise à répondre aux questions principales suivantes:

- Comment le comportement des autorités fédérales (Conseil fédéral, DFF, CFB/Autorité de surveillance des marchés financiers, BNS [désignée comme autorité fédérale à des fins de simplification]) est-il à apprécier sous les aspects:
  - de la détection précoce des répercussions de la crise financière internationale sur la Suisse;
  - de la décision et de la mise en œuvre des mesures dans les domaines respectifs de compétences des différentes autorités;
  - du traitement et du pilotage du cas UBS en tenant compte de l'importance systémique de la banque et des intérêts publics?
- Quelles leçons peut-on en tirer pour l'avenir notamment du point de vue de l'organisation et des compétences des autorités ainsi que de leurs comportements/coordination?

2.1.4 Méthodologie

En complément aux auditions et aux sources documentaires évoquées au chapitre 1, cette partie de l'inspection s'est basée sur l'expertise confiée par les CdG en octobre 2009 aux professeurs Cédric Tille et Charles Wyplosz[135] qui ont évalué les réponses des autorités suisses face à la crise en comparaison avec les mesures prises dans d'autres pays. L'annexe 2 précise le choix des pays avec lesquels la comparaison a été effectuée (Etats-Unis, Canada, Grande-Bretagne, Allemagne, France, Espagne, Irlande et Zone Euro).

En outre, cette partie de l'inspection s'est basée sur une documentation spécifique à la crise financière (annexe 4). Il s'agit notamment des rapports annuels ou de gestion et des rapports concernant la crise de la BNS, de la FINMA et d'UBS, rapports d'organismes internationaux, d'expertises mandatées par le Conseil fédéral, procès-verbaux des Commissions des finances (qui se sont particulièrement intéressées au train de mesures en faveur d'UBS) et des Commissions de l'économie et de redevance (qui se sont principalement intéressées à la surveillance bancaire en rapport à la crise financière).

135 Cédric Tille et Charles Wyplosz sont des spécialistes des questions monétaires et financières. Tous deux enseignent à l'Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement à Genève (IHEID). Cédric Tille a rejoint l'Institut en septembre 2007, après avoir travaillé durant neuf ans au département de recherche économique de la *Federal Reserve Bank of New York*. Charles Wyplosz intervient régulièrement auprès de divers gouvernements et d'organisations internationales (FMI, Banque Mondiale, OCDE) et dirige le Centre d'Etudes Monétaires et Bancaires à Genève.

2.1.5 Compétences des principaux acteurs

Les compétences des autorités suisses, qui ont participé à la détection et à la gestion de la crise financière sont brièvement présentées ci-dessous.

Le DFF est actif dans les domaines de la politique monétaire et budgétaire (ainsi que dans le domaine de la politique à l'égard de la place financière depuis début 2008[136]) et défend en collaboration avec le DFAE, le Département fédéral de l'économie (DFE) et si nécessaire d'autres départements, les intérêts de la Suisse dans les questions financières, fiscales et monétaires internationales[137].

L'Administration fédérale des finances (AFF) participe à la défense des intérêts de la Suisse dans les questions financières et monétaires, élabore les bases et options de la politique budgétaire, nécessaires en particulier à la conduite de la politique économique et monétaire et enfin, traite les questions financières et monétaires internationales[138]. Pour l'accomplissement de ces tâches, elle assure le contact entre la Confédération, d'une part, la BNS et la CFB – depuis le 1er janver 2009, la FINMA –, d'autre part[139].

La BNS conduit la politique monétaire dans l'intérêt général du pays. Outre ses tâches liées à l'approvisionnement en liquidités et en numéraire, la BNS contribue notamment à la stabilité du système financier[140]. La BNS est indépendante mais doit rendre compte de son activité au Conseil fédéral, au Parlement et au public[141].

La CFB[142] (jusqu'au 31 décembre 2008), puis l'Autorité de surveillance des marchés financiers[143] (FINMA, dès le 1er janvier 2009) a pour tâche la surveillance des banques et des marchés financiers. La FINMA exerce son activité de manière autonome et indépendante mais doit rendre compte au Conseil fédéral, au Parlement ainsi qu'au public. Les relations entre la FINMA et le Conseil fédéral ont lieu par l'entremise du DFF[144].

Alors que la BNS a une vision plutôt macroprudentielle, portant sur la stabilité du système financier dans son ensemble, la CFB (puis la FINMA) suit quant à elle une perspective davantage microprudentielle, s'axant sur la surveillance des acteurs opérant sur les marchés financiers.

136 En effet, avec l'entrée en vigueur de la loi du 22.6.2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS **956.1**), les rôles du DFF et de l'AFF ont été légèrement modifiés.
137 Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral des finances (Org DFF, version du 11.12.2000), RO **2001** 267.
138 Art. 9 Org DFF (version du 11.12.2000), RO **2001** 267.
139 Art. 10, al. 1, let. c, Org DFF; RS **172.215.1**.
140 Art. 5 de la Loi fédérale du 3.10.2003 sur la Banque nationale suisse (Loi sur la Banque nationale, LBN; RS **951.11**).
141 Art. 6 et 7 LBN.
142 Loi fédérale du 8.11.1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB; RS **952.0**).
143 Loi du 22.6.2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS **956.1**).
144 Art. 21 et 22 LFINMA.

2.2 Préparatifs nationaux en cas de crise financière

Bien avant que la crise – à laquelle ce présent rapport fait référence – n'éclate, les autorités suisses ont entamé des réflexions sur la manière et les possibilités d'actions en cas de crise financière.

Il convient tout d'abord de rappeler quelques éléments marquant le contexte économique et financier dans lequel ces réflexions ont été menées:

- l'importante crise immobilière suisse des années 1990;
- la faillite de la Spar- und Leihkasse Thun en 1991;
- la reprise de la Banque populaire suisse par Credit Suisse en 1993;
- la fusion de la Société de Banque Suisse avec l'Union de Banques Suisses, donnant naissance à UBS en 1998;
- Le *Swissair-grounding* de 2001.

2.2.1 Mise en place de structures de collaboration et de pilotage

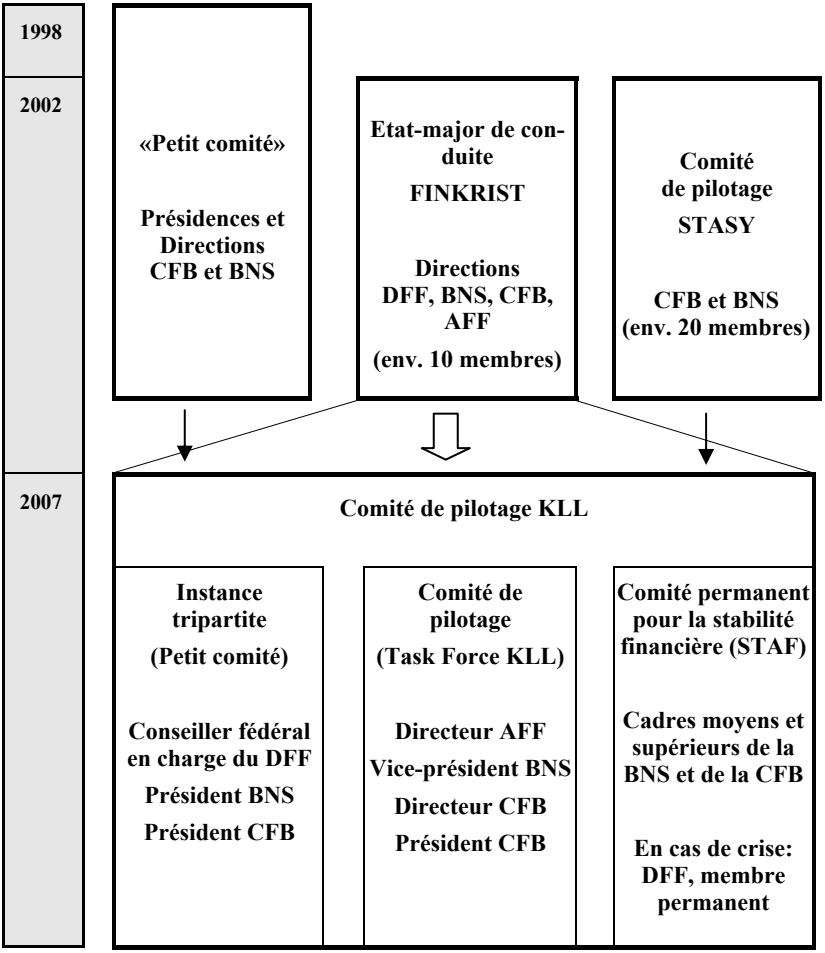
L'évolution des structures de collaboration entre le DFF, la CFB et la BNS décrite ici est illustrée par le tableau 1 qui suit.

Le premier fait marquant en matière de collaboration en prévision d'une crise financière est un rapport de principes rédigé par la CFB et la BNS. Ce rapport est né suite à une demande datant de 1996 du directeur financier de la Société de Banque Suisse (SBS), au directeur de la CFB. Le directeur financier de la banque s'enquérait des mesures que la CFB prendrait dans le cas d'une baisse additionnelle de 10 % du marché immobilier suisse, qui aurait signifié, à cette époque, la faillite de la banque. Cette question est traitée au sein du «Petit comité», organe de collaboration en matière de stabilité financière dirigé par les présidents de la CFB et de la BNS, réunissant plusieurs membres de la direction des deux institutions. Le rapport produit par ce comité est remis au chef du DFF le 13 novembre 1998[145].

Puis, en 2001, le *Swissair-Grounding* a sensibilisé le Conseil fédéral et les autorités suisses à la gestion de crise. Les réflexions en matière de prévention de crise ont dès lors été plus suivies entre la BNS, la CFB et le DFF. Elles portaient d'une part sur l'organisation de crise et d'autre part sur les possibilités d'interventions[146].

145 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 1.
146 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, des 4–6 et 14–15.5.2009.

Tableau 1: Evolution des structures de collaboration en cas de crise financière



En 2002 est instauré un comité de pilotage (Steuerungsausschuss Systemstabilität – STASY) placé sous la direction de la BNS et chargé d'approfondir des questions en lien avec la stabilité du système financier. Une vingtaine de personnes représentant la CFB et la BNS participent aux travaux de ce comité[147]. Le 7 juin 2002, le comité de pilotage STASY informe le directeur de l'AFF de ses travaux. La discussion porte notamment sur le concept de prêteur ultime (*lender of last resort*) de la BNS par lequel elle s'engage, dans des cas d'exception, à mettre à disposition des liquidités aux grandes banques.

147 Le comité de pilotage STASY comptera une vingtaine de rencontres jusqu'en mars 2006.

Trois mois plus tard, le 4 septembre 2002, un état-major de conduite destiné à la gestion de cas de crises financières est institué. Il porte le nom de FINKRIST[148] et fonctionne avec la participation de membres des directions de l'AFF, de la BNS et de la CFB. Le FINKRIST est dirigé par le directeur de la CFB[149]. En situation d'urgence, il est destiné à remplir des tâches opérationnelles de gestion de crise. Pour le reste, son rôle est de mener un travail analytique et de préparer des bases pour d'éventuelles décisions des autorités dans le cas d'une crise d'un institut financier d'importance systémique. En 2003, l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) rejoint l'état-major de conduite pour mener des réflexions similaires en ce qui concerne les assurances privées.

En janvier 2005, l'état-major de conduite FINKRIST élabore dans un rapport des directives pour la gestion de crises dans le secteur financier[150]. On y fait souvent référence par la dénomination allemande «FINKRIST Krisenleitlinien (KLL)». Ce rapport traduit l'état des lieux des réflexions du FINKRIST ayant trait aux banques suisses et traite en particulier des scénarios hypothétiques de crise, de leurs conséquences ainsi que des différentes mesures envisageables par les autorités[151]. Il est porté à la connaissance de la Direction générale de la BNS et de la CFB. Il est également présenté et discuté avec le chef du DFF le 7 septembre 2005.

Par la suite, ces directives sont débattues avec UBS et Credit Suisse en 2006 pour aboutir, le 30 janvier 2007, à la création d'un nouveau comité de pilotage, nommé comité de pilotage KLL. Ce comité va intégrer toutes les entités déjà existantes se consacrant à des questions liées à la stabilité du système financier suisse. Le «petit comité», le FINKRIST ainsi que le comité de pilotage STASY vont se retrouver dans ce nouveau comité de pilotage.

Le comité de pilotage KLL est doté d'une organisation à trois niveaux:

- un comité permanent pour la stabilité financière: le comité de pilotage STASY est remplacé par le comité de pilotage STAF. Il est composé de cadres moyens et supérieurs de la CFB et de la BNS. En cas de crise, ce comité comprend des représentants du DFF et devient l'état-major de conduite opérationnel.
- un comité de pilotage (Task Force KLL) composé du directeur de l'AFF, du vice-président de la Direction générale de la BNS ainsi que du directeur et du président de la CFB. Il est également connu sous le nom de «Krisenführungsstab».
- une instance tripartite (connue sous le nom de «Petit comité») composée du chef du DFF, du président de la BNS et du président de la CFB.

148 Dérivé de l'appellation *Management von Krisen im Finanzsystem*.
149 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 5.
150 «Leitlinien des Stabes der EBK, der SNB, der EFV und des BPV zur Bewältigung von Krisen im Finanzsektor».
151 Les mesures possibles de gestion de crise évaluées par le rapport étaient les suivantes: 1) rectifications par la communication de perceptions erronées, 2) exigences allégées en matière de fonds propres et de comptabilité, 3) organisation de fusion dans le secteur privé, 4) mesures de sursis, 5) aide sous forme de liquidités par la BNS, 6) assainissement forcé au dépend des créanciers, 7) déclaration de garanties de l'Etat, 8) société étatique de valorisation pour des actifs problématiques, 9) recapitalisation avec des moyens étatiques, 10) participation de l'Etat à une nouvelle société.

Le comité de pilotage KLL est chargé d'approfondir les questions liées aux directives pour la gestion de crises («Krisenleitlinien») et d'adapter ces dernières, si nécessaire. A cette fin, le comité a notamment défini des projets en matière de scénarios de crise, d'exercices de crise, de conditions-cadres juridiques internationales, de mesures potentielles concernant les banques d'importance systémique et de coopération avec la Confédération.

Ainsi, de 2002 à 2006, les grandes lignes d'interventions à suivre en cas de faillite d'une grande banque ont été étudiées ensemble par le DFF, la BNS et la CFB et discutées avec les grandes banques, sous les angles économiques et juridiques[152]. Ces travaux n'ont toutefois délivré ni plans opérationnels, ni décision de principe de la Confédération quant à un engagement financier pour sauver une grande banque, comme le remarque la FINMA[153].

Pour le Professeur Geiger – qui a réalisé une expertise pour le Conseil fédéral sur le comportement des autorités de surveillance dans le cadre de la crise financière –, la CFB et la BNS étaient, en comparaison avec d'autres pays, bien préparées à la crise car elles avaient développé les structures et les bases d'interventions plusieurs années auparavant. Ce travail entre la BNS et la CFB constituait même un modèle de coopération pour les autorités de surveillance étrangères[154].

2.2.2 Mesures spécifiques à la CFB et à la BNS

Parallèlement à ces réflexions communes en matière de collaboration et d'interventions en cas de crise financière et pour répondre à la concentration opérant dans le secteur bancaire dans les années 1990, la BNS et la CFB ont pris également des mesures propres à leurs compétences.

Mesures spécifiques à la CFB

Avec la mondialisation croissante des marchés financiers et la fusion des grandes banques suisses à la fin des années 1990, la CFB a d'une part créé un Service Grandes banques en 1998[155] et s'est efforcée d'autre part de renforcer la collaboration internationale en matière de surveillance des grandes banques opérant à l'échelon mondial.

Pour ce faire, le nouveau Service Grandes banques a institué des réunions trilatérales (*trilateral meetings*) avec la *Financial Services authority (FSA)*[156] et la *Federal*

152 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Peter Siegenthaler, directeur de l'AFF du 18.11.2009.
153 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 34.
154 Geiger Hans, 2009, Expertengutachten über das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise, Bern, pp. 8–9.
155 A sa création, le Service Grandes banques occupait 10 collaborateurs. Son objectif était d'assurer, en coordination avec les principales autorités de surveillance étrangères, une surveillance directe et étroite, afin de pouvoir identifier les risques majeurs. En 2007, le Service Grandes banques de la CFB employait au total 25 collaborateurs. Sources: CFB, 1999, Rapport de gestion 1998, p. 174; FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 21.
156 La *Financial Services Authority* est l'autorité de surveillance des services et marchés financiers du Royaume-Uni.

Reserve Bank of New York[157]. Ces rencontres, organisées au moins deux fois par an, permettent d'examiner les problématiques auxquelles les autorités de surveillance sont confrontées. Dans cette optique, ces réunions comprennent également des représentants des grandes banques. Dans ce cadre, l'échange entre les trois autorités quant à leurs évaluations respectives des risques occupe une place centrale. Par ailleurs, la CFB/FINMA est membre du *Senior Supervisors Group*. Celui-ci est le fruit d'une initiative du président de la *Federal Reserve Bank of New York*. Ce groupe informel (en action depuis 2005) regroupe les autorités de surveillance de banques d'investissement américaines, britanniques, allemandes, françaises et suisses opérant à l'échelon international[158].

Dans son expertise relative à la surveillance des marchés financiers durant la crise financière[159], Green relève que la CFB a su reconnaître très tôt la dimension globale des deux grandes banques suisses, et en particulier, leurs opérations complexes à New York et Londres. Ceci a conduit la CFB à s'investir dans ses relations avec les autorités de surveillance de ces centres financiers. Pour Green, la CFB fut l'un des premiers promoteurs de la surveillance multilatérale.

Ainsi, la CFB a tenu compte des risques liés à la taille et à la complexité des deux grandes banques suisses, UBS et Credit Suisse, en les soumettant à une surveillance plus approfondie, marquant ainsi sa perception de la problématique.

De plus, à de nombreuses reprises et surtout dans le cadre du débat sur les normes en matière de fonds propres (Bâle II[160]), la CFB s'est exprimée en faveur de leurs renforcements, notamment pour les grandes banques[161].

Les milieux politiques se sont aussi préoccupés de l'accentuation des risques systémiques résultant de la position des deux grandes banques ainsi que des effets potentiels sur l'économie suisse[162]. Mais la FINMA relève que s'agissant des prescriptions en matière de fonds propres, elle n'est pas parvenue à ancrer des normes de sécurité plus strictes dans la loi sur les banques (LB)[163]. «Dans une période de croissance économique mondiale persistante, les voix demandant des exigences accrues en matière de fonds propres n'ont pas réussi à se faire entendre ni obtenu le soutien nécessaire, malgré les efforts des représentants de la Suisse au Comité de

157 *Federal Reserve Bank:* banque centrale des Etats-Unis et autorité de surveillance des banques*; Federal Reserve Bank of NewYork:* autorité chargée de la surveillance des grandes banques établies à New York.

158 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 21.

159 Green David, 2010, *The Conduct of Financial Market Supervision during the Financial Crisis*. Expertise mandatée par l'AFF.

160 L'Accord sur les fonds propres (Bâle II) adopté par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, fin juin 2004, a pour objectif de renforcer la sécurité et la fiabilité du système financier, d'améliorer l'égalité des chances en matière de concurrence ainsi qu'à appréhender de manière plus complète l'ensemble des risques.
Cet accord a été transposé dans le droit suisse au travers de l'ordonnance fédérale sur les fonds propres (OFR; RS **952.03**), entrée en vigueur le 1.1.2007, de même que les circulaires afférentes de la CFB.

161 Conférence de presse de la CFB du 29.4.2004.

162 De manière non exhaustive: 99.3006 Postulat déposé par la CER-N «Fonds propres des banques/Surveillance des sociétés de bancassurance»; 03.3374 Postulat déposé par CN Rudolf Strahm «Financement des entreprises et évaluation des risques du crédit»; Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 1.2.2006 (FF **2006** 2741).

163 Loi fédérale du 8.11.1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB; RS **952.0**).

Bâle. Ces exigences accrues n'ont donc pas été intégrées dans les normes minimales de Bâle II»[164].

Le président de la FINMA a également souligné le fait qu'il n'était pas possible dans les contextes politique et économique des années 2005 et 2006 de lancer ce type de propositions[165].

Mesures spécifiques à la BNS

En 2001, la BNS se dote d'un service de la stabilité financière et publie depuis 2003 un rapport en la matière. De plus, lors de la révision de la LBN (entrée en vigueur en 2004), la Direction générale de la BNS a proposé de préciser sa responsabilité dans le domaine de la stabilité financière afin de clarifier et d'ancrer le rôle de la BNS et son devoir de collaboration avec les autorités de surveillance en cas de crise financière[166].

Memorandum of Understanding

Le 23 mai 2007 est signé le *Memorandum of Understanding (MoU)* réglant la collaboration en matière de stabilité financière entre la CFB et la BNS. Cet accord délimite les tâches respectives, définit les domaines d'intérêt communs et règle la collaboration dans ces domaines. Enfin, il vise à optimiser la surveillance des marchés financiers par une meilleure coordination entre la BNS et la CFB.

Il convient de noter que cet accord est complémentaire aux bases légales et n'entre pas en contradiction avec ces dernières. En effet, le *MoU* s'occupe de régler la coordination, c'est-à-dire le niveau opérationnel de la collaboration, alors que les compétences et les principes généraux sont, quant à eux, fixés dans la loi.

Le 1er juin 2007, dans un courrier à l'attention de la CFB, la BNS relate certains points du *MoU* qui ont été précisés ensemble:

- si une banque d'importance systémique demande une aide urgente en matière de liquidités (*Emergency Liquidity Assistance*) auprès de la BNS, la CFB livre à la BNS une évaluation de la solvabilité de la banque en question;
- si la crise de liquidités n'entraîne aucun risque majeur d'insolvabilité, la responsabilité de gérer la crise incombe à la BNS;
- en cas de risque majeur d'insolvabilité, la BNS et la CFB travaillent en étroite collaboration avec la Confédération pour gérer la crise.

164 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 22.
165 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Eugen Haltiner, président de la FINMA, du 22.4.2009.
166 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Jean-Pierre Roth, président de la BNS, du 22.4.2009.

2.3 Capacité de détection de la crise financière et de ses répercussions

Dès 2007, les prix des biens immobiliers ont commencé à chuter aux Etats-Unis. Ceci a constitué les prémisses de la crise dite des *subprimes*[167] qui concerne des prêts immobiliers à haut risque. Avec cette baisse, les valeurs des biens sont devenues inférieures à celles des crédits qu'elles devaient garantir. Conséquemment, les établissements de crédits se retrouvèrent dans des situations financières difficiles car la vente des biens immobiliers ne suffisait plus à couvrir les crédits accordés. Cette situation est allée en s'aggravant durant les six mois précédant août 2007, de plus en plus d'emprunteurs ayant cessé de payé. En février 2007, la banque HSBC procédait à d'importantes provisions témoignant de la prise de conscience émergeante de ce problème.

Les premiers symptômes de la crise apparaissent ainsi aux Etats-Unis au début de l'année 2007. Il s'agit, dans la suite de ce chapitre, de présenter comment les différentes autorités ont détecté, le cas échéant, l'émergence de la crise, avant les turbulences manifestes d'août 2007.

Au préalable, il est nécessaire de rappeler l'excellente image – quant à leur santé financière et à leur attitude vis-à-vis des risques – dont disposaient les grandes banques suisses avant la crise. Comme l'évoque la FINMA[168], UBS était une élève modèle aux yeux des autorités de surveillance étrangères, des sociétés d'audit et des agences de notation, mais aussi aux yeux de la CFB: capacité bénéficiaire solide et stable, banque relativement prudente en termes de risques, obtention des meilleures notations. Les systèmes de contrôle et de gestion des risques d'UBS avaient été plusieurs fois jugés supérieurs à la moyenne par rapport à ses concurrents. Les autorités de surveillance étrangères, qui étaient en mesure d'établir des comparaisons directes et horizontales avec ses concurrents directs tenaient UBS pour un établissement financier particulièrement solide, innovant et peu enclin au risque. En outre, la CFB bénéficiait d'une haute considération de la part des banques concernées, comme des autorités de surveillance étrangères.

Il convient aussi de préciser qu'UBS présentait à la fin de son 2e trimestre, soit fin juin 2007, un résultat positif historique de plus de 5,4 milliards de francs[169].

167 Les crédits *subprimes* sont des prêts immobiliers accordés à des ménages américains à faible solvabilité. Ces prêts sont consentis à des taux d'intérêts variables et de niveau élevé. Ces conditions d'octroi font peser un risque de solvabilité sur les ménages. En raison de la fragilité de leur situation financière, ceux-ci peuvent se retrouver en situation de ne plus pouvoir faire face aux échéances de remboursement de leur crédit immobilier. En 2006, la hausse des taux d'intérêts directeurs de la banque centrale américaine (faisant suite à une politique de taux d'intérêt très bas dès 2003) a entraîné celle des taux des crédits immobiliers aux Etats-Unis. Confrontées à un coût de l'argent plus élevé pour financer leurs besoins, les banques ont répercuté ces conditions plus sévères sur leur clientèle. Parallèlement, l'assèchement de la demande de biens immobiliers a tiré les prix de ces derniers vers le bas, entraînant du même coup une diminution de «l'effet richesse» des ménages – la valeur de leurs appartements et maisons ayant baissé, leur richesse potentielle s'est en effet amoindrie. La conjonction de ces deux évolutions défavorables a conduit à une hausse des défauts de paiement. Source: http://www.lesechos.fr/info/finance/300194636.htm.

168 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 22.

169 La situation s'est très rapidement détériorée car UBS essuie une perte de près de 800 millions de francs au 3e trimestre et une perte de plus de 12 milliards de francs au 4e trimestre, conduisant à une perte pour l'exercice 2007 de 4,3 milliards de francs. Source: UBS, rapports trimestriels et rapport annuel 2007.

2.3.1 Capacité de détection de la Commission fédérale des banques

En préambule, il convient de noter qu'en juillet 1999, sur la base de l'ordonnance sur les banques et de la circulaire sur les risques de marché, la CFB a autorisé UBS à appliquer le modèle *Value-at-Risk* (*VaR*[170]) pour calculer les fonds propres requis au titre des risques de marché. Si cette autorisation était tout à fait cohérente dans la conception de l'époque, il s'avère qu'elle a eu des incidences négatives sur la gestion des risques par UBS, la surveillance effectuée par la CFB et sa capacité de détection de la crise. Comme le relèvent la FINMA et l'expertise Geiger, l'attribution de fonds propres pour les risques de marché selon le modèle *VaR*, prévue par les accords de Bâle I (en 1996), s'est avérée a posteriori un échec de régulation.

En 2005, le thème des risques de crédits liés aux *subprimes* est évoqué pour la première fois lors d'un entretien entre UBS et la CFB. A partir de la fin 2006, la CFB a connaissance d'une détérioration marquée du marché hypothécaire américain[171]. En février 2007, la CFB interroge UBS au sujet de ses engagements dans le domaine des *subprimes*. La réponse viendra lors de la rencontre trimestrielle de la CFB et des représentants de la banque d'investissment d'UBS[172]. Comme le décrit la FINMA, «l'exposition aux risques de marché dans le domaine des *subprimes* fut évoquée pour la première fois lors de la réunion avec l'*Investment Bank* tenue à Londres le 9 mars 2007»[173]. Le *Chief Risk Officer* de l'*Investment Bank* indiquait à cette occasion aux représentants de la CFB que la banque d'investissement d'UBS pourrait même bénéficier de la détérioration de ce marché. En d'autres termes, si le marché chutait, la banque pourrait réaliser un bénéfice ou n'enregistrerait du moins pas de pertes. Toutefois, ces informations n'intégraient pas les expositions[174] qui se sont avérées les plus problématiques. Ces dernières ne figuraient pas dans les rapports sur les risques, car UBS les considérait comme étant sûres et liquides. Dès lors, le *Chief Risk Officer* de l'*Investment Bank* n'informa pas au sujet de ces positions.

«Au vu des déclarations sans réserve du *Chief Risk Officer* de l'*Investment Bank*, la CFB ne douta pas un instant que la banque tenait bien compte des changements intervenus sur le marché immobilier américain et qu'il n'y avait, dans ce domaine,

170 La *Value-at-Risk (VaR)* est un outil de mesure statistique du risque fréquemment utilisé dans le secteur financier pour évaluer les pertes éventuelles. La *VaR* permet de mesurer la perte qui ne dépasse pas une position à risque, sur la base d'une probabilité définie (intervalle de confiance) et d'une échéance donnée. Ainsi, une *VaR* de 100 millions de francs indique que, sur une échéance de dix jours, et avec un intervalle de confiance de 95 %, la perte possible de la position à risque sur les dix prochains jours dépassera 100 millions de francs avec une probabilité de 5 %. Source FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, pp. 70–71.

171 Conférence de presse de la CFB du 27.3.2007.

172 La banque d'investissement (*Investment bank*) réunit les activités de commerce des valeurs mobilières pour ses clients et pour compte propre, les activités d'émission et les activité de conseil d'intermédiation et d'exécution concernant les opérations de financement, de finance d'entreprises ou de marchés financiers.

173 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 23.

174 Ces expositions relevaient du *Dillon Read Capital Management (DRCM)*, ainsi que de positions dites *CDO super-senior*. *DRCM* était une unité d'affaires (qu'UBS avait externalisée) dans le domaine des investissements alternatifs. Dans le cadre de ses activités, *DRCM* avait pris des positions dans les *subprimes*. A la mi-mars 2007, *DRCM* annonça que ses pertes augmentaient dans plusieurs positions *subprimes*. A la fin du mois d'avril 2007, UBS a fermé *DCRM* et réintégré ses stratégies d'investissement au sein d'UBS. Source: UBS, 2008, *Shareholder Report on UBS's Write-Downs*, pp. 9, 17–18.

aucun risque majeur. En conséquence, on ne procéda pas à des analyses plus détaillées. A l'époque, aucun indice ne pouvait laisser croire à la CFB que l'identification et le contrôle des risques étaient lacunaires et que la stratégie communiquée ne correspondait pas à celle suivie en interne»[175].

La FINMA constatera a posteriori que les données n'étaient pas complètes et que les chiffres manquaient de précision – les erreurs se montaient à plusieurs dizaines de milliards de francs – et regrette ne pas avoir insisté davantage à ce moment-là, parce qu'une certaine marge de manœuvre semblait encore exister pour prendre des mesures[176]. Comme les données et informations, sur la base desquelles la CFB se prononçait, provenaient des banques, qui elles-mêmes n'avaient pas connaissance de leur exposition, il était à l'évidence difficile à la CFB d'effectuer des appréciations différentes de celles de la banque.

Le 27 mars 2007, lors de la conférence de presse annuelle de la CFB, son directeur se montre optimiste sur le thème des grandes banques et de leur disposition à subir une crise: «Incontestablement, la faillite d'une grande banque aurait des effets dévastateurs sur le système financier suisse et sur l'ensemble de notre économie, à tel point que le traumatisme de la faillite de Swissair semblerait tout simplement bénin en comparaison. C'est donc cet énorme risque, et non la probabilité – aujourd'hui faible – qu'il se concrétise, qui justifie une surveillance intensive des grandes banques. Notre mission est de veiller à ce qu'un tel désastre ne se produise pas, avec le concours de la BNS, garante de la stabilité du système financier»[177].

Le 28 mars 2007, lors de la présentation de son rapport annuel 2006 aux CdG, la CFB évoque principalement la mise en œuvre de Bâle II en Suisse. La CFB relève aussi que la complexité croissante des instruments financiers et l'envergure mondiale des principaux établissements rendent une collaboration internationale entre autorités de surveillance de plus en plus nécessaire. En outre, la complexité des produits financiers soulève des questions quant à leur évaluation et à leur traitement comptable, mais la CFB estime disposer d'instruments valables pour l'évaluation des risques. Vu la situation et l'évolution des marchés financiers internationaux, la CFB juge que la surveillance des deux grandes banques suisses représente un grand défi, mais elle se sent capable de le surmonter. Selon la CFB, les ressources sont suffisantes pour la surveillance des grandes banques, même si le FMI[178] demande d'investir davantage dans le contrôle et la surveillance des grandes banques, d'entreprendre des examens directs plus fréquents, ainsi que de contrôler sur place les processus mis en œuvre. Notons que les risques aux Etats-Unis ne sont pas mentionnés par la CFB lors de cette séance et ne font pas non plus l'objet de questions de la part des membres des commissions.

C'est également le 28 mars 2007 que la CFB décide d'examiner l'augmentation des exigences de fonds propres pour les banques. Cette décision découle de la discussion des recommandations du FMI, mais ne semble pas avoir un lien direct avec la détection d'éventuelles turbulences qui pourraient toucher les instituts financiers suisses dans un avenir proche.

175 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 24.
176 Procès-verbal de l'audition par la CER-E de M. Eugen Haltiner, président de la FINMA, des 14 et 15.1.2008.
177 Conférence de pressse de la CFB du 27.3.2007.
178 *IMF, Staff Report for the 2007 Article IV Consultation,* 16.4.2007.

Le 1er mai 2007, dans le cadre des entretiens bi-annuels (dont c'est le premier) entre la CFB et le DFF, se réunissent le chef du DFF ainsi que des représentants de l'AFF et de la CFB. L'entretien porte, entre autres, sur la dotation en fonds propres des grandes banques, mais le thème de la préparation à une éventuelle crise au niveau des grandes banques suisses n'est pas abordé[179].

Les 23 et 24 mai 2007, la CFB et la BNS tiennent une séance spéciale consacrée aux risques du système financier et à la conduite de *stress tests*[180] avec des représentants du Credit Suisse et d'UBS. Il en ressort que les simulations de situations de crise appliquées par les banques mènent à des pertes potentielles équivalentes au maximum à un résultat trimestriel. Ceci va dans le même sens que les résultats obtenus par le FMI[181] (*FSAP Banking System Stress Testing*) réalisés en février 2007, d'où il ressortait que le secteur bancaire suisse était à même de résister à de multiples chocs macroéconomiques et que les deux grandes banques étaient très liquides et solides en cas de crise des liquidités.

Selon son directeur, la CFB est sceptique face aux pertes maximales calculées par les banques et souhaite en vérifier les résultats par une analyse plus détaillée[182]. Toutefois, les turbulences financières en Suisse imposeront d'autres priorités et les tests effectués perdront rapidement en pertinence face à l'importance de la situation de crise réelle. Les hypothèses et les pertes calculées par ces *stress tests* se sont donc avérées erronées et les pertes ont été très largement sous-estimées (les pertes maximales estimées se montaient à 2–3 milliards de francs, alors qu'UBS a, pour le seul quatrième trimestre de 2007, totalisé une perte de plus de 12 milliards de francs[183]; voir figure 3 et annexe 5).

La CFB a certes identifié certains problèmes sous-jacents à la crise financière, mais elle n'a pas détecté sa proche manifestation. Cette incapacité – qui n'est pas propre à la CFB, mais concerne également des autorités de surveillance étrangères – trouve son origine en partie dans les deux facteurs suivants.

Premièrement, il ressort du rapport de la FINMA qu'au sein du Service Grandes banques, les échanges d'informations et d'opinions entre les responsables chargés de la surveillance quotidienne d'UBS et de Credit Suisse d'une part et le groupe Gestion des risques d'autre part, étaient trop peu approfondis. Selon ses propres observations, la FINMA estime que les spécialistes de la modélisation connaissaient la conception et le mode de fonctionnement des modèles, mais qu'ils ne se préoccupaient pas suffisamment de l'activité concrète de l'*Investment Bank*. Par ailleurs, les équipes chargées de la surveillance d'UBS et du Credit Suisse n'étaient pas cons-

179 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 25.

180 Les *stress tests* ont pour objectif de mesurer l'impact d'événements ou de dégradations de l'environnement économique sur la banque. Ces *stress tests* sont effectués par les banques sur la base de scénarios. Depuis le début de la crise, soit depuis 2008, les scénarios sont donnés par la CFB/FINMA (procès-verbal de l'audition par les CdG du vice-président de la FINMA du 22.4.2010) ou par la BNS (prise de position de la BNS sur le projet de rapport des CdG du 25 mai 2010). Les CdG n'ont pas pu établir avec précision laquelle des autorités fixait ces scénarios à la banque. Auparavant, ils étaient définis par les banques elles-mêmes.

181 *IMF, Switzerland: Financial System Stability Assessment update, Country Report Nº 07/187*, du 7.6.2007.

182 Procès-verbal de l'audition par la CER-N de M. Daniel Zuberbühler, directeur de la CFB, du 25.2.2008.

183 UBS, 4e rapport trimestriel de 2007.

cientes des carences des modèles. En effet, l'information selon laquelle Credit Suisse réduisait son exposition au marché des *subprimes,* dès le quatrième trimestre 2006, aurait vraisemblablement conduit l'équipe chargée de la surveillance d'UBS à examiner les données de la banque d'un regard plus critique si elle en avait eu connaissance[184].

Deuxièmement, le rôle joué par les agences de révisions qui travaillaient pour le compte de la CFB/FINMA a également posé problème, celles-ci n'ayant pas réussi à détecter les lacunes dans les systèmes de contrôle des banques. La FINMA relève que «les analyses d'UBS effectuées par la société d'audit *Ernst & Young* ont attesté qu'UBS disposait entre 2005 et 2007 d'un système de contrôle approprié. Cette appréciation s'est révélée par la suite comme étant sans fondement réel»[185].

2.3.2 Capacité de détection de la Banque nationale suisse

En mars 2007, suite à la détérioration du marché hypothécaire américain, la BNS demande à la CFB des renseignements concernant l'exposition des grandes banques, et notamment d'UBS, sur le marché des *subprimes*[186]. Sur la base d'informations fournies par UBS, la CFB a assuré à la BNS que celle-ci avait une exposition «short» sur ce marché et qu'elle profiterait même d'une détérioration du marché des *subprimes*[187].

En juin 2007 – c'est-à-dire deux mois avant les premières turbulences – la BNS publie son rapport sur la stabilité financière dans lequel les perspectives d'avenir pour la stabilité du système bancaire suisse sont jugées fondamentalement positives.

Dans ce même rapport, la BNS retient toutefois que «même lorsque les perspectives sont bonnes, de mauvaises surprises ne sauraient être exclues. Ainsi, on ne peut pas exclure que les problèmes apparus au début de 2007 sur le marché américain des hypothèques de qualité inférieure (*subprime mortgages*) puissent s'avérer être le premier symptôme d'une crise plus vaste affectant le marché de l'immobilier aux Etats-Unis ou d'une détérioration générale de la situation sur le marché du crédit»[188]. Le rapport relève aussi la propension accrue des investisseurs, et spécialement des grandes banques, à prendre des risques et note que leurs engagements dans les marchés de crédit à l'étranger ont fortement augmentés. La BNS avertit également que les risques sont aussi plus élevés à cause de l'endettement général des grandes banques et de la taille croissante de leur bilan. Comme elle le souligne, elle n'est pas informée de manière assez détaillée par les banques, ce qui limite son analyse des risques et de la stabilité. De son point de vue, la mise en œuvre de Bâle II en 2008 devrait combler en partie ces lacunes pour les grandes banques[189]. Selon le président de la BNS, la croissance rapide du bilan – surtout d'UBS – a constitué

184 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 41.
185 Ibid.
186 Procès-verbaux des auditions par les CdG de M. Jean-Pierre Roth, président de la BNS, des 12.10.2009 et 19.3.2010.
187 Procès-verbaux des auditions par les CdG de M. Jean-Pierre Roth, président de la BNS, du 12.10.2009.
188 BNS, Rapport sur la stabilité financière 2007, juin 2007, p. 57.
189 Ibid., pp. 57–58.

une source de préoccupation pour la BNS depuis 2006 déjà[190]. Ce sujet a donc été traité dans le rapport sur la stabilité financière 2006 de la BNS et abordé lors des rencontres bilatérales de la direction générale BNS avec les grandes banques[191].

Ces éléments ne semblent pourtant pas vraiment alarmants, puisque comme le note la BNS, les analyses internes de scénarios de crises laissent à penser que le secteur bancaire suisse serait en mesure de supporter une grave dégradation du contexte. La BNS souligne aussi que cette analyse est partagée par le FMI[192] qui aboutit à une conclusion similaire suite à son examen[193] du secteur financier suisse.

La BNS a détecté les principaux problèmes (marché hypothécaire américain, croissance du bilan des banques, etc.) que la crise révélera quelques mois plus tard, sans pour autant anticiper, l'émergence, l'ampleur et le calendrier de cette crise.

2.3.3 Coordination entre les autorités, implication du Département fédéral des finances et du Conseil fédéral

Le comité de pilotage KLL (chap. 2.2.1), établi début 2007, a poursuivi ses travaux de réflexion quant à l'organisation à apporter en cas de crise financière. Ce comité s'est réuni notamment aux mois de juin et de juillet 2007 avec des représentants d'UBS et du Credit suisse afin de discuter de différents projets liés aux directives pour la gestion de crises dans le secteur financier («Krisenleitlinien»). Il convient de relever que ces réunions n'ont pas eu comme objet les premiers signes de la crise; le comité donnait suite à ses travaux préparatoires concernant les scénarios et mesures à prendre en cas de crise financière (chap. 2.2).

A cette époque le DFF se trouvait, comme l'ensemble des autorités suisses, dans un mode de gestion ordinaire. Comme évoqué dans le chapitre précédent, la première rencontre entre la CFB et le DFF faisant mention des turbulences financières a eu lieu le 1er mai 2007. Le thème de la préparation à une éventuelle crise au niveau des grandes banques suisses n'a pas été abordé[194]. Et rien n'a été évoqué par le chef du DFF et le directeur de l'AFF lors de la séance de la Commission des finances du 24 mai 2007. Il n'y a pas non plus eu de questions de la part des membres de la commission au sujet de problèmes financiers suisses ou internationaux.

Il ressort des auditions[195] menées par les CdG avec les conseillers fédéraux qu'ils disposent tous d'une perception différente du moment à partir duquel le Conseil fédéral s'est préoccupé de la crise financière.

190 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Jean-Pierre Roth, président de la BNS, du 22.4.2009.
191 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Jean-Pierre Roth, président de la BNS, du 12.10.2009.
192 Le FMI a pratiqué deux examens du secteur financier suisse, le premier en 2001 et le second en 2006. Lors du second examen, il s'est avéré que le secteur financier suisse était résistant à des chocs macroéconomiques, malgré les risques liés à la taille des deux grandes banques.
193 *IMF, Switzerland: Financial System Stability Assessment 2006,* juin 2007.
194 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), no 25.
195 Procès-verbaux des auditions par les CdG des conseillers fédéraux des 4–6 et 14–15.5.2009.

Une première prise de conscience des turbulences financières a eu lieu au mois d'août 2007[196] avec une dégradation substantielle des conditions de marchés (chute de prix des titres liés aux marchés des *subprimes* américains, crise de confiance sur le marché interbancaire) et une baisse drastique des bénéfices, en particulier des deux grandes banques suisses[197]. C'est à partir de ce moment que les autorités helvétiques passent en mode «gestion de crise»[198], ce qui fait l'objet des chapitres 2.5 à 2.7.

2.3.4 Appréciation en comparaison internationale

Cette appréciation est basée sur l'expertise confiée par les CdG aux experts Tille et Wyplosz. Une comparaison des structures (2.3.4.1) et des moyens (2.3.4.2) des autorités de surveillance suisses et étrangères est tout d'abord effectuée. Sur cette base, le chapitre 2.3.4.3 présente les principaux problèmes posés aux autorités de surveillance quant à la détection de la crise. Les appréciations qui suivent sont donc celles des auteurs de l'expertise. L'avis d'autres experts est mentionné de manière explicite.

2.3.4.1 Structures différenciées des autorités de surveillance

Le premier élément permettant de comparer les autorités de surveillance suisses et étrangères réside dans leur structure, c'est-à-dire le nombre d'agences et le morcellement des tâches de surveillance entre plusieurs d'entre elles. Selon Tille et Wyplosz, ce morcellement (au sein d'un même pays) présente le risque d'un manque de coordination. Pourtant ce risque diffère notablement de pays en pays vu la fragmentation différenciée de leur structure[199]. Le tableau 2 donne un aperçu des différentes agences en charge de la surveillance des banques, des marchés financiers et des assurances. Il montre à quel point la pratique est hétérogène d'un pays à l'autre.

Certains pays comme l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Irlande et la Suisse (depuis le 1er janvier 2009, et dans une moindre mesure avant) ont mis en place une agence unique responsable de l'ensemble de la surveillance. D'autres pays, tels que la France, les Etats-Unis et le Canada, disposent d'agences séparées en charge des banques, des marchés et des assurances, ainsi que plusieurs agences affectées à des tâches spécifiques. Les Etats-Unis présentent un cas extrême de fragmentation, aussi bien au niveau de la surveillance des assurances, qui est du ressort des Etats, que de la surveillance bancaire, pour laquelle plusieurs régulateurs sont impliqués, chacun s'occupant de banques aux chartes différentes. La Suisse figure au rang des pays dotés d'une supervision très concentrée, avec un nombre restreint d'agences, aspect qui s'est encore accentué avec la création de la FINMA au début 2009.

196 Le DFF a pris connaissance que les turbulences financières toucheraient la Suisse lors d'une séance avec les présidents de la BNS et de la CFB, fin août 2007. A cette occasion, ils décidèrent de se rencontrer régulièrement (voir chap. 2.4).

197 Rapport sur la stabilité financière 2008, BNS, juin 2008.

198 Le terme de crise financière ne caractérise la situation véritablement qu'à partir de septembre 2008.

199 *Financial Service Authority, 2009, The Turner review. A regulatory response to the global banking crisis, London, March 2009*.

Ainsi, selon Tille et Wyplosz, la création de la FINMA apparaît comme une réponse adéquate à la problématique de la coordination mais cette création n'est pas liée à la crise financière.

Tableau 2: Autorités de surveillance

Pays	Banques	Titres	Assurances
Canada	Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL) Société d'assurance-dépôts du Canada (SADC) Banque du Canada Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF)	13 agences au niveau fédéral	Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL) Société d'assurance-dépôts du Canada (SADC) Banque du Canada Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF)
Espagne	Banque d'Espagne	Commission nationale des marchés de valeurs	Directorat général des assurances et fonds de pension
Etats-Unis	Office of comptroller of the currency (OCC) Federal Reserve Federal deposit insurance corporation (FDIC) Office of thrift supervision (OTS, potentiellement consolidé)	Securities and Exchange Commission (SEC)	50 Etats
France	Comité de réglementation bancaire et financière (CRBF) Credit institutions and investment firms committee (CECEI) Commission bancaire	Autorité des marchés financiers (AMF)	Commission de contrôle des assurances.
Suisse (jusqu'à 2008)	Commission fédérale des banques		Office fédéral des assurances privées
Suisse (depuis 2009)	FINMA		
Allemagne	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin)		
Irlande	Irish financial services regulatory authority (IFSRA)		
Royaume-Uni	Financial services authority (FSA)		

Source: Tille et Wyplosz sur la base des sites internet des agences respectives.

2.3.4.2 Ressources différenciées des autorités de surveillance

Un deuxième aspect déterminant pour la qualité de la surveillance se situe au niveau des moyens, c'est-à-dire des ressources à disposition des agences de surveillance. Selon Tille et Wyplosz ces ressources varient substantiellement entre les pays (annexe 3). Pour illustrer ces différences, on calcule la charge de travail par collaborateur. Une charge élevée engendre le risque pour les superviseurs de ne pas pouvoir identifier certains problèmes.

Si l'on considère le nombre moyen de banques à surveiller par collaborateur, la charge des superviseurs suisses (2,35 banques par superviseur) apparaît élevée en comparaison internationale, une charge plus lourde n'étant observée qu'au Royaume-Uni (4,19). En se concentrant sur les grandes banques – les plus importantes du point de vue de la stabilité du secteur financier –, la charge des régulateurs suisses est modérée; les Etats-Unis et l'Espagne connaissent une charge moindre.

Toutefois, comparer le nombre de banques et le nombre de régulateurs n'est pas une approche pleinement satisfaisante. En effet, si la Suisse ne compte que deux grandes banques, leur bilan total représente 450 % du produit intérieur brut annuel du pays (proche de 850 % avant la crise). Il convient donc de comparer la taille des bilans bancaires aux nombres de régulateurs. Cette mesure indique que la charge des régulateurs suisses (22,2 milliards de francs par personne) est beaucoup moins élevée qu'au Royaume-Uni (66,7 milliards) mais beaucoup plus qu'aux Etats-Unis (7,1 milliards). La charge est particulièrement marquée pour les deux grandes banques (75,4 milliards par personne), ce qui dénote selon Tille et Wyplosz un risque que les régulateurs ne détectent pas suffisamment tôt les problèmes dans ces deux établissements.

Pour David Green, l'autorité de surveillance suisse fait historiquement partie des autorités les plus faiblement dotées en ressources humaines, en comparaison avec celles ayant affaire à un système financier aussi développé et complexe que le système suisse.

La question des ressources est aussi abordée dans l'expertise du professeur Hans Geiger mais dans l'optique d'une comparaison avec la situation actuelle. Pour Geiger, la qualification du personnel et la qualité du travail effectués dans le cadre de la surveillance des grandes banques étaient, en 1998, nettement plus faibles qu'au début de l'année 2007[200].

2.3.4.3 Difficultés de la surveillance en matière financière

Les autorités de surveillance (tous pays confondus) ont selon Tille et Wyplsoz commis un certain nombre d'erreurs avant la crise: 1. les analyses de l'adéquation des fonds propres par les autorités de surveillance se sont avérées inopportunes; 2. les autorités n'avaient pas établi leur propre appréciation du niveau des risques; 3. les autorités de surveillance se sont même remises aux banques elles-mêmes pour évaluer les risques et se sont contentées de valider les modèles mathématiques très complexes créés par les banques.

200 Geiger Hans, 2009, Expertengutachten über das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise, Bern, p. 13.

Ces erreurs reflètent dans une large mesure la dépendance des autorités de surveillance par rapport aux banques dont elles ont la charge. Du fait de leurs moyens limités, les surveillants ont tendance à se baser dans une large mesure sur les informations que les banques leur fournissent, ce qui présente plusieurs risques majeurs.

- Tout d'abord, on peut difficilement attendre des régulateurs utilisant des informations transmises par la banque qu'ils détectent des problèmes échappant aux dirigeants de la banque eux-mêmes. Les gestionnaires de plusieurs banques n'ont en effet eu conscience de l'ampleur de la crise qu'une fois celle-ci entamée. Cela démontre combien il est difficile d'évaluer en temps réel la position à risque de la banque[201].
- L'expérience espagnole offre un intéressant contraste. La Banque d'Espagne, en charge de la réglementation et de la supervision bancaire, avait installé en permanence une quarantaine de collaborateurs dans chacune des grandes banques. Cette surveillance l'avait conduite à interdire purement et simplement l'acquisition de produits dérivés liés au marché immobilier américain qu'elle jugeait trop risqués parce que trop opaques face à une situation dont elle avait perçu les dangers.
- Deuxièmement, les régulateurs ont compensé leur manque de ressources humaines par l'utilisation de modèles censés mesurer les risques de la banque, ces modèles étant souvent ceux-là mêmes utilisés par la banque. Les modèles étaient grandement basés sur des conjectures et les régulateurs n'ont pas suffisamment remis en question ces hypothèses et les indications provenant de ces outils. Facteur aggravant, l'appréciation du risque dans ces modèles reposait dans une grande mesure sur les notations des agences telles que *Fitch*, *Standard & Poors* et *Moody's*. Ces agences faisaient toutefois face à de sérieux conflits d'intérêts, étant rétribuées par les émetteurs de produits qu'elles notaient.
- Troisièmement, la dépendance des régulateurs envers les données, outils et analyses prodigués par les banques sous leur responsabilité peut entraîner un manque de recul et de scepticisme par rapport à ces analyses («*groupthink*»). L'analyse de la crise par la FINMA[202] démontre clairement que le régulateur n'a pas suffisamment remis en question les conclusions que la banque lui présentait et que la CFB s'est trop aisément contentée des assurances fournies par la banque. Le fait que collectivement, banquiers, superviseurs et, plus généralement, les économistes, aient échoué à anticiper la plus grave des crises financières depuis 1929 démontre le pouvoir du conformisme. Un certain nombre d'économistes et une institution au moins (la Banque des Règlements Internationaux de Bâle [BRI][203]) avaient identifié une bonne partie des faiblesses qui ont provoqué puis amplifié la crise. Ainsi pour Tille et Wyplosz, même si les opinions divergentes étaient très minoritaires, les autorités de surveillance auraient dû prendre en compte ces avertissements et renforcer de manière adéquate leurs contrôles.

201 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 26 et p. 42.
202 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers.
203 La Banque des règlements internationaux (BRI) est le forum de coordination et de discussion privilégié des principales banques centrales.

> Finalement, la dépendance des autorités de régulation envers les banques diminue leur aptitude à imposer des ajustements à ces dernières. De tels ajustements, comme un provisionnement accru pour des investissements risqués, impliquent en effet des coûts additionnels pour la banque, et ceci sans aucune certitude que les craintes évoquées soient justifiées. Il est aisé d'imaginer que les banques résistent à de telles injonctions en arguant que le régulateur fait preuve d'une prudence excessive qui entrave la profitabilité du secteur bancaire, et recourent au lobbying des autorités politiques si nécessaire. Ce déséquilibre de pouvoir entre les régulateurs et les banques peut conduire les premiers à se contenter trop rapidement d'efforts partiels de la part des banques.

Conséquemment, selon Tille et Wyplosz, le déséquilibre entre régulateurs et régulés est un problème qui mérite une attention particulière en Suisse et ceci pour différentes raisons. Tout d'abord la disproportion de moyens est spécialement marquée en regard de la taille des banques par rapport à l'économie nationale. Ensuite, le rôle dominant des grandes banques implique qu'une réduction de rentabilité, du fait de l'adoption de mesures prudentielles, peut être présentée comme un coût pour l'ensemble de l'économie. Finalement, la taille limitée du pays implique un cercle relativement restreint de personnes à même de gérer la complexité des banques modernes. Il existe alors un risque que les régulateurs soient trop proches de leurs homologues dans la banque et manquent de recul. Si ce risque de *regulatory capture* n'est de loin pas limité à la Suisse, la petite taille du pays implique qu'il y soit prêté une plus grande attention qu'ailleurs.

Dans le cadre de son expertise, Geiger estime qu'il ne faut pas attendre d'une autorité de surveillance qu'elle connaisse les positions à risque de la banque, mais l'autorité doit savoir si la banque, elle, les connaît[204]. Geiger relève aussi que la CFB était trop imprégnée par l'image d'élève modèle d'UBS[205]. Par ailleurs, il constate qu'il n'y a pas d'indication de dépendance envers UBS.

2.4 Impacts de la crise sur le secteur bancaire suisse

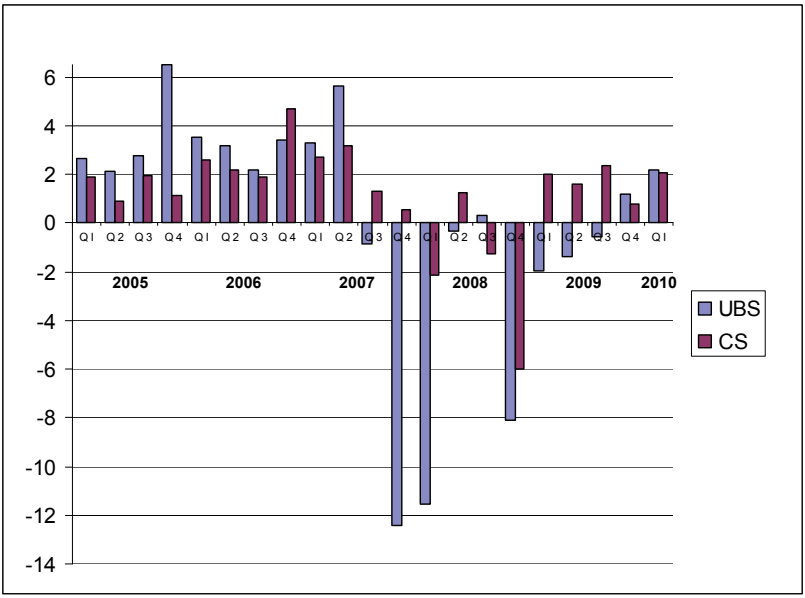
Depuis les turbulences financières du second semestre 2007, il était manifeste que les grandes banques suisses seraient fortement touchées par la crise financière en raison de leur exposition sur le marché des titres garantis par des hypothèques[206] et de leurs engagements dans le domaine des opérations de financement à fort effet de levier[207].

La crise a surtout touché les grandes banques suisses UBS et Credit Suisse (figure 3), actives sur les principales places financières internationales. Le secteur des banques de moyenne et petite tailles n'a pratiquement pas été exposé aux turbulences des marchés financiers.

204 Geiger Hans, 2009, Expertengutachten über das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise, Bern, p. 13.
205 Ibid., p. 9.
206 Titres communément nommés *Mortgage-backed securities (MBS)*.
207 BNS, Rapports de gestion 2007 et 2008.

Selon le rapport de la FINMA[208], Credit Suisse était à cette époque dans une meilleure situation qu'UBS, car il disposait d'un portefeuille plus petit dans les domaines concernés d'une part et d'autre part il a réagi plus tôt qu'UBS face à la crise.

Figure 3: gains et pertes d'UBS et du Credit Suisse de 2005 à 2010, en milliards de francs



Source: Rapports trimestriels d'UBS et du Credit Suisse, de 2005 à 2010

En effet, contrairement à UBS, Credit Suisse avait commencé dès le quatrième trimestre 2006 à réduire son exposition au marché hypothécaire américain. Ceci grâce à sa propre société (sise au Etats-Unis) de services hypothécaires qui lui avait transmis des signaux en ce sens (à savoir des informations concernant des retards de paiement). UBS a, quant à elle, continué à augmenter son exposition au marché hypothécaire américain et ceci jusqu'au troisième semestre 2007. Ainsi, après les premières turbulences financières, Credit Suisse disposait d'une flexibilité bien plus grande qu'UBS pour réduire son exposition.

Comme l'évoque la figure 3, UBS a été contrainte dès le troisième trimestre de comptabiliser de lourdes pertes du fait des importants amortissements sur son exposition *subprime*. Au total, entre début 2007 et le milieu de l'année 2009, UBS a enregistré des amortissements et pertes de crédit en lien avec la crise à hauteur de 53 milliards de dollars, contre 19 milliards de dollars pour Credit Suisse[209].

208 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, pp. 15–16.

209 Source: Bloomberg, cité par FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 16.

Dans son message[210] concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse, le Conseil fédéral a présenté l'impact de la crise financière sur les banques suisses. Les chapitres 2.4.1 à 2.4.3 sont entièrement tirées de ce message datant du 5 novembre 2008, donc deux semaines après la mise en œuvre du train de mesures.

2.4.1 UBS

Dans son message, le Conseil fédéral estimait que plusieurs facteurs avaient entamé la confiance dont UBS jouissait sur les marchés.

En premier lieu, en octobre 2008, la banque restait exposée dans les segments du marché les plus touchés par la crise. Des positions à risques liées au marché immobilier américain avaient été réduites durant les mois précédents, mais elles n'avaient pas toutes disparues[211].

Deuxièmement, les perspectives d'une évolution de la situation des fonds propres de la banque demeuraient incertaines. Certes, la part des fonds propres était encore, au 30 septembre 2008, supérieure au minimum réglementaire exigé mais on ne pouvait plus exclure que, en raison de pertes supplémentaires d'ici fin 2008, la banque présenterait un taux de couverture inférieur à celui exigé par le *Swiss finish* et se rapprocherait du minimum réglementaire.

En troisième lieu, d'autres facteurs ont entravé la restauration de la confiance. En particulier, la position extrêmement forte d'UBS dans la gestion de fortune s'est trouvée affaiblie. Les causes étaient notamment les craintes d'une moindre solvabilité et la perte de réputation consécutive aux pertes encourues. Ces circonstances ont notablement contribué à l'évolution négative des apports nets de fonds. La banque avait enregistré au troisième trimestre des retraits pour 83,6 milliards de francs, dont 49,3 milliards pour le seul secteur du *Global Wealth Management & Business Banking*. Pour comparaison, UBS avait, durant les sept années précédentes, enregistré des apports de fonds nets pour environ 100 milliards de francs par année. Cette évolution est à l'origine d'une détérioration au troisième trimestre 2008 de la situation des liquidités de la banque. La levée de fonds à terme, comme pour bien d'autres acteurs du marché, était devenue pratiquement impossible, ce qui a conduit à un raccourcissement structurel des échéances. UBS s'est vue contrainte de refinancer d'importantes sommes sur le marché limité à un jour (*overnight*).

2.4.2 Credit Suisse

Comparé à UBS et aux concurrents internationaux, Credit Suisse était, selon le Conseil fédéral, moins vulnérable au moment du train de mesures. La banque n'avait pas besoin d'un soutien étatique et la confiance des marchés était restée relativement

210 Message du Conseil fédéral du 5.11.2008 concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse (FF **2008** 8027).

211 Il restait notamment des instruments financiers liés à des hypothèques ou à des garanties de prêts à des étudiants, des postes risqués ou illiquides dans des segments du marché financier tels que les rachats d'entreprises financés par des fonds de tiers (*leveraged finance*) ou les obligations à enchères (*auction rate securities*).

intacte à son égard: la banque avait pu jusqu'alors défendre son statut de refuge; en comparaison sectorielle, le cours de l'action avait moins baissé; la prime de risque que payait la banque sur ses dettes était nettement inférieure à celle dont s'acquittaient ses concurrents internationaux.

En outre, compte tenu de la conjoncture défavorable qui caractérisait le marché, la situation des liquidités était solide. Les possibilités de refinancement étaient plutôt limitées à court terme mais il n'y avait pas d'exode massif de fonds.

Pour l'essentiel, Credit Suisse était exposé dans les segments du marché financier qui sont devenus problématiques avec la crise. Il détenait des positions à risque notamment dans des segments à haut risque tels que le rachat d'entreprises financé par des fonds de tiers (*leveraged finance*) et le financement d'immeubles commerciaux. En particulier, le marché européen de l'immobilier commercial était totalement paralysé. Après l'augmentation de capital annoncée le 16 octobre 2008, le Conseil fédéral estimait que la situation des fonds propres serait très bonne. Les estimations concernant le troisième trimestre 2008 tablaient sur le fait que la levée de capitaux pour un montant de quelque 10 milliards de francs augmenterait le ratio de capital propre à 13,7 % (10,4 % sans levée de capitaux) et que les fonds propres imputables dépasseraient de plus de 100 % les exigences minimales de la CFB (de plus de 50 % sans augmentation de capital). Grâce à l'augmentation de capital, la banque a dépassé l'objectif de fonds propres fixé par la CFB pour 2013, de même que le niveau minimum du ratio d'endettement (*leverage ratio*).

Depuis le début de la crise, la confiance du marché vis-à-vis du Credit Suisse est toujours restée forte selon le Conseil fédéral, ce qui s'est traduit entre autres par un important afflux d'avoirs. Toutefois, au cours du troisième trimestre, on a observé un fléchissement de cette tendance, avec un afflux net de 1,5 milliard de francs.

2.4.3 Situation des autres banques suisses

A la différence des grandes banques, les autres banques en Suisse n'ont investi que de manière insignifiante dans des actifs directement touchés par la crise financière internationale, notamment sur le marché immobilier américain ou dans le secteur des rachats d'entreprises financés par des fonds de tiers (*leveraged finance*). Elles ressentaient toutefois les contrecoups de l'effondrement des cours sur le marché des actions, avant tout sous la forme d'un recul des recettes tirées de la gestion de fortune et du négoce.

Le Conseil fédéral notait que la dotation en fonds propres des banques suisses était excellente. Abstraction faite des grandes banques, elle dépassait de plus de 90 % en moyenne les exigences minimales, même en excluant le rabais de garantie de l'Etat pour les banques cantonales ou l'obligation de versement supplémentaire faite aux coopérateurs de Raiffeisen. La crise de confiance sur le marché interbancaire a eu des répercussions négatives sur toutes les banques. Toutefois, de façon globale, la perte de confiance vis-à-vis des grandes banques a provoqué un afflux massif de fonds de la clientèle vers les autres banques. Les principales banques bénéficiaires de ce mouvement sont notamment les banques cantonales et les caisses Raiffeisen ainsi que PostFinance.

2.5 Gestion de la crise: mesures prises par les autorités suisses (août 2007 à avril 2009)

L'ampleur de la crise financière et, par intermittence, la rapidité extrême à laquelle elle s'est propagée, ont placé les autorités suisses dans un contexte de crise inédit. En effet, la succession des événements a exigé des autorités qu'elles prennent de nombreuses mesures, parfois drastiques, pour remplir leurs mandats légaux. Bien que des préparatifs aient été élaborés dès la fin des années 1990, aucun scénario d'une telle gravité n'avait été envisagé sérieusement par le passé et aucune des autorités suisses, malgré leurs contacts avec leurs homologues étrangers, ne s'est montrée capable d'anticiper la crise (chap. 2.3).

En Suisse, le souci principal a été d'assurer la pérennité des grandes banques suisses, dont l'importance systémique pour le pays ne faisait aucun doute. Compte tenu de l'impact de la crise sur Credit Suisse et UBS, il s'agissait d'assurer un monitoring serré et, lorsque la situation l'a exigé, de prendre des mesures efficaces avec un haut niveau de coordination. Ce chapitre vise à mettre en évidence les mesures décidées par les autorités suisses dans leurs domaines de compétence respectifs face aux difficultés des grandes banques suisses.

La période étudiée s'étend du 9 août 2007, date considérée généralement comme le début de la crise financière, jusqu'au lancement, le 16 octobre 2008, du train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse. Des indications sont également données sur les mesures prises dans la continuité du train de mesures jusqu'au début de l'année 2009.

Les mesures de gestion de crise prises par la BNS, la CFB et le DFF, autorités en charge de différents aspects de la stabilité financière, sont présentées dans l'ordre chronologique et peuvent être classées en trois phases clés de la gestion de crise. La phase initiale, entre le 9 août et la fin du mois de septembre 2007, englobe les mesures prises face aux premières turbulences du secteur financier. La seconde phase, entre la fin 2007 et le printemps 2008, comporte deux grandes périodes de perte de confiance sur les marchés financiers et se caractérise par l'aggravation des difficultés des grandes banques qui vont notamment mener à des recapitalisations par les marchés privés. Finalement, la troisième phase se caractérise par le pic de la crise dans le sillage de la faillite de *Lehman Brothers* en septembre 2008, et le recours à l'aide de la BNS et de la Confédération par UBS.

2.5.1 Août à septembre 2007: déclenchement de la crise et premières mesures des autorités

Au début de l'été 2007, les premiers instituts financiers ont commencé à chanceler sous le poids des pertes liées au marché américain des *subprimes*. L'exposition des grandes banques suisses à ce marché en crise n'était alors pas encore connue avec exactitude, mais les inquiétudes à ce sujet ont gagné en ampleur dès le début du mois d'août 2007. Le *CEO*[212] et le président d'UBS sont informés le 6 août des problèmes de la banque liés au marché des *subprimes*[213]. L'incertitude concernant l'étendue des pertes et amortissements à subir par les grandes banques s'est propa-

212 De l'anglais, *CEO* pour *Chief Executive Officer*, équivalent de Directeur général.
213 UBS, *Shareholder Report on UBS's Write-Downs*, 18.4.2008, p. 35.

gée et a mené à une grave crise de confiance sur les marchés interbancaires. Celle-ci s'est concrétisée le 9 août 2007 par un assèchement presque complet des liquidités sur les marchés interbancaires et a donné le signal d'un profond dysfonctionnement du système bancaire.

2.5.1.1 Août 2007: approvisionnement en liquidités par la BNS

La BNS a dès lors été amenée à intervenir rapidement conformément à son mandat légal. Face à l'assèchement sur les marchés interbancaires, elle a mis en œuvre en coordination avec d'autres banques centrales[214] des opérations d'injections massives de liquidités afin de garantir le fonctionnement des marchés monétaires et interbancaires. Les premières opérations ont eu lieu les 9 et 10 août 2007 pour faire face à la première vague de perte de confiance[215] sur le marché interbancaire. D'autres opérations d'injections extraordinaires de liquidités ont été nécessaires à la suite d'autres phases de perte de confiance subséquentes (novembre/décembre 2007, mars/avril 2008 et septembre/octobre 2008)[216]. Ces opérations ont pris au cours de la crise financière une ampleur sans précédent dans l'histoire de la BNS.

2.5.1.2 Août 2007: renforcement du monitoring des marchés par la BNS

Dès le mois d'août 2007, la BNS a également renforcé le monitoring des marchés touchés par les turbulences. Elle a suivi de manière plus intensive les principaux indicateurs traditionnels tels que ceux des marchés des actions et des obligations, mais également les cours des titres adossés à des crédits hypothécaires (*MBS*), les primes de risque des grandes banques internationales et les déclarations de celles-ci concernant leurs résultats trimestriels et leur besoin de constituer des provisions pour des raisons directement liées aux turbulences. Les résultats de ce monitoring ont été transmis régulièrement à la CFB et aux offices fédéraux concernés.[217]

214 Les banques centrales ont été confrontées à des besoins de liquidités de leurs banques dans des monnaies étrangères. N'étant pas émettrices de ces monnaies, elles se sont trouvées dans l'impossibilité de gérer seules ce problème. Une coopération s'est rapidement mise en place entre banques centrales sous la forme d'accords de *swaps* permettant l'échange de monnaies. La BNS a participé à de tels accords, aussi bien pour obtenir des liquidités en dollars, que pour fournir des liquidités en francs suisses à d'autres banques centrales.

215 Les phases de pertes de confiance étaient caractérisées par des augmentations des primes de risques inscrites dans les taux d'intérêts sur les dépôts entre les grandes banques internationales. Ces augmentations ont causé des fluctuations non souhaitées du Libor pour les dépôts à trois mois en francs ainsi que des taux d'intérêts à très court terme sur le marché monétaire. La BNS est intervenue en mettant à disposition des liquidités supplémentaires et en abaissant successivement les taux de ses pensions de titres. A plusieurs reprises, la BNS a également été amenée à recourir à des swaps de change. Pour la première fois de son histoire, elle a conclu en décembre 2007 un accord portant sur des swaps de change avec la Réserve fédérale des Etats-Unis afin de mettre à disposition des banques des liquidités en dollars des Etats-Unis.

216 BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008, juin 2008, p. 20.

217 BNS, Rapport de gestion 2007, du 29.2.2008, p. 56.

2.5.1.3 Août 2007: renforcement du monitoring des deux grandes banques par la CFB

Au mois d'août 2007, la CFB a renforcé, en collaboration avec la BNS, le monitoring des grandes banques avec un accent particulier sur le suivi de la banque UBS, déjà fortement secouée par les turbulences sur le marché américain du crédit hypothécaire[218]. De manière globale, le monitoring intensifié de l'autorité de surveillance a porté sur l'évolution des bénéfices, la dotation en fonds propres, l'approvisionnement en liquidités, l'évaluation des instruments financiers complexes devenus illiquides, l'identification de foyers de contamination potentiels, le démantèlement de positions problématiques, les scénarios de crise spécifiques, la publication réaliste de la situation de risque et la communication à destination du public[219].

Afin de disposer des informations nécessaires au suivi en temps réel, la CFB a mis en place un rythme de reporting accéléré pour les deux grandes banques. Credit Suisse et UBS ont été chargés de communiquer des mises à jour hebdomadaires, voire quotidiennes dans certaines situations, des principaux chiffres et prévisions[220]. Pour UBS, le monitoring renforcé a rapidement permis de disposer d'un meilleur aperçu des risques auxquels la banque était exposée. Fin août 2007, UBS a notamment livré, sur une nouvelle demande de la CFB, des indications claires sur son exposition réelle aux *subprimes,* positions super-senior incluses. Elle présentait une exposition nette à hauteur de 53,1 milliards de dollars au 24 août 2007. Par ailleurs, il est ressorti de rapports internes d'UBS que les positions longues, qui subiraient des pertes en cas de détérioration du marché, étaient passées de 32,9 à 75,7 milliards de dollars entre mars et juillet 2007[221]. C'est la première fois que la CFB disposait d'un aperçu proche de la réalité, après les informations erronées qu'elle avait obtenues en mars 2007 (chap. 2.3).

Dans le cadre des séances internes de la CFB, un rythme accéléré a également été mis en place pour les rapports de situation concernant les grandes banques. Alors qu'en temps normal, le reporting des grandes banques se tenait tous les trimestres, un rapport de situation a été établi pour chaque séance mensuelle de la commission à partir de septembre 2007[222].

Périodiquement, des discussions avec la direction ou des membres du conseil d'administration des deux grandes banques au sujet des difficultés liées à la crise des marchés financiers ont également été jugées nécessaires. La rencontre du 20 août 2007 avec le *CEO* d'UBS a été la première au plus haut niveau. A ce moment-là, le Service Grandes banques de la CFB a réalisé qu'UBS se trouvait face à un sérieux problème[223].

Entre août 2007 et décembre 2008, 16 rencontres ont eu lieu entre la CFB et la direction ou le président du conseil d'administration d'UBS. La CFB était à chaque fois représentée par son président et/ou son directeur. Régulièrement, des représen-

218 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 35.
219 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 34.
220 FINMA, Rapport de gestion 2007, p. 7.
221 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 24.
222 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 48.
223 Ibid., nº 41.

tants du Service Grandes banques y ont également assisté. Jusqu'en été 2008, la plupart de ces rencontres se sont concentrées sur des rapports de situation et sur la mise en œuvre de demandes formulées par l'instance de surveillance. A noter qu'elles ont eu lieu surtout en période d'instabilité accrue des marchés et l'on peut observer un parallèle entre les quatre vagues de perte de confiance sur les marchés identifiées par la BNS dans son rapport sur la stabilité financière 2009 et la fréquence des rencontres entre la CFB et les instances dirigeantes d'UBS.

Le rythme et l'accent des réunions ont changé suite aux difficultés majeures rencontrées par UBS après la faillite de *Lehman Brothers*. Les rencontres se sont accélérées (cinq en l'espace de 13 jours entre le 2 et le 13 octobre 2008) et ont porté sur les préparatifs urgents de recapitalisation et d'allègement du bilan d'UBS des actifs illiquides.

2.5.1.4 Août 2007: augmentation des exigences de fonds propres par la CFB

Compte tenu des conséquences de la crise des *subprimes* sur l'activité «banque d'investissement» des grandes banques suisses, la CFB a décidé provisoirement, à la fin du mois d'août 2007, le relèvement immédiat des exigences de fonds propres pour UBS et Credit Suisse. Les exigences sont passées dès lors de 120 à 130 % du standard minimal selon les recommandations de Bâle II[224]. Cette mesure a été confirmée en décembre 2007 après consultation des banques concernées. La CFB a renoncé à une augmentation plus conséquente car une telle mesure aurait eu des effets pro-cycliques en temps de crise[225] et aurait été difficile à mettre en œuvre par les deux banques à ce moment-là[226].

2.5.1.5 Septembre 2007: adaptation de la politique monétaire de la BNS

En septembre 2007, la BNS a baissé une première fois le Libor à trois mois afin de favoriser une détente sur les marchés monétaires par le biais d'une baisse des taux d'intérêts[227].

2.5.2 Fin 2007–début 2008: aggravation de la situation et renforcement du suivi

Après une légère détente des marchés monétaires internationaux au mois d'octobre 2007, les mois de novembre et décembre 2007 ont été caractérisés par une seconde

224 Ibid., nº 44 et 53.
225 Une telle mesure aurait eu des effets procycliques dans le sens où plutôt que de stabiliser les grandes banques, elle aurait accentué encore davantage leurs difficultés. Des exigences très nettement accrues en matière de fonds propres auraient forcé les banques à immobiliser une masse considérable de capital dont elles avaient besoin pour les affaires courantes durant la crise.
226 Directeur de la CFB, Crise mondiale du crédit – Conséquences pour la surveillance des banques, CFB, Conférence de presse annuelle du 1.4.2008.
227 SNB, Rapport de gestion 2007, du 29.2.2008, p. 3.

vague de perte de confiance, illustrée par une forte augmentation des primes de risques sur les marchés interbancaires. Les grandes banques ont ainsi été à nouveau soumises à des conditions de financement difficiles. La confiance envers les grandes banques suisses a également été entamée au vu des amortissements considérables qu'elles ont opérés concernant des produits liés aux marchés des *subprimes*. Les pertes d'UBS étaient alors les plus préoccupantes en Suisse et la banque a procédé à une première augmentation substantielle de son capital par l'émission d'emprunts à conversion obligatoire. Dans ce contexte, le suivi a encore été intensifié par la CFB et la BNS. Dès le début de l'année, les autorités suisses ont mis en œuvre une organisation de crise dans le but de développer des options éventuelles d'intervention étatique.

2.5.2.1 Décembre 2007: demande de clarification à UBS sur les causes des pertes

Le 19 décembre 2007, au vu des énormes pertes enregistrées par UBS (voir figure 3, chap. 2.4), la CFB a demandé un rapport complet sur les causes et les responsabilités de cette débâcle.

2.5.2.2 Janvier 2008: activation de l'instance tripartite et préparation d'un scénario de crise majeure

Le 29 janvier 2008, la structure de crise a été activée au plus haut niveau. Dans le cadre d'une rencontre de l'instance tripartite[228], le chef du DFF[229] a été informé par le président et le directeur respectivement de la BNS et de la CFB qu'UBS faisait face à des difficultés très graves. La situation de la banque était préoccupante au point qu'il devenait nécessaire de préparer un scénario de dernier recours, c'est-à-dire une intervention étatique en faveur de la banque. A ce stade, le Conseil fédéral, n'a pas été informé de la gravité de la situation par le chef du DFF.

Dans les mois qui ont suivi, le DFF a participé, au sein de la structure de crise, à l'élaboration d'options d'intervention en cas de perte aiguë de confiance envers UBS. Par le biais de l'AFF, le DFF a notamment mis en évidence les problèmes d'ordre politique d'une intervention étatique. Il a également signalé clairement que si de telles mesures ne pouvaient plus être exclues totalement, elles n'étaient à employer qu'à titre d'*ultima ratio*[230].

Ces discussions ont été menées dans la plus grande discrétion pour deux raisons majeures. Il fallait éviter que l'on puisse tirer parti d'une telle information (à travers

228 L'instance tripartite, organe chargé de la vision stratégique de la structure de crise, a permis au chef du DFF d'être informé par la BNS des développements majeurs de la crise financière à quatre reprises. Elle lui a également permis d'être informé par la CFB de la situation des deux grandes banques. L'instance tripartite s'est réunie les 18.12.2007, 29.1.2008, 19.3.2008 et 1.4.2008.

229 Jusqu'alors, par l'intermédiaire de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire de l'AFF, le DFF a suivi de manière générale les développements des turbulences des marchés financiers sur un plan macroéconomique. Les contacts avec le *Financial Stability Forum (FSF)* et le FMI lui ont notamment permis de se procurer les informations nécessaires en la matière.

230 Lettre du DFF aux CdG du 4.5.2009, p. 4.

des opérations boursières par exemple) d'une part et d'autre part, des informations concernant une éventuelle aide publique auraient pu avoir des effets néfastes considérables sur les marchés financiers en entamant la confiance envers les banques notamment (en Grande-Bretagne, les rumeurs concernant une aide publique en faveur de la banque *Northern Rock* ont provoqué un climat de panique).

2.5.2.3 Janvier 2008: demande de la CFB relative à la qualité des informations transmises par les grandes banques

Le suivi intense des grandes banques a mené la CFB à exiger un volume important d'informations de leur part. La CFB a néanmoins rencontré des difficultés à ce sujet, et ceci dès le début du monitoring renforcé.

En particulier, l'autorité de surveillance a dû régulièrement faire face à une qualité d'information jugée inadéquate, à des processus internes d'UBS qui lui paraissaient trop lents, et à des délais qui n'ont pas été respectés pour certaines informations exigées[231]. Le 23 janvier 2008, elle a donc adressé une lettre au *General Counsel*[232] d'UBS pour lui faire part de son mécontentement à ce sujet. Cette action a progressivement conduit à l'effet escompté par la CFB; cette dernière a pu constater qu'UBS répondait de manière de plus en plus satisfaisante aux demandes de la commission[233].

A noter que cet état de fait n'était pas nouveau pour la CFB. En effet, dans son rapport du 14 septembre 2009[234], la FINMA indiquait que le système d'information du management de la banque (*Management Information System*, *MIS*) posait déjà problème en 2006: la banque était incapable de répondre à de nombreuses demandes de la CFB et la qualité des rapports, ainsi que les délais nécessaires à la banque pour leur préparation, étaient jugés insatisfaisants.

Les questions des CdG à l'attention de la CFB relatives à l'information transmise à l'autorité de surveillance par les grandes banques ont également révélé que la collaboration avec UBS était jugée «nettement meilleure» qu'avec Credit Suisse. De manière générale, UBS s'efforçait de donner suite aux demandes de manière satisfaisante malgré un système interne trop complexe et déficient, alors que le Credit Suisse, qui disposait de systèmes plus modernes et performants, se montrait moins coopératif[235]. Pour le vice-président de la FINMA, les périodes de meilleure ou de moins bonne coopération avec l'une ou l'autre des banques se sont succédées et n'ont pas posé de problème particulier[236].

231 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 64.
232 Le *General Counsel* est l'avocat en chef du département juridique d'une entreprises. Il s'agit d'un terme utilisé en particulier dans les entreprises anglo-saxonnes.
233 Réponses écrites du responsable du Service Grandes banques de la CFB aux questions des CdG du 30.10.2009, p. 8.
234 FINMA, 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 25.
235 Réponses écrites du responsable du Service Grandes banques de la CFB aux questions des CdG du 30.10.2009, p. 8.
236 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Daniel Zuberbühler, vice-président de la FINMA, du 22.4.2010.

2.5.2.4 Février 2008: vente des actifs problématiques d'UBS exigée par la CFB

En février 2008, la CFB a exigé de la part d'UBS qu'elle se sépare de certaines catégories d'actifs liés au marché hypothécaire américain. Cette demande a été réitérée en mars 2008, avec plus d'insistance. Finalement, la CFB a exigé de la part d'UBS qu'elle présente un plan concret pour le transfert de ces positions à risque jusqu'à fin avril 2008[237].

Des informations au sujet d'une éventuelle remise du plan demandé par la CFB ne sont pas connues des CdG. Néanmoins, UBS a annoncé le 21 mai 2008 la vente d'un portefeuille de titres de créances à l'institut financier *BlackRock* pour un montant total de 15 milliards de dollars[238].

Les échanges des CdG avec la FINMA à ce sujet ont révélé qu'il y avait d'importantes divergences sur la question de ces actifs. Alors que la CFB exigeait avec fermeté et insistance la vente de certaines catégories de ces actifs, la banque y voyait avant tout des opportunités. Selon la FINMA, la responsabilité de telles affaires relève de la banque, l'autorité de surveillance n'ayant pas à intervenir dans sa stratégie. Néanmoins, selon l'ancien responsable du Service Grandes banques, la FINMA a la possibilité théorique d'intervenir auprès de la banque lors de situations extrêmes et, le cas échéant, de lui imposer une décision[239]. En réalité, en temps de crise, l'autorité de surveillance a une influence indirecte sur l'application des exigences relatives aux fonds propres et aux liquidités, et sur la délivrance d'une garantie assurant de l'activité irréprochable de la banque et de ses organes dirigeants.

2.5.2.5 Mars 2008: suivi intensifié du Credit Suisse par la CFB

Credit Suisse a fait l'objet d'un suivi intensifié. Outre la pratique courante de surveillance pour une grande banque et le monitoring spécial en temps de crise (rapports hebdomadaires voire quotidiens), la CFB a exigé des mesures spécifiques à la situation du Credit Suisse.

Ainsi, en mars 2008, la CFB a décidé certaines mesures spéciales liées à des manquements dans le contrôle du négoce et dans le contrôle de produits (*Product Control*). Elle a aussi dû intervenir pour assurer le respect de l'objectif de dotation en fonds propres de base («*tier 1*») de 10 %.

En avril 2008, la CFB a pris la décision d'accompagner plus en détail les efforts de la banque pour limiter la volatilité de son compte de résultat et d'insister sur la diminution de l'exposition globale dans les domaines *Leverage Finance*[240] et la titrisation de crédits hypothécaires commerciaux (*Commercial mortgage-backed securities, CMBS*).

237 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 69, 76 et 91.
238 Ibid., nº 99.
239 Réponses écrites du responsable du Service Grandes banques de la CFB aux questions des CdG du 30.10.2009, p. 8.
240 Domaine de l'*Investment Banking* en charge principalement des opérations de financement utilisant l'endettement pour une meilleure rentabilité (effet de levier).

2.5.2.6 Mars 2008: démission du président du conseil d'administration d'UBS demandée par la CFB

Après une première discussion interne, en février 2008, et un échange avec un investisseur important d'UBS, la CFB a décidé lors de sa séance mensuelle du 19 mars 2008 d'exiger de la part d'UBS de ne pas prolonger le mandat de Marcel Ospel en tant que président du conseil d'administration de la banque et qu'il devrait démissionner à l'issue de son mandat. La CFB avait conclu que Marcel Ospel ne pouvait plus être maintenu dans sa fonction au vu des pertes réalisées lors des derniers trimestres par la banque, et des effets sur la stabilité financière que pourrait occasionner une perte de confiance grave vis-à-vis de la banque. La CFB s'est finalement prononcée en faveur d'un départ immédiat du président du conseil d'administration d'UBS. Le lendemain, soit le 20 mars 2008, une délégation de la CFB s'est présentée au bureau de M. Marcel Ospel à Zurich et lui a demandé de présenter sa démission lors de la prochaine assemblée générale, soit le 23 avril 2008. Le chef du DFF ainsi que la présidence de la BNS ont été informés de cette démarche[241]. Dans les jours suivants, la CFB a pris contact avec des membres du conseil d'administration d'UBS de manière à trouver un successeur. Très rapidement, il s'est avéré que de trouver un président externe à la banque n'était pas possible au vu de la situation et du temps imparti et que seul M. Peter Kurer, *General Counsel* depuis 2001, était apte à reprendre cette fonction[242].

2.5.2.7 Avril 2008: rapport d'UBS sur les pertes subies fin 2007, rendu à la CFB

Le 19 décembre 2007, au vu des énormes pertes engrangées par UBS (voir figure 3 chap. 2.4), la CFB avait demandé un rapport complet sur les causes et les responsabilités de cette débâcle. Début avril 2008, UBS a remis à la CFB le rapport que la commission lui avait demandé et l'a publié le 18 avril 2008 dans une version succincte[243]. Ce rapport a donné satisfaction à la CFB car il se montrait critique vis-à-vis d'UBS et des fonctions spécifiques étaient nommées au chapitre des responsabilités. Selon ce rapport, le problème principal a été l'incapacité de la banque à saisir les risques de manière centrale et globale. Les affaires ont été menées partiellement à l'aveugle car les systèmes informatiques et de gestion n'étaient pas en mesure d'agréger les données afin d'en extraire les risques véritables. Ce rapport a formé la base pour l'enquête de la CFB sur les causes des réajustements de valeur d'UBS, enquête dont les résultats ont été publiés en septembre 2008[244].

Après avoir reçu le rapport d'UBS en avril 2008, la CFB a décidé d'exiger un autre rapport d'UBS: soit la présentation d'une nouvelle orientation stratégique de la banque, doublée d'un plan détaillé concernant les systèmes informatiques et d'une identification des points faibles (contrôle des risques, reporting, gouvernance

241 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 76.
242 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Eugen Haltiner, président de la FINMA, du 22.4.2010.
243 UBS, *Shareholder Report on UBS's Write-Downs*, 18.4.2008.
244 CFB, Crise des *subprimes*: enquête de la CFB sur les causes des réajustements de valeur d'UBS (CFB – Rapport Subprime UBS), 30.9.2008.

d'entreprise, etc.). Comme UBS ne faisait pas preuve d'une grande discipline dans le respect des délais posés par la CFB, celle-ci a augmenté la pression sur la banque en la menaçant d'augmenter les exigences de fonds propres si le rapport n'était pas présenté et partiellement mis en œuvre avant fin juin 2008[245].

Les attentes de la CFB portant sur une nouvelle stratégie d'UBS ont été remplies, le 25 juin 2008, avec la remise d'un plan stratégique en 13 points («Dreizehnpunkteplan») et d'un *Remediation Plan*. Le premier plan présentait une nouvelle orientation stratégique du conseil d'administration. La CFB a observé que, sur cette base, des améliorations progressives pouvaient être attendues. Néanmoins, la façon dont les bénéfices étaient à réaliser et la nature prétendument durable de ceux-ci ont été jugées peu claires par la CFB. Le second rapport, dont le but était d'expliquer comment améliorer les manquements retenus dans le rapport du 7 avril 2008, exposait principalement une amélioration de la gestion des risques et du controlling. La CFB a noté que ce *Remediation Plan* donnait l'impression que les problèmes seraient réglés avant la fin 2008[246].

Suite à la prise de connaissance de ces rapports, la CFB a décidé de demander un rapport intermédiaire avec des précisions additionnelles pour juillet 2008.[247] A nouveau, les explications livrées par UBS dans ce rapport ont été jugées satisfaisantes et n'ont ainsi pas mené, à la connaissance des CdG, à des investigations ultérieures par la CFB.

2.5.3 Septembre 2008: crise majeure, dégradation de la situation d'UBS et finalisation du train de mesures

Cette troisième phase de développement de la crise a été déclenchée par la faillite de *Lehman Brothers* le 15 septembre 2008. Cette faillite et ses conséquences ont perturbé profondément le système financier international et provoqué également un fort ralentissement économique. La situation d'UBS s'est aggravée à un tel point qu'une aide de la BNS et de la Confédération se sont avérées indispensable pour assurer la stabilité du système financier et de l'économie suisse.

2.5.3.1 Politique monétaire expansionniste de la BNS de concert avec d'autres banques centrales

Suite à l'aggravation inattendue de la crise financière et du fort ralentissement conjoncturel dans le sillage de la faillite de la banque *Lehman Brothers*, la BNS, de concert avec d'autres banques centrales, s'est engagée dans une voie désignée comme «résolument expansionniste». Elle a abaissé ainsi à quatre reprises la marge de fluctuation du Libor avant la fin de l'année. Après avoir franchi la barre des 3 % sous l'effet de l'augmentation des primes de risques que les banques s'imposaient

245 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 91.
246 Ibid., nº 101.
247 Ce rapport devait inclure des résultats de *stress tests* traitant aussi de défaillances de *monoliner*, des données concernant les prêts et emprunts de titres (*securities borrowing and lending*, *SBL*) et des explications au sujet de l'influence d'effets comptables sur les résultats de juin 2008.

entre elles, le taux d'intérêt de référence du marché interbancaire Libor a chuté à 0,66 % à la fin décembre 2008[248]. En 2009, la BNS a poursuivi sa politique monétaire expansionniste de manière déterminée face à la récession et aux risques de déflation.

2.5.3.2 Train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse du 15 octobre 2008

La faillite de la banque *Lehman Brothers* le 15 septembre 2008 a déclenché un véritable «tsunami financier» pour reprendre l'expression de la BNS[249]. Les difficultés d'UBS se sont encore aggravées à tel point que sa survie s'est trouvée menacée et ne dépendait plus que de l'intervention étatique, intervention que la banque a sollicitée le 14 octobre 2008. Les possibilités de financement par des capitaux privées étaient alors exclues[250]. Compte tenu de l'importance systémique d'UBS, le Conseil fédéral, la BNS et la CFB ont lancé un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse.

Le train de mesures comprenait principalement deux mesures complémentaires en faveur d'UBS: 1. le transfert d'actifs illiquides d'UBS pour un montant maximal de 60 milliards de dollars à une société à but spécial et 2. le renforcement de la base de fonds propres d'UBS par la souscription d'un emprunt à conversion obligatoire à hauteur de 6 milliards de francs par la Confédération. Le train de mesures impliquait aussi des devoirs de la part d'UBS notamment au niveau de son système de rémunération. Enfin, le train de mesures abordait la problématique de la garantie des dépôts[251].

Reprise d'actifs illiquides d'UBS financée par la BNS

La première mesure était du ressort exclusif de la BNS et les principaux éléments de la reprise d'actifs illiquides d'UBS ont été consignés dans un accord de principe signé le 15 octobre 2008 par UBS et la BNS. Cette dernière décrit ces éléments de manière simplifiée dans son compte rendu d'activité 2008.

Les conditions souscrites dans cet accord de principe sont doublées de conditions inscrites dans un *Memorandum of Understanding* daté également du 15 octobre 2008. Il contient principalement deux éléments: premièrement, la condition d'un engagement de la part d'investisseurs (en l'espèce: la Confédération) à doter UBS de fonds propres à hauteur d'au moins 6 milliards de francs; deuxièmement, la condition d'un engagement de la part d'UBS à observer les prescriptions sur les systèmes de rémunération, correspondant aux pratiques d'excellence (*best practices for compensation schemes and policies*), déterminées en collaboration avec la CFB, et aux standards internationaux (*Financial Stability Forum*)[252].

Sous l'angle du droit, la transaction avec UBS s'est basée exclusivement sur la LBN. La BNS avait chargé son service juridique d'examiner les bases légales autorisant

248 BNS, Rapport de gestion 2008, du 27.2.2009, p. 3, 30 et 39.
249 BNS, Rapport sur la stabilité financière 2009, juin 2009, p. 22.
250 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Philipp Hildebrand, président de la BNS, du 29.3.2010, p. 6.
251 DFF, communiqué de presse «Le Conseil fédéral prend des mesures pour renforcer le système financier suisse» du 16.10.2008.
252 BNS, Rapport de gestion 2008, du 27.2.2009, p. 79.

une participation de la BNS au train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse et cette expertise a été publiée en même temps que le train de mesures[253].

Fin novembre 2008, la société à but spécial SNB StabFund (fonds de stabilisation) a été fondée dans le but de reprendre des actifs illiquides d'UBS pour un montant maximal de 60 milliards de dollars et d'en assurer la liquidation ordonnée[254].

Entre novembre 2008 et avril 2009, des actifs illiquides estimés à une valeur totale de 38,7 milliards de dollars ont été repris en trois tranches successives par le fonds de stabilisation. Le financement de ces transferts a été assuré à 90 % par un prêt de la BNS et les 10 % restants ont été apportés par UBS. L'apport de la banque fait office de protection de la BNS contre d'éventuelles pertes sur le prêt accordé, au même titre qu'un droit conditionnel (*warrant*) dont dispose la BNS sur 100 millions d'actions UBS[255].

Souscription par la Confédération d'un emprunt à conversion obligatoire

Le DFF, agissant par le biais de l'AFF, a été habilité par le Conseil fédéral à souscrire un emprunt à conversion obligatoire d'UBS à hauteur de 6 milliards de francs. Parallèlement, l'AFF a également signé une *Letter Agreement* qui a fixé les conditions imposées à UBS pour cette recapitalisation[256].

La gestion de l'emprunt et, suite à la conversion obligatoire, des actions d'UBS a été confiée au DFF. Cette tâche a porté en particulier sur la vente des actions détenues par l'Etat dans le respect des intérêts notamment financiers de la Confédération[257].

Le 20 août 2009, le DFF a procédé au désengagement vis-à-vis d'UBS par la vente des actions et des coupons résultant de la conversion de l'emprunt à conversion obligatoire. Cette opération a permis à la Confédération de récupérer intégralement son investissement initial, et de dégager un bénéfice de l'ordre de 1,2 milliards de francs[258].

253 BNS, 2008, Expertise sur l'admissibilité, sous l'angle du droit régissant l'institut d'émission, de la participation de la Banque nationale suisse au train de mesures destinées à renforcer le système financier («transaction avec UBS») du 13.10.2008. Cette expertise retient que la transaction avec UBS entre dans l'exercice des tâches de politique monétaire assignées à la BNS aux termes de l'art. 5, al. 2, let. a et e LBN. En outre, le prêt accordé à la société à but spécial est autorisé par l'art. 9, al. 1, let. e, LBN, qui permet à la BNS d'«effectuer des opérations de crédit avec des banques et d'autres intervenants sur les marchés financiers, pour autant que les prêts soient assortis de garanties suffisantes». Ensuite, l'art. 12 LBN stipule que la BNS peut participer en compte propre au capital de sociétés ou d'autres personnes morales et acquérir des droits sociaux dans de telles sociétés, tant que cela sert à l'accomplissement de ses tâches. L'acquisition de la société à but spécial se base sur cet article. Et finalement, si l'on considère l'opération comme une acquisition d'actifs, la BNS s'appuie sur l'art. 9, al. 1, let. c, LBN qui lui permet d'«opérer sur les marchés financiers, soit en achetant et en vendant, au comptant et à terme, soit en prêtant et empruntant des créances et des valeurs mobilières libellées en francs suisses et en monnaies étrangères ainsi que des métaux précieux et des créances en métaux précieux».

254 BNS, Rapport de gestion 2008, du 27.2.2009, p. 79.

255 BNS, Rapport de gestion 2009, du 26.2.2010, p. 85.

256 *Letter of Agreement* entre UBS et la Confédération suisse du 15.10.2008.

257 Ordonnance du Conseil fédéral du 15.10.2008 relative à la recapitalisation d'UBS.

258 DFF, communiqué de presse «Résultat de l'opération qui a permis à la Confédération de se désengager intégralement d'UBS» du 20.8.2009.

Système de rémunérations variables

La recapitalisation d'UBS par la Confédération a été accompagnée d'une série de droits pour la Confédération et la BNS ainsi que d'obligations pour UBS. L'une d'entre elles prévoyait qu'UBS remanie complètement son système de rémunérations et soumette à l'approbation formelle de la CFB le montant total, la composition et la répartition pour l'année 2008 des indemnités liées à la performance versées dans l'ensemble du groupe[259].

La CFB a donc engagé une procédure de consultation avec la banque dès le mois d'octobre 2008 afin de remplir son mandat. Elle a suivi la réforme du système de rémunération et a posé différentes exigences, liées notamment au montant global et à la politique d'attribution des rémunérations. Elle a approuvé dans sa décision du 3 février 2009 le versement par UBS de rémunérations variables à hauteur de 1,8 milliards de francs pour l'année 2008[260]. Le détail du système de rémunérations variables approuvé est consigné dans un rapport succinct publié le 10 février 2009[261].

Protection des déposants

Dans le train de mesures du Conseil fédéral figure également le mandat pour le DFF de renforcer la protection des déposants. Ce pas a été jugé nécessaire pour faire face à la concurrence résultant du relèvement de la garantie des dépôts bancaires effectué par de nombreux Etats, ainsi que par la présence de points faibles dans la protection en vigueur à cette période. Le DFF a ainsi été chargé, dans un premier temps, de proposer rapidement au Parlement le relèvement de la limite des dépôts protégés de 30 000 francs à 100 000 francs ainsi qu'une limite supérieure du système de protection passant de 4 à 6 milliards de francs. Ces décisions ont été accompagnées d'autres mesures et sont en vigueur jusqu'à fin 2010[262]. Le chapitre 2.9 reviendra brièvement sur cet aspect.

2.5.3.3 Octobre 2008: suivi encore intensifié du Credit Suisse par la CFB

Après la profonde déstabilisation du système financier en septembre 2008, le suivi (*monitoring*) du Credit Suisse en matière de liquidités et d'évolution du compte de résultat a encore été intensifié. En complément, et afin de suivre la banque de plus près, la CFB a fixé dès le mois d'octobre 2008 un rythme de rencontres mensuelles entre la direction générale du Credit Suisse et le président et le directeur de la CFB ainsi que des représentants de la BNS.

Dans le cadre de ces rencontres, la CFB a eu connaissance le 15 octobre 2008 (jour du lancement du train de mesures) du projet du Credit Suisse d'augmenter son capital. A posteriori, il s'est avéré que Credit Suisse a dû, dans l'urgence et dans un contexte de marché difficile, accorder partiellement des crédits aux investisseurs,

259 Message du Conseil fédéral du 5.11.2008 concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse (FF **2008** 8027 8049 8061).
260 FINMA, Communiqué de presse «Réduction drastique des rémunérations variables en 2008 pour UBS» du 10.2.2009.
261 FINMA, UBS – rémunérations variables en 2008.
262 Message du Conseil fédéral du 5.11.2008 concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse (FF **2008** 8027).

pour leur permettre de participer à l'augmentation du capital. En outre, Credit Suisse a également dû accepter à titre de garantie des titres financiers primaires, y compris ses propres actions. En temps normal, une telle opération n'aurait pas été considérée comme une augmentation réelle de capital. La CFB l'a finalement acceptée, compte tenu du signal très positif que donnait au sumum de la crise cette augmentation du capital par des capitaux privés, et compte tenu de son effet sur la stabilité financière[263].

Un mois plus tard, la CFB a exigé du Credit Suisse l'élaboration d'un *worst-case scenario*[264] au cas où la recapitalisation n'aboutirait que partiellement. Ces craintes sont restées infondées. Toutefois, en décembre 2008, la CFB a indiqué à la banque que de tels financements (actions propres utilisées en garantie) dans le cadre d'augmentations de capital, ne seraient plus tolérés à l'avenir.

2.5.3.4 Automne 2008: redistribution des liquidités entre les banques incitée par la BNS

La crise financière a également affecté le marché interbancaire suisse à l'automne 2008. En effet, un grand nombre de retraits de dépôts a été effectué auprès d'UBS au bénéfice d'autres banques de taille plus modeste. Ceci a provoqué un assèchement croissant du marché monétaire, car les bénéficiaires de ces flux de liquidités ont montré une certaine réticence à remettre à disposition ces liquidités sur le marché, sans garantie. Afin de favoriser une détente, la BNS a pris un rôle d'intermédiaire. Elle est intervenue pour mettre en œuvre une solution qui faisait transiter les liquidités par la Banque des Lettres de Gage d'Etablissements suisses de Crédits hypothécaires et a permis ainsi un meilleur refinancement des grandes banques[265]. La première opération a été conclue fin décembre 2008. Cette solution devait permettre de dégager un volume de l'ordre de 20 milliards de francs au cours de l'année 2009[266].

2.5.3.5 Fin 2008–début 2009: suivi et mesures concernant UBS par la CFB/FINMA

Malgré le train de mesures d'octobre 2008 en faveur d'UBS, la situation de la banque est restée précaire durant plusieurs mois. Non seulement le contexte sur les marchés financiers était extrêmement tendu, mais UBS comptabilisait d'importants amortissements additionnels liés aux marchés hypothécaires américains, faisait face à une évolution insatisfaisante de ses recettes et subissait d'importants retraits de capitaux. Ceci a notamment causé une forte diminution des fonds propres en décembre 2008. Selon des projections pessimistes de la CFB à la mi-décembre 2008, le taux de couverture des exigences minimales en matière de fonds propres atteignait 110 % au niveau du groupe et 103 % au niveau de la maison-mère. Les exigences minimales légales étaient donc toujours remplies, contrairement au *Swiss finish* de

263 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Eugen Haltiner, président de la FINMA, du 22.4.2010.
264 Scénario pour le pire des cas.
265 BNS, Rapport de gestion 2008, du 27.2.2009, p. 85.
266 DFF, communiqué de presse «Ordonnance sur l'émission de lettres de gage modifiée pour faciliter l'octroi des crédits interbancaires» du 18.2.2009.

130 % exigé par la CFB. Les chiffres effectifs à la fin de l'année 2008 se sont avérés meilleurs que prévu[267] (respectivement 145 % et 139 %)[268].

Au vu de ces difficultés, la CFB a maintenu son suivi intensif de la situation d'UBS. La CFB a notamment augmenté la pression pour la vente d'actifs supplémentaires. Ainsi, UBS a cédé sa participation au capital de *Bank of China* fin 2008 pour un montant de 3,4 milliards de francs[269] et annonçait la vente de sa filiale brésilienne *UBS Pactual* pour environ 2,8 milliards de francs en avril 2009[270]. La vente de la branche américaine de gestion de fortune (anciennement *Paine Webber*) était également en discussion, mais UBS a dû y renoncer, faute d'offre adéquate. La FINMA, qui dès le 1er janvier 2009 a remplacé la CFB, a également exigé de la banque une réduction de son bilan d'une part, et une réduction des risques dans la banque d'investissement d'autre part[271].

Afin qu'UBS dispose à nouveau d'une dotation en fonds propres suffisante, la FINMA a également demandé la hausse d'au moins 10 % du capital autorisé, ce que l'assemblée générale du 15 avril 2009 a avalisé[272]. L'opération a été réalisée en juin 2009 et a permis le renforcement des fonds propres à hauteur de 3,8 milliards de francs[273].

2.6 Gestion de la crise: processus d'élaboration du train de mesures (août 2007 à octobre 2008) et suivi

Dans un contexte aussi extrême que celui de la crise financière, une gestion de crise efficace présuppose une coordination et des flux d'information d'une grande qualité entre les autorités concernées. C'est pourquoi les CdG y accordent une importance particulière dans ce chapitre. Le but est de mettre en lumière la manière dont les structures instituées avant le début de la crise ont contribué à une meilleure gestion de la crise des marchés financiers et de décrire le processus de collaboration qui a mené à l'élaboration d'une série de mesures coordonnées pour stabiliser le système financier suisse.

Les mesures les plus drastiques prises par les autorités durant la crise sont celles du train de mesures publiées le 16 octobre 2008. Le DFF, la CFB et la BNS ont été amenés à collaborer étroitement pour une élaboration réfléchie et un lancement coordonné des mesures, afin de stabiliser la situation financière d'UBS, d'assurer une crédibilité maximale et de restaurer la confiance envers la banque.

L'élaboration progressive des options d'intervention, au rythme de l'aggravation de la crise, a pu se baser sur des réflexions antérieures menées dans le cadre du FINKRIST et du comité de pilotage KLL dès 2007 (chap. 2.2).

267 Cette importante différence est aussi explicable par les changements au niveau des normes comptables internationales (IFRS) et la réévaluation de certains actifs qui en a résulté.
268 DFF, lettre au CdG du 14.4.2010, p. 3.
269 UBS, Communiqué de presse du 31.12.2008.
270 UBS Communiqué de presse du 20.4.2009.
271 DFF, lettre au CdG du 14.4.2010, p. 4.
272 Ibid.
273 UBS, Communiqué de presse du 25.6.2009.

Le développement des options concrètes pour le cas UBS peut être scindé en deux phases. La première, entre septembre 2007 et avril 2008, a coïncidé avec l'effort d'élaboration d'une position commune des autorités quant aux mesures à prendre en cas de faillite de la banque UBS. Etant donné qu'une période de répit s'est ensuite installée durant l'été 2008 sur les marchés financiers, la discussion a perdu en intensité. Par la suite, le choc de la faillite de *Lehman Brothers* à la mi-septembre 2008 a relancé les travaux et déclenché la deuxième phase. Celle-ci a duré jusqu'au 15 octobre 2008 et a vu la mise au point finale et le lancement du train de mesures destinées à assurer la stabilité d'UBS et ainsi à renforcer le système financier suisse.

Après une brève présentation des principales rencontres ayant eu lieu dans le cadre de l'organisation de crise (chap. 2.6.1), ce chapitre se focalise sur ces deux phases clés de la gestion de crise et de la préparation du sauvetage d'UBS (chap. 2.6.2 et 2.6.3). Le suivi de la situation des grandes banques après le 15 octobre 2008 fait l'objet du chapitre 2.6.4.

2.6.1 Organisation de crise

Le comité de pilotage KLL a été présenté dans le chapitre 2.2 dédié aux préparatifs en cas de crise financière. Ce chapitre illustre la manière dont cette organisation a été mobilisée au cours de la crise selon ses trois niveaux d'intervention possibles: l'instance tripartite (chef du DFF, président de la BNS et président de la CFB), le comité de pilotage (directeur de l'AFF, vice-président de la BNS[274], directeur du secrétariat de la CFB et président de la CFB), l'état-major de conduite opérationnel (cadres moyens et supérieurs de la CFB, de la BNS et du DFF).

Une séance de l'instante tripartite le 18 décembre 2007 constitue la première réunion attribuée au comité de pilotage KLL. Mais les CdG n'ont pas pu établir clairement à qui doit être attribuée la direction du comité de pilotage KLL au cours de la crise ainsi que les changements opérés. Il ressort des auditions menées par les CdG que la CFB a assumé la direction des affaires jusqu'à la fin 2007. Le DFF a repris la direction du comité de pilotage durant le premier trimestre 2008, à partir du moment où il a fallu développer des options concrètes d'intervention en faveur d'UBS[275]. Le président de la CFB a quant à lui informé les CdG que la direction du comité de pilotage avait été assurée par la CFB jusqu'à début 2008 et c'est ensuite le vice-président de la BNS qui a pris la direction des affaires, car le sujet principal des discussions était un transfert d'actifs vers la Banque nationale. Le DFF n'aurait pris la conduite du comité (*lead)* que tardivement, une fois la solution de l'investisseur privé définitivement avortée, et alors qu'il s'agissait d'organiser une recapitalisation par la Confédération, soit en septembre 2008[276].

Ce qui est certain, c'est que lors de la séance du 21 avril 2008, les trois autorités ont abordé de façon explicite la question des compétences, et qu'elles ont arrêté définitivement les responsabilités concernant la direction du comité de pilotage KLL et de

274 Dès le début de la crise, le troisième membre de la direction générale de la BNS a participé régulièrement aux séances du comité de pilotage.
275 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.4.2010.
276 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Eugen Haltiner, président de la FINMA, du 22.4.2010, p. 4.

ses différents niveaux. Un document de la BNS du 10 mai 2008[277] énumère les modifications apportées à l'organisation de crise. Ainsi, en temps «normal», le comité de pilotage KLL est dirigé par la CFB. En temps de crise, le choix de la conduite est défini par le comité de pilotage[278] selon les mesures en discussion au sein de l'entité: si le comité de pilotage examine de prime abord des mesures dans le champ de responsabilités de la BNS, c'est à cette dernière d'assurer la direction du comité de pilotage; de manière analogue, le DFF mène la conduite dès qu'une intervention directe de la Confédération est prévue; la CFB dirige le groupe si des mesures d'ordre réglementaires prédominent. De plus, en temps de crise, la direction du niveau opérationnel (STAF) est toujours assurée par l'autorité qui dirige le comité de pilotage. En temps normal, la direction est assurée annuellement en alternance entre la CFB et la BNS uniquement, étant donné que le DFF n'a pas de représentant permanent dans ce niveau du comité de pilotage, en dehors des situations de crise[279].

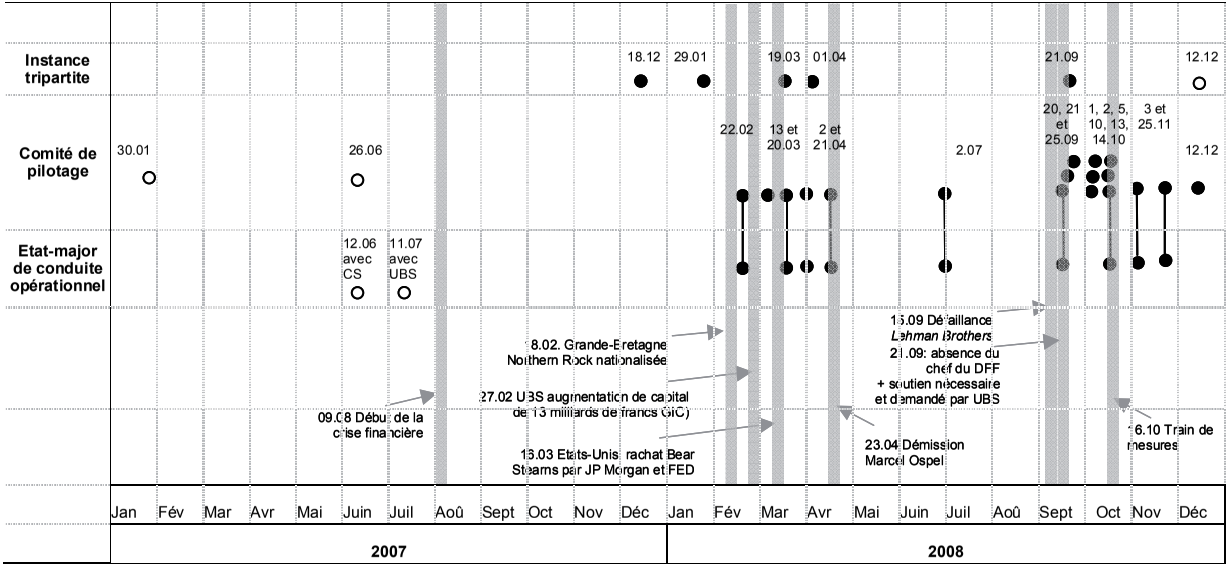
Le comité de pilotage, théoriquement composé de quatre personnes, s'est – à une exception près – toujours réuni avec davantage de membres, issus de l'état-major de conduite opérationnel. Les séances de l'état-major de conduite opérationnel n'ont pas été consignées, étant donné leur nombre élevé et leur contenu purement opérationnel.

Durant les derniers jours précédant le train de mesures du 15 octobre 2008, les séances ne sont plus attribuées à l'un ou l'autre des niveaux du comité de pilotage KLL. En effet, la dégradation rapide de la situation d'UBS a donné lieu à des séances très fréquentes, parfois quotidiennes, de membres de l'instance tripartite et du comité de pilotage KLL.

Ni le Conseil fédéral en tant que collège ni la délégation du Conseil fédéral pour les affaires économiques ne font partie de l'organisation de crise prévue.

277 BNS, Document «Krisenorganisation der Schweizer Finanzmarktbehörden», 10.5.2008.
278 Dans ce document, le comité de pilotage (deuxième niveau de l'organisation de crise) est nommée «Task Force KLL».
279 BNS, Document «Krisenorganisation der Schweizer Finanzmarktbehörden», 10.5.2008.

Tableau 4: Principales rencontres au sein de l'organisation de crise



Légendes: ● *Réunion en lien avec la crise financière* ○ *réunion sans lien avec la crise* ●—● *réunions du comité de pilotage renforcé par des membres de l'état-major de conduite opérationnel*

2.6.2 Elaboration d'options consolidées entre les autorités

Dès les premières profondes turbulences sur les marchés financiers d'août 2007, la BNS a proposé au comité de pilotage KLL de prévoir les mesures nécessaires pour soutenir les banques qui se trouveraient en difficulté. Le comité, par la biais de son état-major de conduite opérationnel STAF, s'est alors penché en priorité sur les cas concrets d'UBS et du Credit Suisse, analysant leur degré respectif d'exposition et imaginant les scénarios possibles en cas de difficultés majeures. Selon le président de la BNS, la réflexion était à ce stade très technique et concernait essentiellement la CFB et la BNS[280].

Jusqu'à la fin de l'année 2007, la situation des deux grandes banques est suivie avec attention, mais ne requiert pas, aux yeux de la CFB et de la BNS, de mesures allant au-delà des travaux du STAF en matière de préparatifs d'assistance à grande banque. Le comité de pilotage, deuxième niveau de l'organisation de crise, n'est pas activé durant cette période.

A la fin du mois de janvier 2008, au vu des pertes importantes annoncées par les grandes banques suisses, l'appréciation de la situation par la CFB et la BNS va changer drastiquement et provoquer une première réaction au plus haut niveau du comité de pilotage KLL. En effet, les présidents de la CFB et de la BNS décident d'alerter le chef du DFF et, le 29 janvier 2008, une rencontre de l'instance tripartite est convoquée. Le président de la CFB et le président de la BNS informent le chef du DFF de la situation d'UBS et lui exposent les options stratégiques dans le cas d'une nouvelle aggravation de la position de la banque: une nouvelle recapitalisation est urgente et, si la banque ne se montre pas capable de lever les fonds nécessaires par le biais des marchés, une intervention de la Confédération pourrait s'avérer indispensable. C'est la première fois que le chef du DFF participe à la discussion d'options d'intervention en cas de faillite d'UBS.

Moins d'un mois plus tard, le 22 février 2008, une rencontre du comité de pilotage KLL est convoquée[281]. L'objectif de cette réunion est de discuter de deux documents de réflexion ayant traits aux grandes banques et aux options d'interventions envisageables. La CFB soumet au comité de pilotage un rapport[282] qui donne, selon la CFB, un aperçu approfondi de quatre options d'intervention[283]. Il s'agit : 1, d'une procédure d'assainissement, 2. d'une garantie pour des actifs illiquides, 3. d'une recapitalisation et 4. d'une séparation des affaires suisses du reste des activités de la banque. Cette séance va toutefois voir le comité de pilotage se pencher principalement sur le papier de réflexion établi par la BNS au sujet des possibilités d'intervention en cas de perte aiguë de confiance envers UBS[284]. Ce document aborde des questions similaires à celles abordées dans le rapport de la CFB mais la BNS part du

280 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Jean-Pierre Roth, président de la BNS, du 18.11.2008, p. 18.

281 A partir de septembre 2008, le président de la BNS va également prendre régulièrement part aux réunions du comité de pilotage KLL.

282 CFB, Grossbankenkrise (Szenarien – Zeitverhältnisse – Staatliche Unterstützung von Privatsektorlösungen – Aufrechterhalten des Schweizer Geschäfts), Rapport soumis au comité de pilotage KLL le 22.2.2008.

283 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 68.

284 BNS, Handlungsmöglichkeiten bei einem akuten Vertrauensverlust gegenüber der UBS: Positionspapier der Schweizerischen Nationalbank, Rapport soumis au comité de pilotage KLL le 22.2.2008.

principe qu'UBS peut sortir de la crise par ses propres forces. Toutefois, elle estime que la situation d'UBS ainsi que le contexte général sont suffisamment défavorables pour que les autorités aient à se préparer à un scénario moins optimiste. Dans l'éventualité d'une perte de confiance, elle conclut que la meilleure solution serait la combinaison d'une aide extraordinaire sous forme de liquidités par la BNS[285] et d'une recapitalisation par des moyens privés. Cet avis est partagé par le comité de pilotage. La BNS indique tout de même qu'un financement public est aussi envisageable dans l'urgence. L'achat d'actifs illiquides, bien que discuté par la BNS au niveau interne, n'est pas encore thématisé dans le cadre du comité de pilotage[286].

Ces discussions vont mener à la rédaction d'un document de synthèse consolidant les réflexions de la CFB et la BNS («Positionspapier» du 27.2.2008)[287]. Dans les grandes lignes, ce document part du principe qu'une perte de confiance aiguë envers UBS, probablement due à une recapitalisation manquée ou des amortissements additionnels, causerait de grandes difficultés en matière de liquidités pour la banque. Ceci détruirait rapidement la substance économique d'UBS qui ne pourrait dès lors plus remplir des fonctions indispensables à l'économie suisse et affecterait le système bancaire suisse dans son ensemble. Un tel scénario nécessite, selon ses auteurs, une solution capable d'éliminer en l'espace de quelques jours non seulement les symptômes, mais également les causes de la perte de confiance. Le document de synthèse présente alors quatre éléments de réponse: une aide sous forme de liquidités, une recapitalisation, une société de valorisation étatique et une garantie d'Etat. La BNS et la CFB concluent que, dans le cas d'une grave perte de confiance envers la banque, la solution la plus souhaitable serait une aide sous forme de liquidités par la BNS associée à une recapitalisation d'UBS par des moyens privés. Cette conclusion est donc reprise du papier de réflexion initial de la BNS. Cependant, les autorités retiennent également que, en cas de perte de confiance aiguë, les chances de réussite d'une recapitalisation par des fonds privés sont minces et, qu'en cas d'échec, une recapitalisation par des fonds publics serait nécessaire. Dans les deux cas, l'aide sous forme de liquidités doublée d'une recapitalisation constitue une solution simple, claire et crédible, qui élimine directement la cause de la perte de confiance[288].

Ce document de synthèse commun à la BNS et à la CFB est transmis au chef du DFF le 27 février 2008.

285 La BNS dispose d'un instrument spécial en tant que prêteur ultime (*lender of last resort*) pour venir en aide aux banques d'importance systémique qui ne parviendraient pas à se refinancer sur les marchés et rencontreraient par conséquent des problèmes de liquidités. Dans de tels cas, elle peut octroyer une aide extraordinaire sous forme de liquidités, sous réserve de certaines conditions (solvabilité attestée par la CFB, prêt couvert par des garanties suffisantes, etc.). A noter ici le cas spécial de la banque anglaise *Northern Rock*, une des premières grandes victimes de la crise. C'est suite à une rumeur selon laquelle la banque aurait bénéficié d'une assistance extraordinaire sous forme de liquidités de la part de la banque centrale anglaise que ses guichets ont été pris d'assaut par ses clients (*bank run*) entre le 14 et le 17.9.2007. Cette panique n'a pris fin qu'avec la garantie de tous les dépôts offerte par le gouvernement britannique. Cet épisode a démontré clairement le double tranchant de cet instrument et explique en partie la réticence des banques centrales à en faire usage.

286 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Philipp Hildebrand, président de la BNS, du 29.3.2010, p. 6.

287 Rapport «Handlungsmöglichkeiten bei einem akuten Vertrauensverlust gegenüber der UBS: Positionspapier der SNB und der EBK» du 27.2.2008 à l'adresse du chef du DFF.

288 Ibid., p. 7.

La réponse du DFF intervient une semaine plus tard, soit le 4 mars 2008. Dans sa prise de position[289], – envoyée au président de la BNS ainsi qu'au président de la CFB – le chef du DFF relève que le document de synthèse laisse trop de questions ouvertes et que les incertitudes restantes sont trop nombreuses et trop importantes. Par conséquent, ce document ne peut faire office de base de décision pour d'éventuelles mesures financières de la part de l'Etat. Le chef du DFF estime en outre que l'objectif doit être une position consolidée des trois autorités. Les incertitudes et questions ouvertes mentionnées par le DFF concernent trois domaines:

– Tout d'abord, le DFF évoque la primauté des instruments relatifs à la surveillance bancaire et à l'approvisionnement en liquidités. Le Conseil fédéral doit pouvoir partir du principe que la CFB et la BNS épuisent tous les moyens à leur disposition pour éviter l'effondrement d'une grande banque, en particulier en ce qui concerne l'art. 34 OFR[290] qui confère la possibilité à la CFB d'exiger des fonds propres additionnels. Des mesures correctives pour la banque pourraient également résider dans l'acquisition de fonds propres supplémentaires, des économies au niveau des coûts ou la liquidation de positions à risque. Pour ce qui est de l'aide sous forme de liquidités (qui est de la compétence de la BNS), le DFF estime que son efficacité ainsi que son interaction avec les instruments de la CFB sont à reconsidérer, suite à l'expérience de la banque *Northern Rock* en Grande-Bretagne.

– Le second domaine concerne l'option de recapitalisation par la Confédération. Le DFF considère que le document de synthèse sous-estime les désavantages et les obstacles relatifs à cette option. En particulier, il évoque la justification politique d'une intervention publique (à la lumière des causes des pertes engendrées par les banques et des bonus versés), les risques juridiques, la durée incertaine de l'engagement (absence de stratégie de sortie, discussion politique sur la direction d'une banque) et la probabilité limitée de succès au vu des efforts produits à ce jour. Cette option est donc à approfondir plus amplement. Le DFF demande également à ce que l'on considère sérieusement l'alternative d'une séparation des activités, d'importance systémique pour l'économie suisse, des autres activités de la banque.

– Finalement, le troisième domaine concerne l'approfondissement et la concrétisation des options d'intervention. Le DFF identifie toute une série de points qui sont à présenter de manière plus détaillée. Il mentionne en premier lieu les deux options précitées qui sont à concrétiser et à évaluer selon leurs conséquences économiques, l'impact sur le secteur bancaire, les risques juridiques, la réputation de la place financière et les conséquences financières pour la Confédération. De plus, le DFF demande également un plus haut degré de précision concernant la procédure et le délai nécessaire à la mise en œuvre de ces options. Enfin, le DFF identifie un besoin de clarification concernant notamment: une stratégie de sortie, d'éventuelles conditions à associer à un soutien étatique, une présentation actuelle de l'importance systémique d'UBS, l'identification d'investisseurs privés, l'organisation de crise (pilotage, ressources et infrastructure), la création de capital propre.

289 Lettre du DFF du 4.3.2008 à l'adresse du président de la BNS et du président de la CFB.
290 Ordonnance du 29.9.2006 sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières (Ordonnance sur les fonds propres, OFR; RS **952.03**).

L'urgence d'une position consolidée, telle que réclamée par le chef du DFF dans son courrier du 4 mars 2008, est rehaussée par un contexte des marchés financiers alors très difficile. Les marchés monétaires subissent dès la fin février et jusqu'en avril 2008 leur troisième phase de turbulences graves après un début d'année relativement calme[291]. La BNS et les autres banques centrales du G10 procèdent à des opérations concertées d'injections massives de liquidités. Durant la même période, UBS négocie une augmentation de capital ordinaire de l'ordre de 15 milliards de francs avec un consortium de banques afin d'assurer sa propre solvabilité. Dans ce contexte, la CFB et la BNS poursuivent leurs travaux concernant des options de mesures à prendre pour le cas où UBS ne parviendrait pas à assurer sa deuxième recapitalisation et se trouverait gravement menacée.

Une rencontre du comité de pilotage KLL le 13 mars 2008, permet de traiter les questions soulevées par le DFF. La prise de position du DFF est discutée et des mandats sont donnés pour la suite des travaux. C'est ce dont fait état un courrier du 17 mars 2008 adressé au chef du DFF par la CFB et la BNS, annonçant aussi la remise d'ici la mi-avril d'une nouvelle position consolidée[292].

Le 19 mars 2008 a lieu la rencontre suivante de l'instance tripartite. Le président de la BNS et le président de la CFB présentent au chef du DFF des chiffres actualisés et leurs appréciations sur la situation d'UBS. La CFB souligne la nécessité d'une recapitalisation. La possibilité de vendre des actifs, notamment la branche américaine de la gestion de fortune d'UBS, est discutée, mais cette mesure ne s'avère pas suffisante. La CFB est d'avis qu'une augmentation de capital est la seule solution. Les options d'intervention publique en faveur d'UBS sont à nouveau débattues.

Le lendemain (le 20.3.2008) se tient une nouvelle réunion du comité de pilotage KLL. Deux documents sont discutés à cette occasion. Le premier document est issu de la BNS, et décrit une nouvelle combinaison d'options: d'une part l'UBS est déchargée de ses actifs illiquides (au moyen d'un crédit garanti par ces actifs, ou d'un rachat) et elle est recapitalisée d'autre part. La CFB remet également au comité un nouveau rapport présentant quatre possibilités d'intervention étatique et en expose les grandes lignes. Ce rapport associe les réflexions de la CFB et celles de la BNS, et il tient compte compte dans une large mesure des questions soulevées par le DFF. Ainsi, des conditions cadres pour une intervention étatique sont retenues dans une première partie. La CFB souligne qu'une telle intervention n'est à envisager qu'en ultime ressort, lorsqu'une solution privée ne paraît plus possible. En effet, un soutien public lancerait un signal quant à la gravité de la situation de la banque et pourrait même aggraver la situation. Par ailleurs, les conditions à lier à une intervention publique pourraient être les suivantes, selon la CFB: un traitement correct mais sans cadeaux aux actionnaires, une indemnisation de l'Etat pour la reprise des risques, un changement de la direction de la banque, une capacité d'influence et de surveillance par des représentants de l'Etat, un examen de la stratégie commerciale et des préparatifs à une éventuelle panique bancaire (*bank run*).

291 Cette période est également caractérisée, sur le plan international, par le sauvetage en mars 2008 de la banque d'investissement *Bear Stearns* par la *Fed* et sa vente subséquente au groupe *JP Morgan Chase.* L'insolvabilité de la cinquième plus grande banque d'investissement des Etats-Unis a ainsi pu être évitée.

292 Lettre du 17.3.2008 du président de la BNS et du président de la CFB à l'adresse du chef du DFF.

Les options de mesures étatiques que la CFB met encore en discussion sont les suivantes:

- une recapitalisation avec soutien étatique sur la base d'un assainissement forcé avec des fonds privés. Il s'agit d'une solution avec financement par le secteur privé, envisageant une augmentation de capital ou une reprise de la banque. La procédure d'assainissement remplacerait l'assemblée générale ce qui permettrait une mise en œuvre immédiate;
- une reprise des positions à risques par l'Etat. Une autorité reprendrait ces positions à risques dans une optique à long terme. Cette option inclut trois sous-variantes: les positions à risques pourraient 1. demeurer au sein de la banque avec une garantie étatique, 2. être échangées comme garantie contre une aide sous forme de liquidités sur le modèle de l'opération de la *Fed* en faveur de *Bear Stearns/JP Morgan Chase*, ou 3. être transférées dans une société *ad hoc* au bénéfice d'une garantie octroyée par l'Etat.
- une recapitalisation par la Confédération. Cette option prévoit une augmentation massive du capital de la banque (20 à 40 milliards de francs) financée, à défaut d'investisseurs privés, par la Confédération.
- une séparation des activités suisses du reste des affaires de la banque. Dans ce cas, la banque serait liquidée. Toutefois, afin de sauvegarder les intérêts économiques de la Suisse et de sa place financière, les affaires suisses et le *Private Banking* suisse seraient séparés du reste et conservés dans une autre entité juridique («*bridge bank*») au bénéfice d'une garantie étatique, jusqu'à ce que ces domaines puissent être vendus sur le marché. Ceci reviendrait donc à une liquidation en deux temps.

Dans les options ci-dessus se retrouvent les quatre éléments de réponse de la première proposition de la CFB et de la BNS, mais combinés de manière à présenter des solutions plus complètes. Par exemple, la deuxième option associe les éléments de la société de valorisation et de la garantie étatique.

Chacune des options est évaluée avec un aperçu détaillé des avantages et inconvénients. Ainsi, la CFB estime que pour la première option, les chances de trouver des investisseurs privés, disposés à reprendre la banque ou à participer à son capital aux conditions du marché, sont douteuses. Par contre, les préparatifs pour une telle solution sont jugés relativement simples et également utiles pour le cas où la banque serait recapitalisée par la Confédération.

En ce qui concerne la deuxième option, toutes les variantes sont adéquates selon la CFB, car elles délesteraient la banque d'amortissements futurs et leur mise en œuvre serait simple. Par contre, l'Etat porterait le risque de pertes additionnelles sur les positions prédéfinies et il n'était pas certain que, sur un plan politique, la Confédération serait prête à reprendre les risques liés à la banque d'investissement. A noter que c'est la première fois qu'une reprise définitive d'actifs est thématisée par le comité de pilotage KLL.

La recapitalisation par la Confédération, troisième option, pourrait être mise en œuvre car, de l'avis de la CFB, du point de vue du droit de la surveillance, les exigences pour une augmentation de capital avec exclusion de l'assemblée générale seraient remplies. Par contre, la CFB identifie toute une série de problèmes liés à une nationalisation *de facto* de la banque. Il est question de conflits d'intérêts pour l'Etat (surveillant, mais aussi bénéficiaire potentiel de gains financiers), du degré

d'influence sur la stratégie et le management, de la durée de l'engagement ou des discussions politiques sur la conduite d'une banque[293].

Finalement, la quatrième option, qui prévoit la liquidation de la banque à l'exception des affaires suisses, pose de grandes difficultés. La CFB estime qu'une telle séparation buterait sur des limites techniques et opérationnelles. De plus, une grande partie des actifs d'UBS se trouve à l'étranger et, en procédant ainsi, la Suisse doit s'attendre à ce que les pays où se trouvent ces actifs adoptent une stratégie de cloisonnement. Par conséquent, les actifs ne pourraient probablement pas être rapatriés et selon les calculs de la CFB, le déficit qui en résulterait pour la nouvelle *Swiss Bank* serait supérieur à l'endettement actuel de la Confédération. La CFB recommande dès lors d'abandonner cette option, car elle est très difficile à réaliser et n'est pas supportable pour la Confédération d'un point de vue financier. Par contre la CFB recommande de retenir et d'approfondir les trois premières options.

Le 20 mars 2008, le comité de pilotage KLL discute des partenaires potentiels pour une solution de recapitalisation par le secteur privé.

Dans la suite de cette séance, l'AFF établit une position consolidée, communément appelée «*non-paper* du 28 mars 2008» du fait de sa confidentialité. Ce rapport inclut, outre les quatre options d'intervention, des appréciations concernant 1. les conditions-cadres économiques du moment, 2. les conséquences économiques de l'insolvabilité d'une grande banque et 3. les impacts sur les finances de la Confédération, des cantons et de la trésorerie fédérale.

Le *non-paper* reprend en termes presque identiques, mais de façon légèrement plus détaillée, la description des quatre options présentées le 20 mars 2008 par la CFB au comité de pilotage ainsi que l'exposé de leurs avantages et inconvénients.

Les conclusions quant à ces options sont classées selon quatre niveaux de priorités sur la base du principe du «moins d'Etat possible» (citation originale: «So wenig Staat wie möglich»). Une intervention de l'Etat aurait des effets hautement problématiques sur les acteurs et engendrerait même des risques additionnels en ce qui concerne les grandes banques (perte de confiance du marché, *bank run*). Les acteurs impliqués doivent donc tout mettre en œuvre pour éviter une intervention de la Confédération.

- La première priorité est une solution impliquant strictement le secteur privé. La banque s'efforce de régler ses problèmes par la vente de positions à risques ou par une augmentation de capital qui va renforcer les fonds propres dans une mesure qui permette d'absorber les amortissements à venir, sans causer de perte de confiance de la part des clients.
- La seconde priorité est une recapitalisation avec intervention de l'Etat. Si la solution basée strictement sur le secteur privé échoue, la Confédération soutiendra une recapitalisation d'UBS; parallélement, la CFB déclenchera une procédure d'assainissement. Ceci créerait des circonstances plus favorables à une participation ou une reprise par un investisseur privé.
- Si cette procédure échoue également, on envisagerait la troisième priorité. Il s'agit d'une reprise par l'Etat de positions à risques. Cette reprise pourrait se faire selon deux variantes: soit la BNS octroie un prêt massif sur plusieurs années contre des actifs problématiques à titre de garantie, soit la BNS

293 *Non-paper* du DFF du 28.3.2008.

achète définitivement les positions les plus risquées avec un rabais (*discount*) d'au moins 20 %.

La BNS développe en détail cette option sur la base de ses propres réflexions au cours du printemps. Les deux variantes dont il est question sont appelées respectivement «projet Pink» et «projet Rosa». Ils seront approuvés par la Direction générale de la BNS, le 8 mai 2008[294].

– Finalement, en quatrième et ultime priorité, si toutes les mesures précitées ne sont pas possibles ou suffisantes, une recapitalisation directe par la Confédération peut être envisagée[295].

L'option de la séparation de certaines activités bancaires est abandonnée à ce stade. Tout comme la CFB, le DFF estime que cette variante est liée à de trop grands inconvénients et n'entre donc plus en ligne de compte.

La partie présentant les conséquences économiques de l'insolvabilité d'une grande banque se base sur une note plus complète que la BNS a établi suite aux remarques du DFF. Il constitue une annexe au *non-paper*. Pour l'essentiel, il confirme l'hypothèse que la faillite d'une grande banque suisse provoquerait très probablement une crise systémique avec des conséquences macroéconomiques considérables. A titre indicatif, la BNS évoque une fourchette de 15 à 300 % du PIB pour l'impact d'une faillite d'UBS[296]. Elle estime par ailleurs qu'au vu de l'importance de la place financière pour l'économie suisse, les conséquences sont à situer plutôt dans le haut de l'intervalle.

Le *non-paper* du 28 mars 2008 a été remis le 1er avril 2008 aux présidents de la BNS et de la CFB; le Conseil fédéral est informé de son existence lors de sa séance du 2 avril 2008. Aucune discussion ne semble avoir suivi l'information du Conseil fédéral par le chef du DFF[297]. Pour sa part, le chef du DFF a transmis à la cheffe du DFE une présentation du DFF/AFF «Crise bancaire, possibilités d'intervention privées et publiques»[298] datée du 21 avril 2008.

Le 1er avril 2008, UBS annonce une perte nette pour le premier trimestre 2008 de l'ordre de 12 milliards de francs et des amortissements liés aux marchés des *subprimes* américains de 19 milliards de francs[299]. Heureusement, UBS a pu assurer durant cette période une deuxième recapitalisation à hauteur de 16 milliards de francs par l'émission de droits de souscriptions repris par un consortium de banques. La CFB va par la suite qualifier cette recapitalisation de «partie serrée» («Zitterpartie»)[300].

La situation d'UBS va se détendre au cours du mois d'avril 2008. Le *non-paper* du DFF va rester, à la connaissance des CdG, l'aperçu le plus large de ces options. Les trois premières options retenues en conclusion ont encore été développées lors des

294 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Jean-Pierre Roth, président de la BNS, du 18.11.2008.
295 *Non-paper* du 28.3.2008, p. 20–21.
296 Le PIB de la Suisse en 2008 s'élevait à environ 540 milliards de francs.
297 Rapport de la DélCdG au groupe de travail Surveillance des marchés financiers «Einsichtnahme in die Aufzeichnungen/Notizen des Bundesrates», du 24.3.2010, p. 4.
298 DFF/AFF, «Bankenkrise, private und staatliche Interventionsmöglichkeiten», 21.4.2008.
299 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), no 82.
300 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Eugen Haltiner, président de la FINMA, le 22.4.2009.

séances du comité de pilotage KLL des 2 et 21 avril 2008[301] et des propositions de décisions ont également été préparées en vue de la séance du 2 juillet 2008.

Avec un été relativement calme et exempt de turbulences sur les marchés, cette rencontre du 2 juillet 2008 restera la dernière avant la terrible aggravation de la situation dès le milieu du mois de septembre 2008.

2.6.3 Situation de crise majeure: mise au point finale et lancement du train de mesures

La période de relatif répit observée durant l'été 2008 va prendre fin brusquement avec la faillite de la banque *Lehman Brothers* le 15 septembre 2008. Les conséquences de cette faillite sont dévastatrices. Les marchés monétaires interbancaires vont s'effondrer et reléguer les trois vagues précédentes de difficultés sur ces marchés au rang d'anecdotes[302]. Dans ce contexte, UBS va devenir en l'espace de quelques jours le maillon le plus faible et le plus menacé dans la chaîne des grandes banques internationales, selon l'avis de la BNS[303].

Le 20 septembre 2008, le président de la BNS et le président de la CFB contactent séparément le chef du DFF pour lui indiquer qu'ils jugent la situation d'UBS dramatique et qu'une réunion d'urgence est nécessaire[304]. Une séance du comité de pilotage KLL a lieu le jour même. Il est également question du Plan Paulson annoncé la veille par le gouvernement américain. Les autorités redoutent d'éventuelles conséquences néfastes pour UBS sur le plan de la concurrence si la banque n'est pas incluse dans ce plan de secours[305]. La préparation de l'information au Conseil fédéral est aussi à l'ordre du jour[306].

Le lendemain matin (21.9.2008), le vice-président de la BNS reçoit le président du conseil d'administration et le *CEO* d'UBS en présence du président de la CFB, du directeur de la CFB et du troisième membre de la Direction générale de la BNS pour un petit-déjeuner de travail à son domicile. Il s'agit alors de faire le point sur la situation d'UBS, car la BNS est très inquiète. Après une longue discussion sur les différentes options se présentant à la banque, le président du conseil d'administration d'UBS concède que la banque a besoin rapidement de l'appui des autorités publiques et qu'une stabilisation d'UBS par la BNS devrait être concrétisée. Le vice-président de la BNS interrompt alors la séance afin de communiquer cette information au président de la BNS. Toutefois, avant même qu'il ait pu faire cet appel, le directeur de l'AFF l'informe par téléphone que le chef du DFF a été victime d'un

301 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), n° 90.
302 BNS, Rapport sur la stabilité financière 2009, juin 2009.
303 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Philipp Hildebrand, président de la BNS, du 29.3.2010.
304 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), n° 113. Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Jean-Pierre Roth, président de la BNS, du 18.11.2008. Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Philippe Hildebrand, président de la BNS, du 29.3.2010.
305 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), n° 114.
306 Lettre du DFF aux CdG du 4.5.2009.

accident cardio-vasculaire la veille[307]. La gestion de crise doit alors s'organiser rapidement. Le président de la BNS et la cheffe du DFJP, qui va être amenée à assurer la suppléance du chef du DFF, sont immédiatement mis au courant de la situation. Finalement, le soir même (21.9.2010 à 22h00) le président de la Confédération et la cheffe du DFJP sont informés en détail des options d'intervention par les président et vice-président de la BNS, le directeur de l'AFF, le président de la CFB et le directeur de la CFB[308].

Le 22 septembre, la BNS contacte UBS pour une analyse approfondie de la situation. La CFB est également présente. Cette discussion permet de mettre les papiers de réflexion à jour et de se pencher directement sur les détails d'une éventuelle transaction avec UBS. On constate rapidement que la gravité de la situation ne permet plus d'envisager la mise en œuvre du scénario «Pink»[309], plus léger, et qu'il faut dès lors préparer l'opération «Rosa»[310], plus massive, et la doubler d'une recapitalisation. Par conséquent, la BNS annonce à UBS sa disposition à effectuer un achat d'actifs illiquides de la banque. Cette façon de procéder est choisie, car elle permet 1. d'associer UBS à la gestion du portefeuille, 2. de garantir une meilleure transparence de l'opération par la séparation des comptes de la BNS de ceux de cette société et 3. la possibilité de spécifier des incitations positives à l'égard d'une bonne gestion et des dispositions en cas de perte, ce qui n'aurait pas été possible si les actifs avaient été transférés dans le bilan de la BNS. Il est toutefois convenu que l'achat des actifs illiquides ne se ferait pas directement, mais par le biais d'une société spéciale. Pour leur part, les représentants d'UBS vont tenter de trouver les fonds nécessaires pour une recapitalisation sur les marchés. Il est question de 6 milliards de francs[311].

L'opération de transferts d'actifs vers une société spéciale relève uniquement du champ de compétences de la BNS (loi sur la banque nationale[312]); c'est la Direction générale de la BNS qui arrête les paramètres de ce transfert. Les conditions de l'opération sont négociées de manière bilatérale avec UBS dans les semaines suivantes et sont retenues dans un accord de principe (*Termsheet*)[313].

Le 25 septembre 2008 a lieu une nouvelle séance du comité de pilotage KLL, cette fois-ci au palais fédéral ouest[314]. Puis, le 26 septembre 2008, la cheffe du DFJP informe oralement le Conseil fédéral au sujet des options de mesures pour la gestion d'une possible crise de la banque UBS[315]. Elle évoque deux scénarios: la reprise d'UBS par une banque étrangère et un train de mesures rigoureuses (recapitalisation par des investisseurs privés, reprise d'actifs illiquides par la BNS). C'est la première

307 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Philipp Hildebrand, président de la BNS, du 29.3.2010.
308 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 117.
309 Projet «Pink»: prêt massif de la BNS à UBS garanti par ses actifs illiquides.
310 Projet «Rosa»: achat définitif par la BNS des actifs illiquides contre des liquidités.
311 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Jean-Pierre Roth, président de la BNS, du 18.11.2008.
312 RS **951.11**.
313 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Jean-Pierre Roth, président de la BNS, du 18.11.2008, p. 9.
314 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 121.
315 Rapport de la DélCdG au groupe de travail Surveillance des marchés financiers «Einsichtnahme in die Aufzeichnungen/Notizen des Bundesrates», du 24.3.2010, p. 5.

fois que le Conseil fédéral prend connaissance d'options d'intervention en faveur d'UBS, selon les informations des CdG.

Lors de la séance du comité de pilotage du 1er octobre 2008, les deux autres membres de la Direction générale de la BNS sont également présents. Il s'agissait de préparer un papier d'information à l'attention du Conseil fédéral[316].

Le 2 octobre, le Conseil fédéral se réunit à nouveau, cette fois-ci dans le cadre d'une séance extraordinaire. Il dispose pour la première fois d'une note de discussion (*Aussprachepapier*) élaborée par le DFF[317]. Dans un premier temps, le comité de pilotage est entendu par le Conseil fédéral au sujet de la situation d'UBS et des options de mesures à envisager. La discussion est ensuite engagée. En plus du transfert d'actifs illiquides et de la recapitalisation par un investisseur privé, un thème central abordé est l'opportunité de déclarer une garantie étatique pour le marché interbancaire, comme plusieurs pays européens l'on déjà fait. Cet élément additionnel impliquerait des risques financiers supplémentaires massifs pour la Confédération. Il n'est pour l'instant pas recommandé par le comité de pilotage. (Plus tard, le Conseil fédéral va décider de garder cette option pour le cas où les autres mesures ne seraient pas suffisantes[318].) Dans un deuxième temps, le Conseil fédéral poursuit la discussion à l'interne. Au final, il se prononce en faveur d'une concrétisation de l'option du train de mesures et souhaite abandonner l'idée d'une reprise d'UBS par une autre banque (cette alternative est donc également abordée, mais ne sera plus thématisée à partir de cette séance)[319]. Le Conseil fédéral se montre conscient qu'une intervention étatique était devenue inévitable, le DFF lui soumettra une demande pour un tel train de mesures[320].

Selon le président de la BNS, la participation de la Confédération au capital de la banque n'est qu'une éventualité à ce stade, car UBS garde encore l'espoir de trouver 6 milliards de francs sur le marché[321].

Le 5 octobre 2008, le comité de pilotage rencontre le président du conseil d'administration et le *CEO* d'UBS. Déjà, les espoirs d'une recapitaliser d'UBS sur le marché s'estompent et le DFF est ainsi invité à planifier d'urgence une recapitalisation par la Confédération. Au vu des difficultés croissantes de la banque, il est décidé que l'opération de recapitalisation par la Confédération doit se dérouler rapidement. Le comité retient donc provisoirement la date du 15 octobre 2008[322]. Les contacts entre la CFB, la BNS, le DFF et UBS prennent dès lors un rythme quasi quotidien.

Credit Suisse est invité à se prononcer sur un éventuel besoin de mesures de soutien le même jour. Mais les démarches de cette banque en vue d'une opération de recapitalisation sur une base privée sont déjà en bonne voie. Les informations de la CFB

316 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 125.
317 Lettre de la Chancellerie fédérale du 11.5.2009. Note de discussion du DFF non datée «Massnahmenplan zur Bewältigung einer möglichen Krise bei der UBS».
318 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Philipp Hildebrand, président de la BNS, du 29.3.2010.
319 Note manuscrite de la cheffe du DFJP du 2.10.2008 (classeur EWS, nº 2).
320 Rapport de la DélCdG au groupe de travail Surveillance des marchés financiers «Einsichtnahme in die Aufzeichnungen/Notizen des Bundesrates», du 24.3.2010, p. 5.
321 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Jean-Pierre Roth, président de la BNS, du 18.11.2008.
322 Ibid.

confirment aussi que la situation du Credit Suisse n'exige pas de mesures de soutien urgentes.

Le 10 octobre 2008, les mêmes acteurs se réunissent pour traiter du train de mesures. Puis, la cheffe du DFJP est informée de l'état de la situation par le président de la CFB et le président de la BNS.

Le 12 octobre 2008, le comité de pilotage rencontre à nouveau les représentants d'UBS. Une modification du projet concernant la recapitalisation est alors décidée. En effet, la solution par le bais d'un investisseur privé n'est définitivement plus envisageable.

Le même jour, la CFB et la BNS ont une séance avec Credit Suisse. La banque est informée du train de mesures en faveur d'UBS[323] et une offre similaire quant au transfert d'actifs illiquides lui est faite. Néanmoins, suite à la vente récente d'actifs illiquides, Credit Suisse signale ne pas avoir besoin d'aide de la part des autorités suisses. De plus, Credit Suisse informe les autorités de l'augmentation de ses fonds propres devant permettre de remplir, dès sa réalisation, les nouvelles exigences en la matière prévues par la CFB à l'horizon 2013[324].

Le 13 octobre 2008, la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques est informée des développements les plus récents et discute les différents points du train de mesures, prévoyant désormais une recapitalisation par la Confédération. En soirée, le comité de pilotage se réunit à nouveau.

Le 14 octobre 2008, la BNS et la CFB reçoivent la demande officielle d'UBS pour le déclenchement du train de mesures[325]. UBS souhaite mettre en œuvre le transfert d'actifs illiquides selon les paramètres consignés dans le *termsheet* négocié avec la BNS[326] et procéder à sa recapitalisation par la Confédération. Par voie écrite, la CFB informe la BNS du fait que, si rien n'est entrepris ces prochains jours, la stabilité d'UBS sera mise en danger[327]. Elle confirme aussi qu'UBS est solvable selon les règles en vigueur. En conséquence, la Direction générale de la BNS approuve de financer le transfert d'actifs illiquides dans une société à but spécial par un prêt à UBS, sous réserve d'une recapitalisation d'UBS par la Confédération à hauteur de 6 milliards de francs[328].

Le 14 octobre également, le président de la délégation des finances des chambres fédérales (DélFin) informe les membres qu'une séance de la délégation se tiendra le lendemain après-midi et que cette réunion concerne une grande banque.

Le 14 octobre, les trois conseillers fédéraux qui ne faisaient pas partie de la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques sont informés oralement du train de mesures.

323 Courrier de la BNS à l'attention des CdG du 23.4.2010.
324 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 131.
325 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 136 – Schreiben UBS an EBK und SNB «Übertragung illiquider Aktiven an eine Zweckgesellschaft», 14.10.2008.
326 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Jean-Pierre Roth, président de la BNS, du 22.4.2009, p. 10.
327 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 137 – Schreiben EBK an SNB «UBS AG – notwendige Massnahmen», 14.10.2008.
328 BNS, rapport de gestion 2008, 27.2.2009.

Le 15 octobre 2008, la BNS signale par écrit au Conseil fédéral son accord au déclenchement du train de mesures, à condition que la Confédération procède à la recapitalisation. Avant de prendre une décision, le Conseil fédéral auditionne la Direction générale de la BNS, le président et le directeur de la CFB ainsi que le directeur de l'AFF. Toute la matinée, ces personnes se tiennent à disposition des conseillers fédéraux pour répondre à leurs questions[329]. Au vu de la très forte dégradation des marchés financiers globaux et de l'assurance de la part de la BNS d'accorder le prêt nécessaire à UBS pour le transfert des actifs d'UBS, le Conseil fédéral décide du lancement du train de mesures. Le même jour, la DélFin est informée de la situation et, devant le danger que représente la faillite d'UBS pour l'économie suisse, approuve l'engagement de la Confédération en faveur d'UBS. La nouvelle est publiée le 16 octobre 2008.

2.6.4 Suivi de la situation

Les mesures destinées à stabiliser UBS ont renforcé la banque de manière significative, en rétablissant un niveau de confiance indispensable à la poursuite de ses activités. La situation de ses fonds propres a été considérablement améliorée par la transaction avec la BNS ainsi que par l'emprunt à conversion obligatoire de la Confédération[330]. Néanmoins, cet effet a partiellement été annulé par les pertes de plus de huit milliards de francs au quatrième trimestre 2008. En matière de liquidités, l'annonce du train de mesures a déclenché un changement de tendance positif dans les dépôts à vue. Toutefois, la CFB informe le chef du DFF fin novembre 2008 au sujet d'UBS que: «Les coûts élevés, conjugués avec le recul des rendements, nuit à l'état des fonds propres. Il est permis d'en conclure que la solvabilité en souffrira au premier semestre 2009»[331]. La situation n'est donc pas encore exempte de tout danger.

Dans ces conditions, l'organisation de crise a continué à suivre l'évolution de la situation d'UBS ainsi que celle du Credit Suisse, dont les chiffres clés étaient sensiblement meilleurs. Le comité de pilotage s'est réuni à trois reprises avant la fin de l'année 2008. Au centre de ses travaux se trouvaient les mesures à prendre si la confiance envers les grandes banques suisses subissait un nouveau coup dur. Le groupe envisageait en particulier de garantir les prêts interbancaires, comme certains voisins européens l'avaient déjà fait. L'Etat aurait alors pris le rôle d'une assurance sur les crédits entre les banques (jusqu'à un certain montant), prenant en charge les crédits en cas de défaut d'une grande banque. Une telle mesure aurait permis de contrecarrer la méfiance des banques entre elles et relancer la circulation de capitaux sur le marché interbancaire. Le STAF avait préparé un papier de travail à ce sujet comme base de discussion[332]. Toutefois, cette mesure ne s'est finalement pas avérée nécessaire, malgré un niveau de confiance envers la solidité des banques UBS et CS

329 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Philipp Hildebrand, président de la BNS, du 29.3.2010.
330 Selon un état des lieux de la CFB du 27.11.2008, transmis au chef du DFF, les mesures des autorités ont permis une augmentation du ratio BRI de capital propre de 9,9 % à 10,7 %.
331 CFB, Notice «Lagebeurteilung UBS und CS» adressée au chef du DFF le 27.11.2008.
332 Chronologie des événements en matière de crise des marchés financiers (Annexe 1), nº 149 et 153.

qui s'est encore dégradé jusqu'en mars 2009. La situation s'est améliorée graduellement à partir d'avril 2009[333].

Comme prévu dans le cadre du train de mesures, le DFF a eu des entretiens en tant qu'investisseur, au nombre de trois, avec UBS. Le chef du DFF a participé à deux des séances, tout comme un membre de la Direction générale de la BNS, naturellement représentée du fait de l'opération de transfert d'actifs UBS vers la société de valorisation. Le directeur de l'AFF a participé à l'intégralité des entretiens. Selon le chef du DFF[334], ces séances ont notamment permis le suivi de la condition relative à la bonne gouvernance inscrite dans le train de mesures du 15 octobre 2008. Ce suivi a été opéré par le traitement de la problématique des changements à effectuer dans la direction de la banque et du conseil d'administration. Pour le chef du DFF, des changements étaient nécessaires pour assurer la stabilité financière. Toutefois, dans cette même perspective, il ne fallait pas opérer ces modifications de manière trop abrupte.

Le 13 février 2009, les représentants du DFF et de la BNS se sont entretenus avec le président du conseil d'administration et le directeur général d'UBS (*CEO*). Les principaux thèmes abordés ont été les résultats de la banque au quatrième trimestre 2008, les risques de bilan, la capitalisation, les liquidités, les mesures concernant le repositionnement stratégique et la productivité des secteurs *Wealth Management* et *Investment Banking*[335]. Les systèmes de rémunération et la question d'un renouvellement du personnel à la tête de la banque ont également été évoqués[336].

Le 18 février 2009 a eu lieu le second entretien, dans la suite des thèmes discutés une semaine plus tôt. Cette séance réunissait uniquement des représentants de l'AFF et, du côté d'UBS, le responsable des risques et le directeur financier du groupe[337]. Cette discussion a permis d'approfondir certains aspects des résultats de la banque au quatrième trimestre 2008 comme les risques de bilan ou la capitalisation[338].

Le 8 mai 2009, le dernier entretien en tant qu'investisseur s'est tenu avec les mêmes représentants du DFF et de la BNS que le 13 avril 2009; UBS était représentée par son nouveau président du conseil d'administration ainsi que son nouveau *CEO*[339]. La discussion a porté principalement sur les résultats du premier trimestre 2009 et l'évolution des risques de bilan, de la capitalisation et de la productivité de la banque[340].

La BNS a examiné la gestion des risques d'UBS pour le compte de la Confédération. Elle a mené durant les mois de février à avril 2009 une inspection d'UBS sur place et a vérifié son système de gestion des risques, son processus de planification stratégique et sa capacité à supporter le potentiel de perte lié à un scénario de stress prononcé. A cet effet, l'équipe d'inspection a étudié un grand volume de documents

333 BNS, Rapport sur la stabilité financière 2009, août 2009, p. 42–43.
334 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.5.2010.
335 DFF, lettre aux CdG du 14.4.2010.
336 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.5.2010.
337 En l'occurrence, le *Groupe Chief Financial Officer* et le *Group Chief Risk Officer* d'UBS.
338 DFF, lettre aux CdG du 14.4.2010.
339 Oswald Grübel a remplacé Marcel Rohner dans la fonction de *CEO* à partir du 26.2.2009 et Kaspar Villiger a remplacé Peter Kurer dans la fonction de président du CA dès le 15.4.2009.
340 DFF, lettre aux CdG du 14.4.2010.

internes, a participé (en tant qu'observateur) à des séances internes réunissant des responsables de la gestion des risques et a procédé à des entretiens avec différents responsables. L'AFF a été inclus non seulement dans la planification, mais également au cours de l'exécution de l'inspection du système de gestion des risques et a aussi participé à la plupart des contacts avec UBS en tant qu'observateur[341].

Les résultats de l'inspection ont été transmis par écrit au DFF et à la FINMA et ensuite à la nouvelle direction d'UBS. Avec le remboursement de l'emprunt à conversion obligatoire, la possibilité pour la Confédération de mandater la BNS pour une telle inspection n'existe plus[342].

2.7 Gestion de la crise: appréciation du comportement des autorités suisses en comparaison internationale, par des expertises externes

Ce chapitre présente les appréciations exprimées par différents experts, autant sur les mesures prises par les autorités suisses (chap. 2.5) que sur leur comportement au cours de la crise (chap. 2.6).

Les appréciations des auteurs de l'expertise mandatée par les CdG (chap. 2.7.1) sont complétées par les observations tirées des examens annuels menés par le FMI[343] et l'OCDE[344] (chap. 2.7.2) ainsi que par les expertises mandatées par l'AFF (chap. 2.7.3).

2.7.1 Appréciations par les experts mandatés par les CdG

Les chapitres suivants sont entièrement basés sur l'expertise confiée par les CdG à Tille et Wyplosz. Des appréciations sont portées sur la politique monétaire (chap. 2.7.1.1), puis des comparaisons des mesures (chap. 2.7.1.2), de leur ampleur (chap. 2.7.1.3) ainsi que de leur élaboration (chap. 2.7.1.4) sont effectuées.

2.7.1.1 Politique monétaire

Selon Tille et Wyplosz, les banques centrales ont réagi à la crise de manière prompte, substantielle et variée. Les tensions sur les marchés financiers les ont

341 Ibid.
342 Ibid.
343 Le Fonds monétaire international (FMI) a pour mission de surveiller le système monétaire international et de suivre les politiques économiques et financières de ses 186 pays membres. Désignée sous le terme de «surveillance», le FMI exerce cette fonction au plan mondial et à l'échelle des pays, en mettant en lumière les risques éventuels pour la stabilité nationale et extérieure et en formulant des conseils sur les ajustements nécessaires en matière de politique économique. De cette façon, il aide le système monétaire international à atteindre son objectif fondamental, c'est-à-dire faciliter les échanges de biens, de services et de capitaux entre les pays et, partant, soutenir une croissance économique saine. Source: www.imf.org.
344 L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) est un forum regroupant les gouvernements de 31 pays. L'OCDE vise à relever les défis économiques, sociaux et environnementaux posés par la mondialisation.

conduites à injecter des liquidités de manière massive, y compris en ce qui concerne la BNS. Cette réaction, largement coordonnée à l'échelle internationale, a prévenu un gel complet des marchés.

Entre l'été 2007 et septembre 2008, cette création de liquidités comportait un risque d'inadéquation avec le mandat de maintien de stabilité des prix. Plusieurs banques centrales, dont la BNS, ont semblé réticentes à abaisser leurs taux d'intérêts, alors que d'autres comme la *Fed* ont réagi plus rapidement. La brutale chute de l'activité économique après la faillite de *Lehman Brothers* en septembre 2008 a cependant conduit toutes les banques centrales à rapidement baisser leur taux jusqu'au plancher de zéro.

Les banques centrales n'ont pas stoppé leur politique une fois que les taux d'intérêts ont été abaissés au maximum; elles ont alors mis en œuvre des outils supplémentaires. Elles se sont directement impliquées sur les marchés du crédit, conduisant à une hausse massive de la taille de leur bilan. Si la plupart des banques centrales ont ciblé leurs efforts sur des investissements domestiques, la BNS a opté pour une acquisition soutenue de devises étrangères dans le but explicite de limiter une réévaluation du franc. Les interventions sur les marchés des changes étant un outil inhabituel, cette politique lui a d'abord valu des critiques de la part des autres banques centrales, critiques qui se sont atténuées une fois que la BNS a clairement motivé son choix par le rôle très important joué par le taux de change dans un pays dont la santé économique est fortement liée aux exportations.

2.7.1.2 Mesures d'aide au secteur bancaire au niveau international

Selon Tille et Wyplosz, l'aide publique au secteur bancaire à travers le monde s'est articulée autour de trois axes (voir tableau 5): la suppression des actifs problématiques, la recapitalisation de banques (pour assurer leur solvabilité) et la garantie des dépôts bancaires (pour maintenir la confiance du public).

Le recours à ces trois axes a varié d'un pays à l'autre, reflétant les spécificités de chacun. Par exemple, les autorités britanniques ont *de facto* nationalisé les grandes banques en y injectant des capitaux publics. La procédure adoptée aux Etats-Unis (TARP) s'est avérée plus fluctuante et fortement controversée. Elle a combiné une injection de fonds publics, quoique moindre qu'en Grande-Bretagne, des garanties sur les prêts aux banques, ainsi qu'un plafonnement des pertes sur les actifs toxiques, ce qui s'apparente à une mise en quarantaine. Les mesures d'aide publique ne se sont pas limitées au secteur bancaire proprement dit. Le cas le plus notable est celui de l'assureur américain AIG, auprès duquel la plupart des grandes banques avaient acquis des produits dérivés (*credit default swap, CDS*[345]) afin de couvrir le risque sur leurs portefeuilles. Une faillite d'AIG aurait rendu les couvertures caduques et conduit à une brutale détérioration de la situation des banques. Les conséquences d'un tel choc étant totalement imprévisibles, la *Fed* a *de facto* nationa-

345 Les *CDS* sont des dérivés sur crédit à l'aide desquels une banque (par exemple) peut se couvrir pour une durée limitée, contre un risque de défaillance de crédit. L'assureur accepte de reprendre un emprunt ou de payer une compensation (définie au préalable) en cas de défaillance de crédit. Source: adapté de FINMA 2009, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 61.

lisé AIG, et cela malgré le fait que cette entreprise ne tombait pas strictement sous sa responsabilité.

En Suisse, l'intervention publique du 15 octobre 2008 s'est concentrée sur UBS, alors que Credit Suisse est parvenu à procéder à une recapitalisation au cœur de la crise. L'intervention combine une mise en quarantaine des actifs à problème d'UBS dans une structure de portage financée principalement par un prêt de la BNS, ainsi qu'une injection de 6 milliards de fonds publics sous la forme d'un emprunt convertible. Ce montant correspondait à l'époque à la participation prévue d'UBS dans la société de portage, qui se montait à 10 % des actifs transférés.

Plusieurs Etats ont en outre étendu la garantie des dépôts de particuliers auprès des banques afin d'éviter une panique généralisée. La Suisse a rapidement amélioré la garantie des dépôts bancaires (30 000 à 100 000 francs), sans toutefois adopter une garantie illimitée. Au contraire, certains pays, suivant l'exemple irlandais, ont offert explicitement (Allemagne, par exemple) ou implicitement (France, par exemple) une garantie illimitée. Ces mesures ont permis d'éviter des mouvements de panique bancaire dont les conséquences auraient été très graves. L'approche de couverture limitée adoptée en Suisse a bien fonctionné, sans doute parce qu'une partie importante du réseau bancaire (les banques cantonales) offraient déjà une garantie à 100 % et aussi parce qu'une seule banque était effectivement menacée. Le résultat a été une migration des dépôts d'UBS vers les banques cantonales et les banques Raiffeisen.

Si certaines mesures impliquaient une dépense de fonds publics, comme par exemple le rachat d'actifs problématiques, d'autres, comme la garantie des dépôts, ne représentaient qu'une dépense potentielle, qui ne se serait concrétisée qu'en cas d'aggravation de la situation.

Tableau 5: Principales mesures de soutien au secteur financier à l'automne 2008

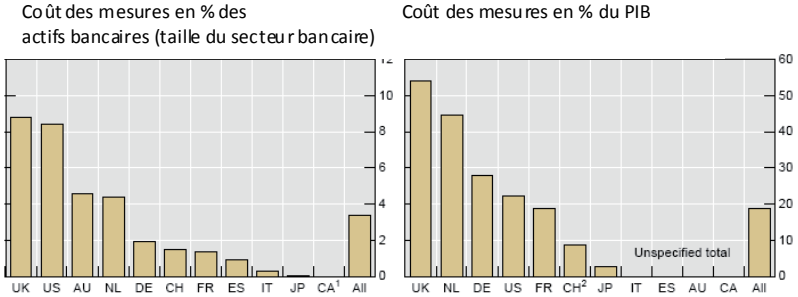
Pays	Achat d'actifs	Injection de capitaux	Garantie d'emprunts
Canada			*Canadian Lenders Assurance Facility*, garantie des emprunts sur 3 ans (23 octobre)
Etats-Unis	Emergency Economic Stabilization Act, 700 milliards de dollars (TARP, 3 octobre)		Prêt de 85 milliards de dollars de la *Federal Reserve* à AIG (16 septembre), extension (8 octobre). Garantie temporaire des emprunts, 50 milliards de dollars (19 septembre) *Asset Backed Commercial Paper Facility* et *Money Market Fund Liquidity Facility* (29 septembre) Augmentation temporaire de la garantie de dépôts bancaires par la FDIC à 250 000 dollars (7 octobre) *Programme Temporary Liquidity Guarantee* (14 octobre)
Royaume-Uni		Injection de 3,7 milliards de livres dans HBOS/Lloyds et RBS	Augmentation de la garantie de dépôts bancaires à 50 000 livres (3 octobre) *Credit Guarantee scheme*: garantie de dette de court terme (8 octobre)
France	Achats d'actifs pour 40 milliards d'euros (13 octobre)	Recapitalisation de Dexia pour 3 milliards d'euros (30 septembre) Injection de 10,5 milliards d'euros en dette convertible dans les six plus grandes banques (20 octobre)	Garantie d'emprunts de 320 milliards d'euros (13 octobre)
Allemagne		Injection de capital dans Bayern LB (22 octobre)	Financement de 35 milliards d'euros pour *Hypo Real Estate*, garantie de 50 milliards de dettes (29 septembre) Garantie des comptes bancaires (5 octobre) Fonds de stabilisation (Soffin) 400 milliards d'euros (13 octobre), prêt à *Hypo* pour 15 milliards (31 octobre).
Irlande			Augmentation de la garantie de dépôts à 100 000 euros (20 septembre) Garantie des dépôts auprès des six banques principales (30 septembre)
Espagne	Achats d'actifs pour 30 milliards d'euros (7 octobre)		Augmentation de la garantie de dépôts (6 octobre) Garantie des dettes pour 100 milliards d'euros (13 octobre)
Suisse	StabFund: rachat des actifs problématiques d'UBS, jusqu'à un maximum de 60 milliards de dollars (16 octobre)	Prêt convertible de 6 milliards de francs à UBS (16 octobre)	

Source: Tille et Wyplosz, 2010.

2.7.1.3 Comparaison de l'ampleur des mesures d'aide au secteur bancaire

L'ampleur des mesures évoquées dans le chapitre précédent a été substantielle, représentant 8 % des actifs bancaires aux Etats-Unis et au Royaume-Uni (respectivement nommés US et UK dans la figure 6). Si les mesures prises en Suisse paraissent plus modestes par rapport à la taille du secteur bancaire (1.5 %), il convient de rappeler qu'elles ne concernent qu'une seule banque, dont elles représentent 3.8 % des avoirs[346]. Etant donné la grande taille du secteur bancaire dans l'ensemble de l'économie de certains pays, l'impact macroéconomique des mesures est mieux apprécié par une comparaison en proportion du produit intérieur brut (PIB). Les mesures de soutien représentent plus de la moitié du PIB britannique, suivi par les Pays Bas. L'effort est également soutenu aux Etats-Unis (20 % du PIB). En comparaison internationale, l'effort suisse est relativement modéré (10 % du PIB).

Figure 6: mesures de soutien au secteur financier



Source: Panetta Fabio et al., 2009, An assessment of financial sector rescue programmes, BIS working paper 48, figure 1.1.

2.7.1.4 Comparaison des mesures et de leur élaboration

Etats-Unis

Aux Etats-Unis, le plan Paulson a connu diverses moutures. La première version présentée au Congrès après la chute de *Lehman Brothers* présentait un degré d'improvisation marqué. Le plan en question ne couvrait que trois pages et n'articulait pas une stratégie bien définie. Il est peu surprenant que le Congrès ait demandé à l'administration américaine de revoir sa copie et de présenter une approche plus élaborée, qui fut alors promptement acceptée. Cependant, l'approche américaine reste empreinte d'un manque de stratégie claire. Si une partie des fonds a été utilisée pour renforcer les fonds propres des banques, les autorités se sont refusées à parler de nationalisation effective. De même, les structures de partenariat public-privé destinées à relancer le marché des *Mortgage-backed securities* manquaient de clarté, ce qui explique en partie leur succès limité. S'il est normal que les

346 Les statistiques de la BNS indiquent qu'à la fin 2008, UBS représente 38,6 % des avoirs du secteur bancaire suisse.

mesures de politique économique s'ajustent à une crise en évolution, le manque de ligne directrice claire semble refléter une réticence à admettre le coût que le contribuable devrait absorber pour un nettoyage complet du système bancaire, les autorités cherchant plutôt des solutions palliatives. Les autorités américaines ont également conduit une série de *stress tests* au printemps 2009, et ont communiqué les résultats détaillés au public: certaines grandes banques ont été identifiées comme saines et autorisées à quitter la protection des autorités américaines alors que d'autres ont fait l'objet d'un diagnostic plus réservé et sont restées dans le giron protecteur de l'Etat. Ces tests ont grandement contribué à rassurer les marchés.

Grande-Bretagne

La réponse des autorités britanniques a initialement été marquée par un manque de coordination entre les différents acteurs, particulièrement dans le cadre du sauvetage de la banque *Northern Rock* pour lequel la Banque d'Angleterre et la *Financial Services Authority* ne semblaient pas suivre la même stratégie: la Banque exprimant une réticence à sauver *Northern Rock* des conséquences de ses erreurs. La situation a cependant nettement évolué dans la seconde phase de la crise avec la décision du gouvernement de nationaliser *de facto* une grande partie du système bancaire. Il reste aux autorités britanniques à relever le défi de privatiser et de gérer le coût substantiel de cette politique pour les finances publiques.

Zone euro

Les interventions dans la zone euro ont manifesté un manque de coordination et une certaine improvisation, reflétant l'absence d'un cadre pour la gestion de problèmes dans des banques actives dans plusieurs Etats[347]. Si les autorités sont parvenues à gérer les problèmes des banques *Dexia* et *Fortis*, essentiellement par le biais de recapitalisations grâce à des moyens publics, ces interventions ont été effectuées hâtivement et dans un cadre bilatéral. En outre, le nombre limité de pays concernés (respectivement deux et trois) limitait le degré de complexité de la crise. Si les autorités européennes ont conduit des *stress tests*, les critères du scénario ont été laissés à l'appréciation des différents Etats et les résultats n'ont pas été communiqués publiquement. En conséquence, il existe un très fort scepticisme en ce qui concerne la situation des grandes banques, surtout en Allemagne et en France.

Canada

Les autorités canadiennes se sont concentrées sur l'établissement de garanties des dettes bancaires. Ces garanties ne furent pas mises à contribution car les banques canadiennes ont traversé la crise sans subir de pertes massives[348]. L'autorité de surveillance canadienne a été moins complaisante, et les banques plus réservées face à des produits qu'elles ne comprenaient pas[349].

347 De Larosière Jacques, 2009, *The high-level group on financial supervision in the E.U*, Brussels, 25.2.2009; Pisani-Ferry Jean et Sapir André, 2009, *Banking crisis management in the EU: An early assessment,* mimeo, 28.12.2009.

348 Ratnovski Lev et Huang Rocco, 2009, *Why are Canadian banks more resilient?, IMF Working Paper 09/152.*

349 Procès-verbal relatif à la présentation devant les CdG de l'expertise réalisée par Tille et Wyplosz du 3.5.2010.

Suisse

Selon Tille et Wyplosz, l'intervention des autorités suisses a été relativement claire et ciblée en comparaison internationale. Tout d'abord, la participation de l'Etat au capital d'UBS a été limitée, et revendue dès que possible avec un bénéfice substantiel. Ensuite, les actifs toxiques d'UBS ont été clairement isolés. La politique suisse a eu le mérite d'éviter une panique des déposants, tout en limitant l'aléa moral puisque UBS a subi des retraits importants au bénéfice d'autres banques. Le système bancaire a donc été stabilisé et le «coupable» pénalisé, selon les experts.

Le succès relatif de la Suisse doit toutefois être tempéré. Le fait que les problèmes aient été limités à une seule banque a sans doute joué en faveur de la Suisse. Les autorités ont pu mettre en place une réponse plus ciblée que si les deux grandes banques ou l'ensemble du secteur bancaire avait nécessité une intervention des autorités.

2.7.2 Expertises du FMI et de l'OCDE

Lors de son examen annuel 2009 de la Suisse[350], le FMI note que la BNS a mené une politique monétaire efficace dans un environnement difficile. En effet, avec un taux d'inflation élevé durant les trois premiers trimestres de 2008, la Banque nationale n'a pas modifié sa politique monétaire restrictive. Mais, elle a injecté des liquidités au bon moment dans les marchés interbancaires. Au vu du ralentissement économique et des perspectives de recul de l'inflation, la BNS a relâché sa politique monétaire durant les deux derniers mois de 2008. Lors de son examen annuel 2010[351], le FMI relève que la BNS a maintenu en 2009 sa politique monétaire expansionniste (débutée fin 2008) de manière appropriée. Face à des risques de désinflation – et ce malgré la politique de taux d'intérêts proches de zéro – la BNS a introduit des mesures non conventionnelles depuis mars 2009. Ces mesures ont permis de stabiliser les conditions monétaires face à des pressions constantes sur le franc suisse (appréciation du franc).

En termes de stabilisation du secteur financier, le FMI considère que les autorités suisses ont pris des mesures adéquates et efficaces[352]. La création du fonds de stabilisation (StabFund) pour reprendre les actifs problématiques d'UBS et l'injection de capital par la Confédération ont permis de rassurer les marchés sur la solvabilité de la banque. En outre, le gouvernement a été clair sur le fait qu'il relèverait, en cas de nécessité, la garantie apportée aux dépôts bancaires si le danger d'une perte de confiance envers les établissements financiers augmentait.

L'OCDE a également publié une étude concernant la Suisse en décembre 2009[353]. Il note que malgré le poids de l'intermédiation financière dans l'activité économique et les lourdes pertes des grandes banques suisses à vocation internationale sur le marché américain des prêts hypothécaires à risque, la Suisse s'en est mieux tirée que la

350 *IMF, Switzerland, 2009, Article IV Consultation, Conclusions of the mission,* 9.3.2009; DFF, Communiqué de presse» Le FMI salue les mesures de politique économique prises par la Suisse dans un contexte difficile» du 9.3.2009.

351 *IMF, Switzerland, 2010, Article IV Consultation, Conclusions of the mission,* 23.3.2010.

352 *IMF, Switzerland, 2009, Article IV Consultation, Conclusions of the mission,* 9.3.2009; *IMF, Switzerland, 2010, Article IV Consultation, Conclusions of the mission,* 23.3.2010.

353 OCDE, Etudes économiques de l'OCDE. Suisse, Volume 2009/20-décembre 2009.

plupart des autres pays de l'OCDE. Cette évolution relativement favorable reflète la spécialisation sectorielle de l'industrie manufacturière, la santé financière des banques de taille plus réduite axées sur le marché intérieur et une orientation monétaire qui est devenue expansionniste à un stade relativement précoce. Selon l'OCDE, l'action décisive engagée par la BNS depuis le début de la crise a préservé la stabilité financière et l'activité économique.

2.7.3 Expertises mandatées par l'AFF

Dans son expertise relative à la surveillance des marchés financiers et à la crise financière[354], Geiger relève que la CFB a fait preuve d'indépendance dans le cadre de la gestion de la crise malgré le fait que la CFB a considéré (comme l'ensemble des autorités de surveillance) qu'UBS était un élève modèle, une référence de par son attitude plutôt conservatrice vis-à-vis des risques. D'après Geiger, on ne peut pas reprocher à la CFB de ne pas avoir détecté à temps les risques qu'UBS ne connaissait pas elle-même (chap. 2.3). Par contre, pour l'expert, la CFB aurait pu reconnaître à temps qu'UBS n'était pas un élève modèle: la conduite et la gestion des risques de la banque n'étaient pas appropriées.

Pour Geiger, les autorités suisses (BNS, CFB et DFF) doivent recevoir les meilleures notes en comparaison internationale quant à leur gestion de la crise. Alors que les autorités américaines, britanniques et allemandes par exemple se sont montrées peu crédibles et peu préparées à la crise, la Suisse s'est caractérisée par des préparatifs élaborés, ainsi qu'un concept de sauvetage d'UBS transparent, solide, crédible et efficace. En outre, Geiger signale que, en parallèle au train de mesures, la CFB a introduit des changements au niveau des fonds propres et des modèles de rémunérations. Ces décisions ont été mondialement reconnues comment étant des options à suivre.

Dans son expertise réalisée pour l'AFF[355], Green relève que les relations tissées par la CFB avant la crise l'ont placée dans une bonne position au moment où celle-ci s'est véritablement manifestée. La CFB disposait de contacts personnels au sein des autorités étrangères et bénéficiait d'une bonne réputation en termes d'indépendance et de préparation.

2.8 Pilotage par le Conseil fédéral

La question du pilotage de la crise opéré par le Conseil fédéral est au centre des préoccupations des CdG. Après l'analyse du contexte et de l'émergence de la crise financière (chap. 2.1 à 2.4), puis des mesures prises et de leur élaboration (chap. 2.5 à 2.7), il convient de s'attacher au rôle joué par le Conseil fédéral en tant que collège dans le cadre de cette crise.

Ce chapitre s'intéresse tout d'abord aux bases d'information du chef du DFF (chap. 2.8.1). Les chapitres 2.8.2 et 2.8.3 correspondent à deux phases distinctes de

354 Geiger Hans, Expertengutachten über das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise zuhanden der Eidgenössichen Finanzverwaltung (EFV), 31.12.2009.

355 Green David, 2010, *The Conduct of Financial Market Supervision during the Financial Crisis, Expert advice for the Federal Finance Administration*, janvier 2010.

l'implication du Conseil fédéral. La première phase (chap. 2.8.2) peut être qualifiée comme une phase d'information du collège par le chef du DFF. La seconde phase (chap. 2.8.3) correspond à un engagement plus marqué du Conseil fédéral. Le passage d'une phase à l'autre coïncide d'une part avec l'accident cardio-vasculaire du chef du DFF et d'autre part avec la nécessité avérée de soutenir UBS.

Il doit être souligné que ce chapitre reflète l'ensemble des informations portées à la connaissance des CdG en matière d'information du Conseil fédéral et du pilotage effectué par ce dernier.

2.8.1 Bases d'information du chef du DFF

L'information du chef du DFF au cours de la crise financière s'est effectuée au travers de différents canaux[356]:

- *Instance tripartite*: les réunions tripartites prévues dans le cadre du comité de pilotage KLL ont eu lieu à cinq reprises entre décembre 2007 et décembre 2008[357]. Durant les trois dernières semaines avant le lancement du train de mesures du 16 octobre 2008, les trois membres de cette instance se sont consultés régulièrement, sans toutefois que cela se fasse formellement dans le cadre de ce groupe.
- *Directeur de l'AFF*: d'après le chef du DFF[358], 31 entretiens bilatéraux ont été menés avec le directeur de l'AFF entre août 2007 et décembre 2008 en rapport avec la crise financière. Ces séances ont eu lieu de manière irrégulière avec une augmentation de leur fréquence entre décembre 2007 et avril 2008 (élaboration des options d'intervention). De plus, le directeur de l'AFF a également profité des rencontres hebdomadaires de préparation et de suivi accompagnant les séances du Conseil fédéral pour discuter de sujets d'actualité liés à la crise financière.
- *Président de la FINMA:* dès mai 2007, des entretiens institutionnalisés ont en principe lieu deux fois par an (mai et novembre) entre la FINMA (anciennement CFB) et le DFF au plus haut niveau[359]. De plus, dès l'été 2008, des contacts bilatéraux ont lieu régulièrement au sujet de la crise financière[360]. Selon le président de la FINMA, le chef du DFF a été informé régulièrement, soigneusement et de manière complète. Il fait remarquer que toute l'information a circulé par le biais du DFF, y compris pour l'information qui était aussi destinée au Conseil fédéral[361].
- *Président de la BNS*: des contacts ordinaires entre le chef du DFF et le président de la BNS ont lieu lors de la discussion annuelle avec le Conseil fédé-

356 Courrier du chef du DFF à l'attention du président du groupe de travail des CdG portant sur la surveillance des marchés financiers du 14.4.2010.
357 18.12.2007, 29.1.2008, 19.3.2008, 1.4.2008, 12.12.2008.
358 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.5.2010.
359 1.5.2007, 29.11.2007, 13.5.2008. A la connaissance des CdG aucune rencontre n'a eu lieu en novembre 2008.
360 Courrier du chef du DFF à l'attention du président du groupe de travail des CdG portant sur la surveillance des marchés financiers du 4.5.2009.
361 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Eugen Haltiner, président de la FINMA, du 22.4.2010.

ral ainsi que deux fois par an dans le cadre de la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques.

Ces éléments montrent que le chef du DFF a été régulièrement informé au sujet de la crise financière et de son développement. Le chef du DFF a aussi été fortement impliqué entre février et avril 2008 lors de l'élaboration des options de mesures en cas de faillite d'UBS menée avec la BNS et la CFB.

2.8.2 Information du collège par le chef du DFF

Avant de détailler les informations apportées[362] au Conseil fédéral par le chef du DFF, il convient de préciser deux éléments importants. D'une part, la nature particulière des informations et d'autre part, l'existence de la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques.

Le fait qu'UBS rencontrait des difficultés au point que la Confédération préparait des scénarios de sauvetage constituait une information très sensible non seulement du point de vue du droit boursier, mais aussi du point de vue de la stabilité financière. Ce type d'information peut en effet provoquer des vagues dites de paniques bancaires, avec des répercussions sur la stabilité financière et économique du pays. C'est pourquoi, le chef du DFF n'a pas informé le Conseil fédéral de manière complète sur le sujet et a tenu à restreindre le plus possible le nombre de personnes informées[363].

Le chef du DFF a aussi évoqué avoir déjà géré la faillite d'une banque dans son canton d'origine et cette expérience l'a persuadé de devoir agir dans le plus grand secret[364]. Certains membres du Conseil fédéral auditionnés par les CdG ont confirmé la nature très sensible des informations, mais aussi le fait qu'à cette période, le Conseil fédéral faisait l'objet de nombreuses indiscrétions. Quelques conseillers fédéraux ont toutefois expliqué aux CdG qu'ils auraient souhaités être informés plus tôt et de manière plus complète.

La délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques est l'une des délégations permanentes du Conseil fédéral instituées en début de législature. Elle est composée du président de la Confédération (à l'époque chef du DFI), du chef du DFF et de la cheffe du DFE. Elle est présidée par la cheffe du DFE qui convoque généralement les séances. Cette délégation n'a pas de mandat ni de compétences propres. Elle tient deux séances ordinaires par année avec la BNS. Dans ce cadre, la délégation a évoqué certains aspects de la crise des marchés financiers, mais ne s'est pas chargée de donner suite à cet objet. Par ailleurs, la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques a été informée, le 21 avril 2008, sur la situation financière difficile d'UBS par le chef du DFF.

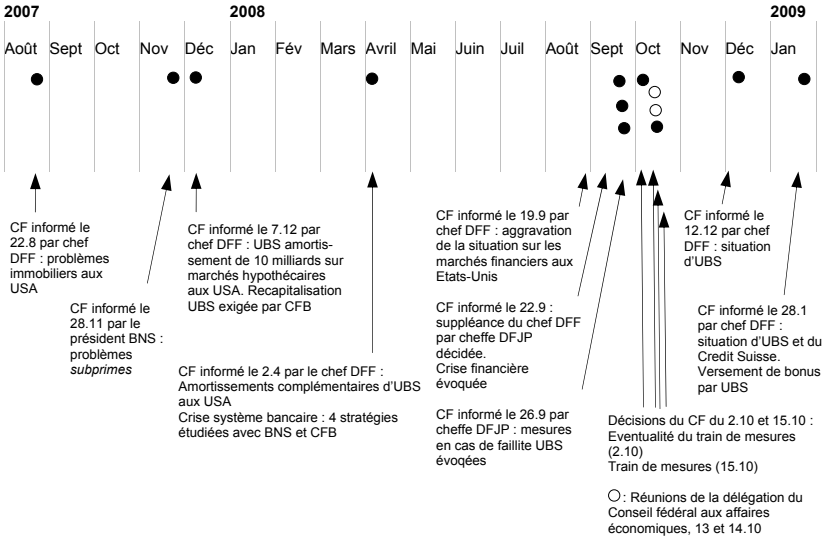
362 En 2008, le président de la Confédération indique que tous les éléments liés à la crise financière et traités dans le cadre des séances du Conseil fédéral, ne feront pas l'objet de procès-verbaux. Le porte-parole du Conseil fédéral a toutefois pris des notes sur la base desquelles la Chancellerie fédérale a pu reconstituer une chronologie. En outre, les classeurs personnels du chef du DFF et de sa suppléante ont également servi à reconstituer les informations de ce chapitre.

363 Procès-verbaux des auditions par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, des 6.4.2010 et 6.5.2010.

364 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.5.2010.

Le tableau 7 présente les dates des séances ordinaires et extraordinaires du Conseil fédéral qui ont évoqué (même très partiellement parfois) ou traité les sujets de la crise financière ou du train de mesures en faveur de la stabilité du système financier.

Tableau 7: Information du Conseil fédéral au sujet de la crise financière



Entre l'émergence des turbulences financières d'août 2007 et l'aggravation dramatique de septembre 2008, le Conseil fédéral a été informé uniquement de manière orale au sujet de la crise financière. Le chef du DFF a renseigné le collège à cinq reprises et le président de la BNS a également évoqué les turbulences financières lors de l'entretien annuel (décembre 2007).

- Séance du 22 août 2007: le chef du DFF informe le Conseil fédéral de manière générale au sujet de la situation relativement difficile sur les marchés financiers, due au marché hypothécaire aux Etats-Unis. Il indique aussi que l'économie se porte bien, en particulier dans le secteur bancaire.
- Séance du 28 novembre 2007: échanges avec le président de la BNS.
- Séance du 7 décembre 2007: le chef du DFF informe le Conseil fédéral qu'UBS a dû procéder à des amortissements de 10 milliards de francs et que l'engagement global de la banque aux Etats-Unis est de l'ordre de 40 milliards, soit le montant approximatif des fonds propres de la banque. La CFB a par conséquent exigé une recapitalisation. Le chef du DFF invite le Conseil fédéral à traiter ces informations de manière confidentielle.
- Séance du 2 avril 2008: le chef du DFF annonce qu'UBS a procédé à de nouveaux amortissements aux Etats-Unis et avertit le Conseil fédéral que les prévisions concernant les recettes de la Confédération sont à revoir à la baisse. Selon le chef du DFF, il n'y a pas lieu d'agir pour le moment. Il informe le Conseil fédéral que la question des conséquences d'une défaillance

du système bancaire a été analysée en profondeur et que quatre stratégies possibles ont été développées en collaboration avec la BNS et la CFB. Un rapport existe (soit le *non-paper* du 28 mars 2008) à ce sujet et a été transmis pour consultation au DFE.

– A noter ici que, pour le chef du DFF, il n'y avait pas de raison de transmettre ce document (*non-paper*) au Conseil fédéral ni de l'informer au sujet de ces préparatifs, dès lors qu'il ne s'agissait que de travaux préparatoires, qui par ailleurs devaient rester confidentiels pour assurer la stabilité du système financier suisse[365]. Par contre, le chef du DFF a consulté la cheffe du DFE de manière à confirmer les conséquences économiques des scénarios élaborés.

– Séance du 19 septembre 2008: le chef du DFF informe le Conseil fédéral de manière générale au sujet de la crise des marchés financiers aux Etats-Unis. Les notes à disposition des CdG relatives à cette séance évoquent des informations très contradictoires. En effet, selon ces notes: 1. le chef du DFF avertit le Conseil fédéral que la crise va se poursuivre, mais que son impact sur les grandes banques suisses ne devrait pas être considérable; le chef du DFF indique plus tard que 2. les doutes à ce sujet s'accentuent et que les marchés sont tendus; 3. que la dotation en capital des deux grandes banques est suffisante; 4. que la situation d'UBS va sérieusement se compliquer, mais que le danger n'est pas encore aigu. Le chef du DFF informe également le Conseil fédéral au sujet de l'affaire des activités transfrontalières d'UBS (voir chap. 3.4.1.4).

Au vu de ce qui précède, il apparaît que le Conseil fédéral n'a pas participé à la gestion de la crise durant cette période. Selon les entretiens menés par les CdG avec les conseillers fédéraux, ces derniers ont indiqué avoir demandé au chef du DFF à plusieurs reprises où en était la situation. Celui-ci répondait que tout était sous contrôle et qu'il n'y avait pas lieu de s'inquiéter. Ces réponses n'ont pas appelé de questions subséquentes de la part des autres membres du Conseil fédéral.

2.8.3 Evolution de l'implication et du pilotage du Conseil fédéral

21 septembre 2008: deux événements majeurs mobilisent le Conseil fédéral

Le 21 septembre 2008, deux événements majeurs vont modifier considérablement l'implication du Conseil fédéral: l'entrée à l'hôpital la veille au soir du chef du DFF suite à son accident cardio-vasculaire; l'information donnée par le président d'UBS selon laquelle la banque a rapidement besoin de l'appui des autorités publiques et qu'une stabilisation d'UBS par la BNS devait être concrétisée. Le Conseil fédéral va dès lors se réunir quatre fois et prendre des décisions à deux reprises.

365 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.4.2010.

21–22 septembre 2008: suppléance du chef du DFF et implication du président de la Confédération

Le dimanche 21 septembre 2008, la cheffe du DFJP est informée par la secrétaire générale de son département, que le chef du DFF est entré à l'hôpital la veille au soir. Ce même jour, le président d'UBS déclare au vice-président de la BNS et au président de la FINMA qu'une aide des autorités est indispensable au sauvetage d'UBS (chap. 2.6.3).

Le même soir, à l'initiative du président de la Confédération, se réunissent le président de la Confédération, la cheffe du DFJP, le directeur de l'AFF, la secrétaire générale du DFF ainsi que des représentants du DFF pour discuter de la suppléance du chef du DFF. La suppléance est officialisée par le Conseil fédéral à sa séance extraordinaire du 22 septembre 2008, soit le lendemain. En tant que suppléante, la cheffe du DFJP n'avait pas eu d'informations spécifiques en lien avec la crise avant la date du 21 septembre 2008[366]. La cheffe du DFJP s'est donc informée de la situation et a pu renseigner le Conseil fédéral de manière plus complète lors de la séance du Conseil fédéral du 26 septembre 2008. A cette occasion, la cheffe du DFJP informe oralement le Conseil fédéral de la gravité de la situation et des options d'intervention sur la base de la documentation préparée par le DFF. La cheffe du DFJP[367] indique qu'il existe deux scénarios: la reprise de la banque par une banque étrangère ou un train de mesures rigoureux, avec notamment la recapitalisation par des investisseurs privés, le rachat d'actifs toxiques par la BNS ou encore la possibilité d'accorder des liquidités supplémentaires à UBS. A cette date, les montants ne sont pas encore connus[368].

La cheffe du DFJP travaille ensuite étroitement avec le directeur de l'AFF dans le cadre de la finalisation du train de mesures. Selon le chef du DFF, le *non paper* établi en avril 2008, a permis une préparation très avancée du train de mesures. Il ne restait plus qu'à présenter le résultat de ces travaux au Conseil fédéral le moment venu, ainsi qu'à en régler les modalités[369]. En effet, les montants précis et l'implication de la Confédération ont été définis très tardivement pour deux raisons. Premièrement, il s'agissait de connaître avec exactitude la nature et le montant exact des besoins de la banque. Deuxièmement, une solution évitant le recours au soutien financier de la Confédération a été privilégiée jusqu'au dernier moment (solution préconisée par l'ensemble du Conseil fédéral). Ce n'est que le 12 octobre que la solution par des capitaux privés est définitivement abandonnée[370].

2 octobre 2008: première décision du Conseil fédéral

Lors de la séance extraordinaire du Conseil fédéral du 2 octobre 2008, le collège se réunit en présence du comité de pilotage KLL, ce qui s'avère être tout à fait excep-

366 Procès-verbal de l'auditon par les CdG de la conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, cheffe du DFJP, du 29.3.2010.
367 Rapport de la DélCdG au groupe de travail Surveillance des marchés financiers «Einsichtnahme in die Aufzeichnungen/Notizen des Bundesrates», du 24.3.2010, p. 5.
368 Procès-verbal de l'audition par les CdG du président de la Confédération (en 2008), Pascal Couchepin, du 4.5.2010.
369 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.4.2010.
370 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Philippe Hildebrand, président de la BNS, par les CdG, du 29.3.2010.

tionnel dans la pratique du Conseil fédéral[371]. Celui-ci est informé des mesures envisagées pour traiter un éventuel sauvetage d'UBS, sur la base d'une note de discussion[372] élaborée par le DFF. Cette note présente la situation d'UBS, les conséquences économiques de son éventuelle faillite ainsi que les différentes mesures envisagées. Le Conseil fédéral charge le DFF de lui soumettre une proposition relative au train de mesures pour autant qu'une intervention étatique devienne inévitable.

Mi-octobre 2008: mobilisation de la délégation du Conseil fédéral aux affaires écconomiques

Il ressort des auditions des conseillers fédéraux menées par les CdG, que le président de la Confédération a piloté la finalisation du train de mesures en faisant appel à la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques – normalement convoquée par la cheffe du DFE. Persuadé de la nécessité du train de mesures pour stabiliser le système financier, le président de la Confédération a mobilisé la délégation, lors de deux séances (13 et 14.10.2008), de manière à assurer une décision favorable du Conseil fédéral quant au train de mesures, lors de sa séance du 15 octobre 2008[373].

14 octobre 2008

Les trois conseillers fédéraux (cheffe du DFAE, chef du DETEC, chef DDPS) sont informés.

15 octobre 2008: deuxième décision du Conseil fédéral

Dans le cadre de la séance du Conseil fédéral du 15 octobre 2008, la cheffe suppléante du DFF rapporte que ce n'est que depuis le 12 octobre qu'une recapitalisation d'UBS par des moyens privés est définitivement exclue. C'est pourquoi la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques a finalisé ce train de mesures depuis lors. Un conseiller fédéral exprime ses critiques vis-à-vis de la procédure qui a exclu trois conseillers fédéraux. Finalement, le train de mesures est accepté à l'unanimité.

15 octobre 2008: décision du Conseil fédéral approuvée par la délégation des finances des Commissions des finances

La délégation des finances des Commissions des finances des Chambres fédérales (DélFin) n'a pas été impliquée dans l'élaboration du plan de sauvetage, ni consultée à ce sujet. C'est le 14 octobre 2008 que le président de la DélFin informe les membres de la délégation qu'une réunion de la DélFin a lieu le lendemain, soit le 15 octobre. La séance de la DélFin a lieu à 13h00 et la documentation peut être consultée dès 11h00. La suppléante du chef du DFF est accompagnée de la cheffe du DFE, du président de la BNS, du président de la FINMA, du directeur de l'AFF et du chef suppléant du Contrôle fédéral des finances.

371 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Philippe Hildebrand, président de la BNS, du 29.3.2010.
372 Lettre de la ChF du 11.5.2009.
373 Procès-verbal de l'audition par les CdG du président de la Confédération (en 2008), Pascal Couchepin, du 4.5.2010.

Pour le président de la DélFin[374], le respect de la législation en matière boursière a exigé la plus grande confidentialité et a dès lors imposé cette manière de procéder (convocation la veille de la séance, documentation sur place). En outre, selon le président, la DélFin a toujours pris ses décisions sur la base de deux principes – l'urgence et la nécessité – qui étaient pleinement respectés dans ce cas. La DélFin s'est prononcée à l'unanimité des 6 membres présents. Pour le président de la DélFin, la procédure était correcte car la délégation ne peut se prononcer que sur une décision du Conseil fédéral et par conséquent, celle-ci doit être prise auparavant.

Dès novembre 2008: retour du chef du DFF

Le 3 novembre 2008, le chef du DFF reprend pleinement son activité et la gestion de ses dossiers. Malgré la proposition de la cheffe du DFJP, le chef du DFF ne juge pas nécessaire qu'aient lieu une transmission personnelle des dossiers entre les deux conseillers fédéraux ou une discussion des dossiers importants[375]. Ce n'est que le 30 novembre 2008 que la cheffe du DFJP a l'occasion de discuter des difficultés sérieuses d'UBS avec le chef du DFF. La cheffe du DFJP juge cette transmission de dossiers relativement difficile[376].

Lors des séances spéciales du Conseil fédéral des 11 et 12 décembre 2008, le président de la BNS donne un aperçu général de la situation économique et de l'évolution de la crise financière. Il décrit également les perspectives pour l'année 2009 et informe le Conseil fédéral que la crise financière continuera d'affaiblir le secteur bancaire suisse et UBS en particulier. Le capital de la banque tombera à un niveau qui n'est pas loin du minimum requis par la CFB et, en comparaison internationale, elle n'apparaîtra plus comme relativement bien dotée en fonds propres. La banque réalise que des mesures d'urgences sont nécessaires et envisage des ventes d'actifs[377].

Lors de la séance du Conseil fédéral du 28 janvier 2009, le chef du DFF informe le Conseil fédéral de la situation d'UBS du point de vue de ses résultats, de ses liquidités et de ses fonds propres. Il indique aussi que le 23 janvier 2009, le conseil d'administration de la FINMA a accepté après négociations le plan de rémunérations variables d'UBS.

Etant donné que le train de mesures est voté par les Chambres fédérales et que la situation d'UBS s'est relativement stabilisée au niveau financier, la gestion de ce dossier est reprise par le DFF. Mais, la fin de l'année 2008 coïncide également avec le fait que l'affaire de transmission de données UBS aux Etats-Unis (chap. 3) prend une importance grandissante. Ce conflit juridique avec les Etats-Unis va à nouveau placer UBS dans une situation difficile. Le cas échéant, le pilotage du Conseil fédéral va ainsi porter sur ce deuxième aspect.

374 Procès-verbal de l'audition par les CdG du président de la DélFin du 19.3.2008.
375 Procès-verbal de l'audition par les CdG de la conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, cheffe du DFJP, du 4.5.2010.
376 Ibid.
377 BNS, Notes d'exposé du président de la Direction générale de la BNS lors de la réunion annuelle avec le Conseil fédéral, 11.12.2008.

2.9 Leçons de la crise: actions entreprises par les autorités suisses

2.9.1 Introduction

Ce chapitre présente les travaux menés dans les prolongements de la crise par les autorités suisses. Ces travaux ne font donc pas directement partie de la gestion de crise mais témoignent, le cas échéant, des enseignements qui en ont été tirés.

Ces travaux s'intègrent en grande partie, dans des réflexions menées au niveau international et ceci pour la raison suivante: l'activité globale des grandes banques et la pression de la concurrence internationale ont conduit à ce que les réglementations et les mesures de surveillance du secteur financier soient coordonnées à l'échelle internationale, afin d'éviter que les différences entre les multiples réglementations soient trop importantes – et, partant, qu'elles provoquent des distorsions de la concurrence – et afin d'exercer la surveillance de manière globale et efficace.

De nombreux organes internationaux se sont penchés sur la crise financière, sur les leçons que l'on peut en tirer et sur le potentiel d'amélioration qui existe dans le domaine de la finance. L'objectif de leurs travaux est de rendre le système financier plus solide et d'assurer la stabilité financière sur le long terme. Les chefs de file[378] de ces organes œuvrant en faveur de réformes de l'architecture des marchés financiers sont le G20, en tant qu'instance de pilotage politique, le FMI et le Conseil de stabilité financière (*Financial Stability Board, FSB*). Par exemple, le *FSB*[379] se penche sur un train de réformes complet visant à renforcer la capacité de résistance du marché financier; ces réformes se fondent essentiellement sur les 67 recommandations que le groupe de travail du Forum de stabilité financière (FSF) – prédécesseur du *FSB* – a formulées en avril 2008[380] ainsi que sur celles de différents organes de régulation tels que le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire[381] ou l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV)[382].

La Suisse fait partie de toutes ces institutions; la BNS et la FINMA participent de manière active à des projets de réformes au sein de différents organes et tiennent compte des normes et recommandations édictées par ces organes lorsqu'elles fixent leurs réglementations au niveau national.

378 Conseil fédéral, Axes stratégiques de la politique suisse en matière de place financière – Rapport en réponse au postulat Graber (09.3209), 16.12.2009, p. 15.

379 Le *FSB* a remplacé le *Financial Stability Forum* en avril 2009 et a été chargé par le G20 de promouvoir la stabilité financière. La Suisse est représentée au *Steering Committee* du *FSB* par le président de la BNS, au *Standing Committee on Supervisory and Regulatory Cooperation* par le président de la FINMA et au *Standing Committee on Standards Implementation* par le directeur de l'AFF.

380 *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience,* 7.4.2008.

381 Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire est l'un des quatre organes permanents de la Banque des règlements internationaux. Il se compose de représentants de banques centrales et d'autorités prudentielles. La Suisse y est représentée par la FINMA et la BNS.

382 L'OICV compte près de 200 membres à travers le monde (principalement des autorités de surveillance et des organismes boursiers). Les objectifs de l'OICV sont essentiellement la protection des investisseurs, la prévention des risques systémiques, la coopération internationale et l'établissement de normes uniformes en matière de surveillance des marchés. L'OICV s'occupe notamment des normes relatives à la reconnaissance des agences de notation.

Dans différents domaines, ces organes sont désormais parvenus à des résultats concrets. Ainsi, le *FSB* a amélioré différentes directives pour que les banques respectent des exigences plus élevées en matière de capital. De même, le durcissement des normes sur la gestion des risques ou la surveillance accrue des entreprises de notation des crédits ont globalement réduit les risques. Des principes de base ont été définis en vue d'une harmonisation internationale de la protection des déposants. Par ailleurs, les directives de Bâle ont notamment repris les principes du *FSB* sur des systèmes durables de rémunération[383]. Le rapport annuel de la FINMA offre une vue détaillée de l'intégration internationale et de l'agenda[384].

Il convient de souligner que ces organes internationaux n'ont pas de pouvoir formel puisque chaque pays demeure souverain en matière de réglementation financière ou bancaire. Mais, dans la mesure où leurs propositions représentent l'aboutissement consensuel de réflexions auxquelles les autorités de nombreux pays ont contribué, ces recommandations jouent un rôle prépondérant.

Les chapitres suivants donnent un aperçu des principaux travaux et mesures qui ont actuellement cours en Suisse et qui ont été décidés jusqu'à l'achèvement du présent rapport (17.5.2010). De nombreuses discussions sont encore en cours sur les plans national et international, c'est pourquoi ces dernières ne font pas toutes l'objet du rapport[385]. Les explications reposent essentiellement sur les rapports annuels de la FINMA et de la BNS, sur les rapports du DFF ainsi que sur des communiqués de presse de ces autorités.

Le chapitre 2.9 est subdivisé de la façon suivante: le chapitre 2.9.2 présente les conclusions que les autorités ont tirées de la crise des marchés financiers au niveau stratégique; le chapitre 2.9.3 se penche sur les réglementations dans le secteur financier; le chapitre 2.9.4 montre les mesures prises par les autorités de surveillances; enfin, le chapitre 2.9.5 explique comment les experts et le FMI évaluent les mesures prévues et mises en œuvre par les autorités suisses et expose les recommandations supplémentaires qu'ils ont émises.

2.9.2 Axes stratégiques de la politique en matière de place financière

Axes stratégiques de la politique suisse en matière de place financière (décision du Conseil fédéral du 16.12.2009)

Dans le contexte de la crise financière et de ses conséquences sur la place financière suisse, le Conseil fédéral a été chargé par le postulat Graber (09.3209) de présenter

383 Conseil fédéral, 2009, Axes stratégiques, p. 16 et ss.
384 FINMA, Rapport annuel 2009, pp. 26–35.
385 Lors de la rédaction de ce rapport, des mesures sont continuellement annoncées ou concrétisées. Par exemple: le Conseil fédéral approuve le message relatif à la révision de la protection des déposants, le 12.5.2010; le Conseil fédéral adopte un arrêté fédéral relatif à la planification des mesures requises visant à limiter les risques que les grandes banques d'importance systémique font peser sur l'économie, le 12.5.2010 (ceci faisant suite aux annonces du 22.4.2010 selon lesquelles le groupe d'experts sur la question du «*too big to fail*» a rendu son rapport intermédiaire et le Conseil fédéral déciderait en mai 2010 d'une planification contraignante concernant une modification de la loi sur les banques, afin de résoudre le problème du «*too big to fail*»); le Conseil fédéral annonce des mesures contre les excès salariaux, le 28.4.2010.

un plan permettant de sauvegarder les atouts de la place financière suisse et de supprimer ses faiblesses. Le 16 décembre 2009, le Conseil fédéral a répondu à cette demande en approuvant le rapport «Axes stratégiques de la politique suisse en matière de place financière», élaboré par le DFF en collaboration avec la FINMA et la BNS. Ces derniers ont été secondés par un groupe de travail dans lequel étaient représentées les principales associations du secteur privé.

Dans ce rapport, le Conseil fédéral a notamment développé quatre axes stratégiques; est à relever le renforcement de la résistance aux crises du secteur financier et l'amélioration de la gestion d'entreprises financières d'importance systémique[386]. Les mesures que le Conseil fédéral a prévues en la matière relèvent notamment du travail de la Commission d'experts pour la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale, ainsi que du renforcement de la protection des déposants (chap. 2.9.3.2).

Pour mettre en œuvre sa stratégie en matière de place financière, le Conseil fédéral a institué un groupe de travail interdépartemental placé sous l'égide du DFF.

Secrétariat d'Etat aux questions financières (entré en fonction le 1.3.2010)[387]

Le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI) – directement subordonné au chef du DFF – a entamé ses activités le 1er mars 2010. Le SFI comptera une quarantaine de collaborateurs.

Le SFI répond de la coordination et de la conduite stratégique des affaires financières, fiscales et monétaires de portée internationale et défend les intérêts de la Suisse dans ces domaines en collaboration avec le DFAE, le DFE (affaires économiques extérieures), la BNS et la FINMA[388]. Il favorise la compétitivité internationale et l'intégrité de la place financière suisse, facilite l'accès aux marchés financiers internationaux et renforce la stabilité du secteur financier suisse.

Parmi les attributions du Secrétariat d'Etat figurent également l'élaboration de bases pour la politique et la réglementation des marchés financiers. Le SFI participe en outre activement aux efforts internationaux de lutte contre la criminalité financière. Sa tâche principale sera dans un premier temps l'application de la nouvelle stratégie en matière de place financière.

2.9.3 Réglementation bancaire et problématique du «*too big to fail*»

La crise financière a mis au devant de la scène les défauts de la réglementation en matière bancaire ainsi que la problématique du «*too big to fail*» – à savoir le fait que des établissements financiers soient trop grands pour faire faillite étant donné leur dimension systémique. Dans ce contexte, les institutions internationales et les autorités des différents pays ont proposé et, le cas échéant, mis en œuvre des projets de réforme de la réglementation. Dans un premier temps sont présentées les actions

386 Les trois autres axes stratégiques sont le renforcement de la compétitivité internationale du secteur financier, la garantie et l'amélioration de l'accès au marché et la garantie de l'intégrité de la place financière.
387 Le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales entre en fonction, communiqué de presse du 1.3.2010.
388 Art. 7, al. 1, let. a, Org DFF, RS **172.215**.

d'ores et déjà prises par les autorités suisses en la matière (chap. 2.9.3.2), puis, dans un deuxième chapitre (chap. 2.9.3.2), les projets en cours.

2.9.3.1 Mesures prises en matière de réglementation

Relèvement des exigences de fonds propres et limitation du niveau d'endettement

Après que la CFB a décidé, fin août 2007, de relever le filet de sécurité en matière de fonds propres pour les deux grandes banques suisses (cf. chap. 2.5.1.5), en décembre 2008, les exigences en matière de fonds propres ont encore été durcies dans le cadre du train de mesures. Ainsi, l'excédent de fonds propres de ces banques doit être supérieur, dans les périodes favorables, d'au moins 100 % au minimum prescrit. En outre, la CFB a introduit une limitation du niveau d'endettement (*leverage ratio*). La mise en œuvre de ces dispositions s'échelonnera à partir de 2010 et sera achevée en 2013[389].

Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers[390]

Beaucoup considèrent que les systèmes de rémunération sont l'une des causes de la crise financière; sur les plans tant international que national, cette problématique fait l'objet de vives discussions parmi les professionnels, ainsi que dans les milieux politiques et dans le public. En 2008, la CFB s'est penchée avec attention sur les systèmes de rémunération dans le secteur bancaire. Deux enquêtes ont permis d'analyser l'impact des pratiques en la matière sur le comportement des collaborateurs des banques et sur les risques y afférents. Dans le train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse, la CFB a en outre été chargée de valider les rémunérations variables versées par UBS pour l'année 2008. En s'appuyant sur ces travaux préliminaires, la CFB s'est donc attelée à l'élaboration de directives générales sur les systèmes de rémunération dans l'ensemble du secteur financier. Dans la mesure du possible, la CFB et la FINMA ont géré le processus de réglementation en assurant une coordination bilatérale avec d'autres autorités de surveillance. La FINMA a aussi participé à plusieurs groupes de travail internationaux. Selon elle, il est apparu clairement à cette occasion que des règles trop éloignées du consensus international sont non seulement difficilement applicables, mais aussi inadéquates.

En juin 2009, la FINMA a publié son projet de circulaire sur les normes minimales des systèmes de rémunération. La procédure d'audition menée dans les établissements financiers après publication dudit projet a rencontré un large écho. Au regard des développements internationaux et des résultats de l'audition, la FINMA a finalement adopté en octobre 2009 la circulaire révisée «Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers»[391]. La circulaire doit contribuer à éviter que les systèmes de rémunération n'incitent à prendre des risques démesurés. Les rémunérations variables («bonus») devront être calculées à long terme et durablement, en fonction du succès économique et en tenant compte de

389 BNS, Rapport de gestion 2009, p. 80.
390 FINMA, Rapport annuel 2009, p. 22 ss. et p. 90.
391 Circ.-FINMA 10/1 Systèmes de rémunération, date: 21.10.2009, entrée en vigueur: 1.1.2010.

l'intégralité des coûts de tous les risques encourus. Le rôle du conseil d'administration est également renforcé. Celui-ci est responsable de la politique de rémunération et doit publier un rapport sur les rémunérations. La circulaire est entrée en vigueur le 1er janvier 2010. Selon la FINMA, elle tient compte de la majorité des objections soulevées lors des auditions, sans pour autant dénaturer le cœur du projet.

La réglementation de la FINMA s'inscrit dans la droite ligne des réglementations internationales et est considérée comme très avancée en comparaison internationale (cf. chap. 2.9.5.1). La FINMA a l'intention de suivre l'impact de sa circulaire et des initiatives étrangères correspondantes, tout en poursuivant le dialogue en la matière avec les assujettis comme avec d'autres autorités et instances de surveillance. Elle entend mettre à profit ces acquis pour peaufiner encore sa circulaire si nécessaire[392].

Nouveau régime des liquidités pour les grandes banques (en vigueur à partir du 30.6.2010)[393]

Les prescriptions suisses en matière de liquidités, qui datent de 1988, sont inscrites dans l'ordonnance sur les banques[394]. Les expériences faites lors de la crise financière mondiale ont montré que ces prescriptions n'assurent pas la résistance aux crises requise pour des grandes banques suisses actives sur le plan mondial. Un régime des liquidités moderne s'avère essentiel pour garantir la solidité et, partant, la stabilité du système financier. En collaboration avec les deux grandes banques, la BNS et la FINMA ont travaillé depuis 2009 sur un nouveau régime des liquidités; les accords correspondants ont été signés par la FINMA et les grandes banques le 20 avril 2010. A compter du 30 juin 2010, les grandes banques devront fournir chaque mois à la FINMA la preuve qu'elles remplissent les nouvelles exigences.

La pierre angulaire du nouveau régime des liquidités est un scénario de crise sévère défini par la FINMA et la BNS (crise générale sur les marchés financiers accompagnée d'une perte de confiance des créanciers de la banque). Selon ses concepteurs, ce scénario est encore plus pessimiste que celui imaginé au niveau international[395]. Les banques doivent être en mesure de couvrir durant trente jours au minimum les sorties de fonds estimées dans ce scénario. Ces exigences doivent donner, aux grandes banques et aux autorités, le minimum de temps nécessaire pour désamorcer une situation de crise. Selon la FINMA, le nouveau régime tient compte des initiatives internationales portant sur la réglementation des liquidités, notamment celles du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire.

2.9.3.2 Projets en cours en matière de réglementation

Renforcement de la protection des déposants (message adopté par le Conseil fédéral)

En réaction à la crise des marchés financiers internationaux (cf. chap. 2.5.3.2), le Parlement avait adopté en décembre 2008 une modification de la loi, dont la validité

392 FINMA, Rapport annuel 2009, p. 23.
393 FINMA, Nouveau régime des liquidités pour les grandes banques suisses, communiqué de presse du 21.4.2010.
394 Ordonnance du 17.5.1972 sur les banques et les caisses d'épargne (Ordonnance sur les banques; RS **952.02**).
395 Cf. NZZ, Minimum 30 Tage, 22.4.2010, p. 27

expirera fin 2010 et dont le but était d'améliorer la protection des déposants bancaires. Les principales mesures étaient l'augmentation de la limite des dépôts garantis de 30 000 à 100 000 francs, le relèvement de la limite supérieure du système de protection des déposants à 6 milliards de francs contre 4 milliards auparavant, l'octroi d'une garantie distincte pour les avoirs du 2e pilier et du pilier 3a et enfin la couverture des dépôts privilégiés par des actifs situés en Suisse à hauteur de 125 %[396].

Le Conseil fédéral a voulu ensuite modifier fondamentalement le système de garantie des dépôts[397]. Mais, le 24 mars 2010, il annonce qu'il a pris acte des résultats de la consultation concernant une loi sur la garantie des dépôts bancaires. Ses propositions de créer un fonds de garantie des dépôts de droit public et une garantie de la Confédération ont été rejetées par la majorité des participants à la consultation. Le DFF a dès lors préparé un message relatif à la modification de la loi sur les banques, qui prévoit le transfert dans le droit permanent des modifications décidées par voie d'urgence en décembre 2008[398]. Le 12 mai 2010, Le Conseil fédéral a approuvé le message relatif à la révision de la protection des déposants dans la loi sur les banques[399].

Too big to fail

En dépit des mesures engagées en Suisse pour améliorer la réglementation des fonds propres et des liquidités des banques (chap. 2.9.2.1), la problématique du «*too big to fail*» (TBTF) n'a pas perdu de son importance. Différents organes nationaux et internationaux examinent actuellement ces mesures, qui peuvent être structurelles, prudentielles, voire d'assainissement. Les spécialistes doutent qu'une mesure puisse à elle seule résoudre le problème: ils préconisent plutôt une régulation conçue en plusieurs éléments et qui soit le fruit d'un travail coordonné[400]. En outre, il est tout-à-fait possible d'envisager une situation plus grave que celle d'UBS en 2008, pour laquelle la Suisse n'aurait pas les moyens d'intervenir. Cela signifie que les coûts du sauvetage de l'établissement en difficulté dépasseraient les capacités financières de l'Etat. C'est le cas des entreprises désignées comme étant «trop grandes pour être sauvées» (*too big to be rescued*)[401].

Commission d'experts pour la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale (instituée le 4.11.2009, rapport intermédiaire du 22.4.2010)

Le 4 novembre 2009, le Conseil fédéral a constitué une commission d'experts chargée d'identifier les risques que peuvent entraîner les grandes entreprises pour l'économie nationale (Commission d'experts TBTF). Il a ainsi répondu aux exigences de la motion 08.3649 («Prévenir les risques démesurés pour l'économie suisse»). La commission est composée de représentants des autorités (5 membres),

396 Conseil fédéral, 2009, Axes stratégiques, p. 52–53.
397 FINMA, Rapport annuel 2009, p. 92.
398 DFF, Garantie des dépôts bancaires: le Conseil fédéral entend ancrer dans le droit permanent les modifications décidées par voie d'urgence, communiqué de presse du 24.2.2010.
399 DFF, Le conseil fédéral approuve le message relatif à la révision de la protection des déposants, communiqué de presse du 12.5.2010.
400 Birchler, Urs/Festl-Pell, Diana/Hegglin, René/Nyborg, Inke, Faktische Staatsgarantie für Grossbanken, Rapport intermédiaire, 12.4.2010, p. 5.
401 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Philipp Hildebrand, président de la BNS, du 14.4.2010.

des milieux scientifiques (2) et de l'économie privée (7), et est conduite par l'ancien directeur de l'AFF[402].

Le 22 avril 2010, la Commission d'experts a présenté un rapport intermédiaire faisant état des premiers résultats de son analyse[403]. Selon elle, ce sont avant tout les deux grandes banques qui relèvent de la problématique du «*too big to fail*» en Suisse. Dans son rapport intermédiaire, la Commission d'experts a établi une liste exhaustive de mesures permettant de désamorcer cette problématique et propose un choix de mesures-clés concernant les fonds propres, les liquidités, et la répartition des risques, ainsi que des mesures portant sur l'organisation et les structures juridiques. Il s'agirait de recourir à ces mesures si les banques d'importance systémique se retrouvaient dans l'impossibilité de garantir la poursuite des fonctions systémiques en cas d'insolvabilité. La commission est d'avis qu'il faut instaurer une base légale afin de fixer dans ces quatre domaines des exigences spécifiques vis-à-vis des banques d'importance systémique[404].

Avis du Conseil fédéral du 28 avril 2010 concernant le rapport intermédiaire de la Commission d'experts pour la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale et adoption d'un arrêté concernant la planification d'une révision de la loi sur les banques, le 12 mai 2010

Le 28 avril 2010, le Conseil fédéral a pris acte du rapport intermédiaire de la Commission d'experts, qu'il a approuvé[405]. Il juge nécessaire d'agir au niveau du problème posé par les entreprises trop grandes pour faire faillite. Il convient, d'une part, d'empêcher, par des mesures préventives, les banques d'importance systémique de devenir insolvables. D'autre part, il importe de prendre des mesures pour limiter les dommages au cas où de nouvelles difficultés surgiraient. Le Conseil fédéral estime par conséquent que des dispositions légales sont nécessaires.

Le Conseil fédéral invite la Commission d'experts à avancer au 31 août 2010 la remise de son rapport final. Ensuite, le Conseil fédéral soumettra immédiatement au Parlement des dispositions légales propres à endiguer le problème du «*too big to fail*», le but étant d'adopter un message avant 2011. Les décisions concernant le train de mesures pourront ainsi être prises sur la base d'une vue d'ensemble complète de leurs répercussions et en tenant compte de l'évolution intervenue d'ici-là sur le plan international.

Le 12 mai 2010, le Conseil fédéral a adopté un arrêté fédéral relatif à la planification d'une révision de la loi sur les banques. Il entend limiter les risques liés aux établissements trop grands pour faire faillite grâce au durcissement des exigences relatives aux fonds propres, aux liquidités et à la répartition des risques. Le Conseil fédéral

402 DFF, Le Conseil fédéral institue une commission d'experts chargée de se pencher sur la question des établissements trop grands pour faire faillite (*too big to fail*), communiqué de presse du 4.11.2009.
403 Commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale, rapport intermédiaire du 22.4.2010, p. 3 ss.
404 Ibid.
405 Mandat du Conseil fédéral pour une planification contraignante de la révision législative en rapport avec le problème du «*too big to fail*», communiqué de presse du 28.4.2010.

prévoit aussi des mesures dans le domaine de l'organisation afin d'assurer la continuité des fonctions systémiques en cas de crise[406].

Mesures du Conseil fédéral contre les excès salariaux dans les banques et les assurances (annonce du 28.4.2010)[407]

Le 28 avril 2010, le Conseil fédéral a chargé le DFF de mettre au point trois mesures touchant à la politique de rémunération. A l'avenir, les systèmes salariaux des établissements financiers contraints à solliciter l'aide de l'Etat feront l'objet d'une réglementation restrictive. Ensuite, les rémunérations variables versées en fonction du bénéfice de l'entreprise seront taxées comme répartition des bénéfices. Enfin, les options de collaborateurs ne seront plus imposées à l'attribution mais lorsque leur détenteur exercera son droit d'option. Par ces trois mesures, le Conseil fédéral entend donner un signal fort contre les rémunérations excessives de la branche financière. De telles mesures n'affectent pas la liberté des contrats. Une indemnisation compétitive reste de surcroît possible dans la branche financière selon le Conseil fédéral[408].

D'ici à l'automne 2010, le DFF – en collaboration avec les départements concernés – doit présenter au Conseil fédéral un projet de rapport destiné à la consultation portant sur les mesures relatives aux systèmes salariaux et aux rémunérations variables. Quant à la mesure concernant les options de collaborateurs, le DFF a été chargé de soumettre les propositions du Conseil fédéral aux commissions parlementaires compétentes en mai 2010.

2.9.4 Organisation de la surveillance

2.9.4.1 Mesures prises en matière de surveillance

Analyse de la surveillance des marchés financiers

Afin d'en tirer certains enseignements, la FINMA a mené une analyse détaillée de la crise financière et du comportement de la CFB, et a montré, dans son rapport du 14 septembre 2009 intitulé «Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers», quelles mesures elle a engagées depuis et quelles leçons elle a tirées en ce qui concerne les exigences en matière de fonds propres, les normes afférentes aux risques de liquidité, la croissance du bilan, l'analyse des positions à risque et la force de frappe de l'autorité de surveillance. Le rapport sert par ailleurs de base pour répondre à deux interventions parlementaires (postulat 08.4039 du conseiller aux Etats Eugen David et motion 09.3010 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national), qui chargent le Conseil fédéral de sou-

406 Conseil fédéral, Planification contraignante pour résoudre le problème du «*too big to fail*», communiqué de presse du 12.5.2010.

407 Conseil fédéral, Le Conseil fédéral annonce des mesures contre les excès salariaux dans les banques et les assurances, communiqué de presse du 28.4.2010.

408 En ce qui concerne le droit de la société anonyme, le Conseil fédéral a également expliqué qu'en présentant le 5.12.2008 un contre-projet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», il a voulu montrer qu'une intervention s'imposait pour mettre fin aux systèmes de rémunération inappropriés et pour encourager les structures salariales ayant des effets positifs sur la viabilité des entreprises. Cf. Mesures contre les excès salariaux dans les banques et les assurances, communiqué de presse du 28.4.2010.

mettre au Parlement un rapport sur les défaillances de la surveillance des marchés financiers[409].

Le 10 novembre 2009, afin de répondre aux deux interventions parlementaires précitées, le DFF a mandaté deux experts indépendants (Geiger et Green) chargés d'étudier les défaillances de la surveillance des marchés financiers et de proposer des mesures pour y remédier. Présentés en décembre 2009[410] et en janvier 2010[411], les deux rapports contiennent de nombreuses recommandations (cf. chap. 2.9.5).

Révision du *Memorandum of Understanding* (*MoU*) entre la FINMA et la BNS (réalisé; signé le 23.2.2010)

Se fondant sur les enseignements tirés de la collaboration étroite qu'elles ont développée pendant et après la crise financière, la FINMA et la BNS ont révisé le *MoU* conclu en mai 2007 dans le domaine de la stabilité financière. Ce nouveau *MoU* est destiné à servir de base pour une intensification de la coopération entre les deux institutions.

Selon la FINMA, le *MoU* définit les domaines communs d'intérêts des deux institutions en matière de stabilité financière et règle leur coopération dans le respect de leurs responsabilités légales respectives et de leurs compétences décisionnelles. La révision comporte trois nouveautés:

1. Création d'un Comité directeur chargé de gérer la coopération entre les deux institutions au niveau stratégique. Le Comité directeur se réunit au moins deux fois par an et fixe les priorités stratégiques dans les domaines communs d'intérêts.
2. Dans les domaines communs d'intérêts, le *MoU* prévoit qu'une institution peut proposer à l'autre de prendre des mesures dans le cadre de ses compétences ou demander à l'autre de fournir des renseignements.
3. Pour certains travaux qui exigent un partage des tâches, le *MoU* prévoit une direction exercée conjointement par la FINMA et la BNS.

Réorganisation de la FINMA (réalisée)

Six mois après son démarrage opérationnel le 1er janvier 2009, la FINMA a été réorganisée. A l'origine, les structures des trois instances préexistantes (CFB, Office fédéral des assurances privées [OFAP] et Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent [AdC LBA]) avaient été volontairement reprises sans grand changement. L'objectif de cette réorganisation était de mettre en place des structures resserrées et de renforcer la direction. En outre, des fonctions transversales fortes, par exemple la gestion des risques ou l'*enforcement*, ont été créées. Ces réformes devraient assurer une perméabilité entre les différents domaines d'activités, ce qui n'était pas suffisamment le cas au sein des trois instances préexistantes[412].

409 FINMA, Rapport de la FINMA sur la crise financière, communiqué de presse du 14.9.2009.
410 Geiger Hans, Expertengutachten über das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise zuhanden der Eidgenössischen Finanzverwaltung, 31.12.2009. (Rapport public)
411 Green David, *The Conduct of Financial Supervision during the Financial Crisis. Expert advice for the Federal Finance Administration*, janvier 2010. (Rapport public)
412 FINMA, Rapport annuel 2009, p. 10.

La réorganisation de la surveillance a donné naissance à une approche sur trois dimensions[413]. Deux petites équipes sont chargées d'une surveillance «verticale», pratiquée sur l'ensemble de chacune des deux grandes banques. Deux autres équipes s'occupent d'une approche «horizontale», se concentrant l'une sur l'*Investment Banking*, et l'autre sur le domaine *Wealth Management/Asset Management* des deux grandes banques. Finalement, une partie de la division Surveillance grandes banques prend une fonction «transversale» en matière de gestion des risques. Ce groupe surveille les modèles internes de calcul des exigences de fonds propres ainsi que la gestion des risques de liquidités. De plus, ce groupe a procédé à un nouveau type de simulation de crise de concert avec la BNS et à des analyses de pertes qu'essuieraient potentiellement les deux grandes banques[414]. Chacune des trois dimensions constitue un filtre («Problemfilter») qui doit permettre que, pour chaque banque, un problème soit identifié dans au moins une des trois dimensions de surveillance.

2.9.4.2 Projets en cours en matière de surveillance

Objectifs stratégiques de la FINMA (en cours de mise en œuvre, pour les trois prochaines années)

Le 30 septembre 2009, la FINMA a présenté ses sept objectifs stratégiques[415] pour les années 2010–2012, approuvés par le Conseil fédéral, qui permettent de concrétiser le mandat législatif attribué à la FINMA. Ces domaines thématiques constituent la base d'initiatives et de projets concrets qui devront être mis en application ces trois prochaines années. Tous ces objectifs stratégiques ont en commun de viser à améliorer la protection des clients. La mission principale de la FINMA consiste à protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés et constitue donc le fondement de son activité de surveillance. Parmi les objectifs, on peut notamment citer les trois domaines suivants[416]:

- *Réduction des risques systémiques:* la FINMA, en étroite collaboration avec la BNS, s'efforce de réduire les risques systémiques. Il s'agit d'améliorer la résistance en cas de crise du système financier suisse et des établissements financiers qui le composent sans devoir recourir à l'aide de l'Etat. En accord avec les prescriptions internationales, il faut étudier la manière de structurer les établissements exerçant une fonction systémique importante, de telle sorte qu'en présence de conditions de marché difficiles, on puisse envisager leur réorganisation et la vente de certaines de leurs entités.
- *Accroissement de l'efficacité et de l'efficience de la surveillance:* l'application conséquente d'une approche basée sur les risques constitue aux yeux de

413 Réponses écrites du responsable du Service Grandes banques de la CFB aux questions des CdG du 30.10.2009, p. 3.
414 FINMA, Simulations de crise: information de la FINMA, Communiqué de presse du 2.10.2009.
415 Les sept objectifs sont les suivants: réduction des risques systémiques et de la complexité; meilleure protection de la clientèle; resserrement et optimisation de la réglementation; accroissement de l'efficacité et de l'efficience de la surveillance; mise en place d'une surveillance des marchés adéquate et d'une exécution efficace des procédures; positionnement en faveur de la stabilité internationale et de l'interdépendance étroite des marchés; renforcement de la FINMA en tant qu'autorité. Les objectifs sont disponibles sous www.finma.ch.
416 FINMA, Objectifs stratégiques de la FINMA, p. 4 ss.

la FINMA un élément essentiel à cet égard, dans tous les domaines de surveillance. La FINMA analyse les approches et instruments de surveillance existants et les complète pour permettre une application conséquente de la surveillance axée sur les risques. L'élaboration de nouveaux indicateurs et de meilleurs mécanismes de collecte des données, de même que le recours ciblé à des sociétés d'audit et à des chargés d'enquête, doivent garantir que la FINMA reste une autorité flexible, dotée d'une structure légère.

– *Renforcement de la FINMA en tant qu'autorité:* la FINMA doit se caractériser par des structures de gestion et d'exploitation transparentes, des relations publiques ciblées et l'application conséquente du droit de surveillance (*enforcement*). Elle doit également être renforcée en tant qu'autorité, notamment en développant ses ressources en personnel ponctuellement et de manière ciblée (elle les complètera en particulier par des personnes ayant l'expérience des fonctions de direction dans la gestion financière et des risques). A condition que ses tâches de surveillance ne fassent pas l'objet d'une extension, l'effectif en personnel de la FINMA n'excédera pas 400 collaborateurs à moyen terme.

Coopération internationale avec les autorités de surveillance étrangères

Dans son rapport annuel, la FINMA mentionne différentes activités dans le domaine de la coopération internationale. Ces dernières se déroulent entre les autorités de surveillance, mais aussi au niveau opérationnel. Afin d'être informée sur les évolutions majeures des marchés financiers et des systèmes de surveillance de ses interlocuteurs, la FINMA a lancé en 2009 un suivi par pays qui lui permet d'identifier les éventuelles actions à mener et de définir des objectifs[417].

Selon la FINMA, des instances internationales comme le FSB incitent les autorités de surveillance des marchés financiers du monde entier à mieux coordonner entre elles la surveillance des groupes et conglomérats qui opèrent à l'échelon international, et à collaborer plus étroitement encore. Pour une trentaine de grands établissements financiers complexes, le FSB prévoit des *Supervisory Colleges* dont la mission est de coordonner la surveillance avec les pays concernés et de faciliter les échanges d'informations entre autorités. A la suite de l'expérience positive dans le domaine des assurances[418] et afin de mettre en œuvre sa politique, la FINMA va aussi instaurer des *Supervisory Colleges* dans le domaine de la surveillance bancaire. A propos des deux grandes banques, elle organise désormais une réunion annuelle de toutes les autorités de surveillance étrangères qui revêtent une importance particulière pour le groupe concerné ou pour la FINMA. Ces *Colleges* étendus viennent compléter la coopération transfrontière pratiquée jusqu'ici en matière de surveillance bancaire, laquelle reposait principalement sur des réunions bilatérales et, pour les deux grandes banques, sur des rencontres trilatérales régulières avec les autorités de surveillance américaine et britannique[419].

417 FINMA, Rapport annuel 2009, p. 35.

418 Depuis 2008, la FINMA a mis en place des *Supervisory Colleges* (mondiaux) pour des groupes d'assurance suisses actifs sur le plan international. Les *Supervisory Colleges* ont pour objectifs d'échanger des informations sur les groupes et leurs différentes entités, ainsi que d'établir des relations de confiance entre les autorités de surveillance concernées. Cette collaboration permet de mieux connaître les groupes d'assurance sur un plan stratégique, organisationnel et financier. FINMA, Rapport annuel 2009, p. 38.

419 FINMA, Rapport annuel 2009, p. 38.

Politique de la FINMA en matière d'*enforcement* (en cours de mise en œuvre)

Le 17 décembre 2009, la FINMA a concrétisé son objectif stratégique «Mise en place d'une surveillance des marchés adéquate et d'une exécution efficace des procédures» au moyen d'une politique en matière d'*enforcement*[420]. Par *enforcement*, la FINMA entend l'enquête forcée visant à établir les faits, en cas de soupçons portant sur des irrégularités ou des abus, ainsi que l'application imposée des lois sur la surveillance des marchés financiers. En cas d'infraction, la FINMA ordonne les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal (au besoin, par des décisions susceptibles de recours) ou décrète des sanctions à l'encontre des irrégularités constatées[421].

Actualisation des circulaires de la FINMA concernant le recours aux sociétés d'audit (actualisation et harmonisation 2010 en cours)

Les systèmes de surveillance dualiste et directe prévoient tous deux le recours aux sociétés d'audit. Selon son rapport annuel, la FINMA analyse actuellement ce recours afin de déterminer s'il y a éventuellement lieu de le redéfinir. Ce projet vise à ce que, dans le système de surveillance dualiste, l'intervention des sociétés d'audit soit encore mieux adaptée à la situation et aux risques. Il s'agit en l'occurrence de renoncer au système de surveillance dualiste de façon ciblée, lorsque cela est pertinent. Les circulaires émises par les autorités antérieures à la FINMA constituent toujours la base principale du système de révision. Elles doivent être actualisées et harmonisées en 2010[422].

2.9.5 Appréciations, par des experts, des enseignements tirés de la crise par les autorités suisses

2.9.5.1 En matière de réglementation

Réglementation bancaire

Selon les experts Tille et Wyplosz mandatés par les CdG, la Suisse est relativement bien positionnée dans les processus de réforme établis suite à la crise financière. La BNS et la FINMA, en collaboration avec le DFF, ont proposé des nouvelles mesures de réglementation dès l'automne 2008. Les principales mesures – un renforcement des fonds propres, une limite à l'effet de levier et des rémunérations qui n'encouragent pas la prise de risque systématique – figurent de manière quasi identique dans les propositions de Bâle. Ceci indique selon Tille et Wyplosz une capacité de réaction et de décision supérieure aux autres autorités de surveillance et encourage les banques suisses à s'adapter tôt aux futures normes internationales.

Dans le même sens, Geiger[423] estime que la FINMA a introduit des changements aux niveaux de la réglementation des fonds propres et des modèles de rémunérations qui ont été mondialement reconnus comme étant des options à suivre.

420 FINMA, Politique en matière d'*enforcement* de la FINMA, 17.12.2009. Cf. également *Basel Committee on Banking Supervision, Good Practice Principles on Supervisory Colleges Consultative document*, mars 2010.
421 FINMA, Rapport annuel 2009, p. 19.
422 Ibid., p. 73.
423 Geiger, p. 11 ss.

Début 2010, le FSB a évalué auprès de ses membres le respect des principes qu'il a émis sur les systèmes de rémunération. Il a constaté que la Suisse, en comparaison internationale, se trouvait à un stade très avancé de la mise en œuvre de ces principes, et que des réglementations appropriées y étaient déjà en vigueur[424].

Dans les conclusions de son analyse de la situation de la Suisse en 2009, le FMI recommande à la Suisse d'améliorer ses dispositions concernant la garantie des dépôts bancaires, qui avaient déjà été révisées en 2008, afin d'assurer, en cas de faillite, un remboursement en temps voulu et une protection suffisante des déposants quelle que soit la taille de la banque[425]. Fin mars 2010, le FMI a déclaré qu'il soutenait les mesures prises jusqu'ici par la Suisse ainsi que les intentions de la BNS et de la FINMA concernant les exigences de fonds propres et la limitation du niveau d'endettement des grandes banques, les systèmes de rémunérations et le nouveau régime des liquidités[426]. Vu la taille de la place financière suisse, le FMI est d'avis que les exigences relatives à la dotation en capital et aux liquidités devraient continuer d'aller au-delà des normes internationales[427].

Too big to fail

En 2009, le FMI a souligné que les mesures prises par les autorités suisses avaient contribué à stabiliser le système financier; toutefois, en raison de la problématique du «*too big to fail*», il estimait que la surveillance et la régulation devaient encore être renforcées. Les normes en matière de capital et de liquidités devaient notamment être relevées dans le respect des exigences conclues sur le plan international, conformément à la décision des autorités de 2008[428]. Fin mars 2010, le FMI a rendu ses conclusions concernant son examen des travaux en cours de la Commission d'experts TBTF nommée par le Conseil fédéral; il a souligné qu'une fois que les nouvelles normes du Comité de Bâle auraient été approuvées, les autorités devraient s'assurer que des mesures suffisantes soient prises pour résoudre le problème du TBTF. En outre, il a estimé qu'il y avait lieu de prendre en considération d'éventuels changements dans l'organisation et la structure légale des grandes banques. Les améliorations dans ce domaine constitueraient un atout pour l'économie suisse et pour la réputation de la place financière suisse[429].

Selon Geiger, la problématique du TBTF ne peut pas être atténuée au moyen d'une surveillance accrue, mais plutôt grâce à une meilleure régulation. L'expert estime qu'il est urgent d'agir dans ce domaine[430].

Selon l'OCDE[431], même si l'édifice de la réglementation financière suisse a été considérablement amélioré durant la dernière décennie, des mesures supplémentaires doivent être prises pour mieux contenir les risques systémiques. Les normes pruden-

424 FSB, *Thematic Review on Compensation, Peer Review Report*, 30.3.2010, et DFF, Rapport d'évaluation du Conseil de Stabilité Financière sur les systèmes de rémunération: la Suisse se trouve à un stade très avancé, communiqué de presse du 7.4.2010.
425 *IMF, Switzerland – 2009 Article IV Consultation, Conclusions of the Mission,* 9.3.2009, pt. 16.
426 *IMF, Switzerland – 2010 Article IV Consultation, Conclusions of the Mission,* 23.3.2010, pt. 15.
427 DFF, Examen par le FMI: la Suisse a bien maîtrisé la crise, communiqué de presse du 23.3.2010
428 *IMF, 2009, Conclusions of the Mission,* pt. 4.
429 *IMF, 2010, Conclusions of the Mission,* pt. 16.
430 Geiger, 2009, p. 26 s.
431 OCDE, Etudes économiques de l'OCDE, Suisse, Volume 2009/20, p. 98.

tielles applicables aux deux plus grandes banques suisses vont devoir être plus rigoureuses que celles qu'observent en moyenne leurs concurrentes dans les autres pays. L'OCDE estime que, compte tenu des risques particuliers découlant d'une faillite bancaire potentielle de grande ampleur dans le contexte suisse, il faut veiller à ce que les ratios d'adéquation des fonds propres et de levier financier des deux principaux établissements soient fixés à un niveau proche des ratios les plus élevés effectivement observés dans les grandes banques internationales.

2.9.5.2 En matière de surveillance

Echange d'informations et coopération entre autorités de surveillance

Le FMI ainsi que les experts Geiger, Green, Tille et Wyplosz ont tous noté que des améliorations étaient nécessaires au niveau de la coopération internationale et de l'échange d'informations. Selon Geiger, la coopération internationale avec les autorités étrangères pendant la crise a échoué[432]. Green recommande d'intensifier l'échange d'informations avec les autorités de surveillance des autres pays et constate que, en complément des rencontres bilatérales, trilatérales et au sein de *Colleges*, il serait indiqué de collaborer directement et, sur un plus long terme, avec les autorités de surveillance étrangères lorsqu'il s'agit d'entreprises complexes (telles que les grandes banques)[433].

Coopération entre autorités suisses

En ce qui concerne la coopération entre les autorités suisses, plusieurs recommandations ont été émises après la crise financière, essentiellement à l'adresse de la BNS et de la FINMA. Conformément à son mandat, la BNS contribue à la stabilité du système financier, alors que la FINMA doit veiller au bon fonctionnement des marchés financiers. Selon le FMI, les surveillances microprudentielle et macroprudentielle se recoupent en raison du poids des deux grandes banques; il est donc nécessaire de définir plus clairement les responsabilités de la BNS et de l'autorité de surveillance. Geiger constate lui aussi que cette coopération mérite certaines adaptations réglementaires et que le besoin d'une surveillance macroprudentielle soulève des questions totalement nouvelles. En ce qui concerne les enseignements à tirer de la crise financière, Geiger recommande que la BNS soit habilitée à proposer des mesures à l'intention de la FINMA lorsqu'elle a des craintes concernant la stabilité financière[434]. Green suggère pour sa part d'intensifier la coopération quotidienne entre la FINMA et la BNS[435] et invite la Suisse à examiner si les relations entre le DFF et la FINMA/BNS ne devraient pas être davantage formalisées, comme c'est le cas dans d'autres pays[436].

Le FMI estime que le *MoU* entre la BNS et la FINMA constitue un pas dans la bonne direction. Il souligne également la nécessité de garantir que leurs mandats respectifs reposent sur un cadre légal (notamment en ce qui concerne la collecte d'informations et les possibilités d'action)[437].

432 Geiger, 2009, p. 12 s.
433 Green, 2010, p. 5 et 6.
434 Geiger, 2009, p. 24, également Green, 2010, p. 10.
435 Green, 2010, p. 10.
436 Ibid., p. 8
437 *IMF, 2010, Conclusions of the Mission,* pt. 18.

En ce qui concerne l'échange d'informations avec les autorités de surveillance d'autres pays, Green recommande de conclure des conventions analogues au *MoU* entre la FINMA et la BNS. Ces conventions peuvent être conclues entre le DFF et les ministères étrangers concernés par la gestion d'une crise. Cela permettrait de définir clairement qui est contacté par qui et quelles informations sont obtenues[438].

Selon les professeurs Tille et Wyplosz, la question de la collaboration entre autorité de surveillance bancaire et banque centrale est délicate. En période de crise, les deux autorités doivent avoir accès à la totalité des informations et elles doivent aussi agir dans le même sens. Pour les experts, il n'y a pas de solution parfaite. Attribuer la responsabilité à la banque centrale, comme en Allemagne ou en Espagne, garantit une coordination parfaite mais présente l'inconvénient de créer un risque potentiel de conflits d'intérêts: si la banque centrale échoue en tant que superviseur, elle se doit de «corriger» son erreur en tant que prêteur ultime; de plus, elle met en jeu sa crédibilité monétaire. En outre, la Suisse dispose avec la FINMA d'un superviseur unique indépendant, qui est le modèle adopté en Grande-Bretagne. Durant la crise financière, et vue de l'extérieur, la coordination entre les autorités suisses a bien fonctionné, à la différence de ce qui s'est passé en Grande-Bretagne.

Selon l'OCDE, la surveillance macroprudentielle doit se voir accorder une plus grande place et s'étendre à toutes les grandes composantes du système financier. Les rôles respectifs de la BNS et de la FINMA en matière de surveillance macroprudentielle devraient être précisés plus avant et être officialisés. Selon l'OCDE, conformément à son mandat légal lié à la stabilité du secteur financier, la BNS devrait prendre en charge le pilotage; elle devrait également élaborer des normes macroprudentielles et prendre publiquement position avec la FINMA, qui devrait rester l'organe de publication et de diffusion. La FINMA devrait être habilitée à imposer des sanctions administratives en cas de violations graves de ses réglementations[439].

Création de la FINMA et pratique de surveillance

C'est dans un contexte de crise que la FINMA a débuté ses activités le 1er janvier 2009. Mais sa création n'est pas une réponse à la crise, en effet, sa conception avait été réalisée bien avant.

De nombreux enseignements et recommandations aux autorités de surveillance ont été formulés par la FINMA elle-même, mais aussi par le FMI et d'autres experts. En 2009, le FMI a considéré que la mise en place de la nouvelle surveillance financière intégrée constituait une bonne occasion de renforcer davantage la surveillance financière. Selon lui, la FINMA doit développer un style de surveillance fort et renforcer sa coopération avec la BNS et les régulateurs étrangers. Le FMI propose de poursuivre le développement de l'approche dualiste en intensifiant l'examen sur le terrain par le personnel de la FINMA et en restant très attentifs aux éventuelles faiblesses des travaux délégués à des sociétés d'audit[440]. Selon Geiger, le processus de surveillance «mixte» et «dualiste» (surveillance par des sociétés d'audit au sens de la loi sur les banques, qui sont à leur tour surveillées par la FINMA, et surveillance complémentaire par la division Service grandes Banques de la FINMA) a montré l'étendue de ses limites lors de la crise financière. Il faut donc réexaminer entièrement la question globale des trois instances de contrôle «Révision interne de

438 Green, 2010, p. 5.
439 OCDE, Etudes économiques de l'OCDE, Suisse, Volume 2009/20, p. 98.
440 *IMF, 2009, Conclusions of the Mission,* pt. 17.

la banque», «Sociétés d'audit au sens de la loi sur les banques» et «Examen direct par la FINMA»[441]. En 2010, le FMI a salué le renforcement de la surveillance de la FINMA, estimant toutefois qu'elle pourrait encore gagner en efficacité. Il a précisé que la FINMA devrait accroître ses compétences de surveillance afin de procéder à des enquêtes sur le terrain de manière plus active. Enfin, il a estimé que la FINMA devait davantage assurer l'indépendance des sociétés d'audit externes, notamment en les rémunérant elle-même[442].

Pour l'OCDE, la dotation en personnel de la FINMA et ses autres ressources devraient continuer d'être révisées à brève échéance et régulièrement par la suite afin de déterminer si elles correspondent aux responsabilités de cette instance[443].

Green estime que les ressources en personnel de la FINMA sont modestes compte tenu de la complexité du système financier qu'elle doit surveiller; selon lui, il n'est pas exagéré de prévoir un préposé à la surveillance pour 10 000 employés dans le cas des grandes banques. Il y aurait lieu d'envisager un accroissement des effectifs au cas où la charge de travail augmenterait[444]. Green recommande en outre de confier à la FINMA la tâche de contribuer à la stabilité du système financier, sur le modèle de l'art. 5, al. 2, de la loi sur la BNS[445].

Selon Geiger, l'organisation et l'indépendance de la FINMA vis-à-vis du Conseil fédéral et, *de facto*, de l'Administration fédérale se sont affaiblies, notamment parce que le conseil d'administration doit soumettre ses objectifs stratégiques au Conseil fédéral pour approbation – ce qui n'est pas judicieux du point de vue de la stratégie de surveillance – et parce que le DFF peut avoir une influence sur la politique en matière de personnel. Il s'agit donc d'éliminer ces défauts, selon l'expert[446]. En ce qui concerne les instruments de surveillance prévus par la loi, Geiger recommande d'introduire des mesures échelonnées pour les cas allant de l'«état normal» au «risque d'insolvabilité» applicables à toutes les banques. Par ailleurs, il préconise de mettre en place une approche proactive afin d'améliorer l'efficacité de la surveillance. Enfin, il estime que la FINMA doit poser ses conditions plus rapidement et plus résolument et, en cas de non respect, imposer des sanctions[447]. Il s'agit, de manière générale, de renforcer l'autorité de surveillance dans son rôle de représentant – au même titre que la police – de la puissance publique[448]. Geiger conseille également de réorganiser la structure de direction de la FINMA sur le modèle de la BNS; les tâches de la FINMA ont en effet atteint un niveau de complexité tel qu'un organe accessoire comme le conseil d'administration se trouve dépassé sur le plan matériel[449].

441 Geiger, 2009, p. 12, p. 21 s.
442 IMF, *2010, Conclusions of the Mission,* pt. 17
443 OCDE, Etudes économiques de l'OCDE, Suisse, Volume 2009/20, p. 98.
444 Green, 2010, p. 23.
445 Ibid., p. 24.
446 Geiger, 2009, p. 14 s.
447 Geiger, 2009, p. 23.
448 Ibid., p. 25.
449 Ibid., p. 15 s. Pour davantage de détails concernant cette problématique et concernant le renforcement de l'indépendance de la FINMA, cf. également Green, 2010, p.12 ss.

2.10 Appréciations et recommandations

Dans ce chapitre, les CdG procèdent tout d'abord à l'appréciation des travaux préparatoires menés par les autorités suisses bien avant que la crise n'éclate (chap. 2.10.1), puis elles portent un regard critique sur la capacité de détection de la crise par la BNS et la FINMA ainsi que sur la pratique de surveillance (chap. 2.10.2). Le chapitre 2.10.3 s'attache à l'évaluation de la coordination et des mesures prises au cours de la crise par l'ensemble des autorités suisses. Les enseignements tirés de la crise font l'objet du chapitre 2.10.4. Les chapitres 2.10.5 et 2.10.6 traitent respectivement des appréciations centrales portées par les CdG quant aux bases d'information du Conseil fédéral et au pilotage effectué au cours de la crise financière par ce dernier.

2.10.1 Préparatifs des autorités relatifs à l'organisation de crise

Depuis la fin des années 90, la BNS, la CFB et l'AFF ont mené des réflexions sur les structures de coordination et de pilotage en cas de crise financière et, plus récemment, sur les options d'intervention en cas de faillite d'une grande banque suisse. Par conséquent, lorsque la crise financière s'est manifestée et que la question d'un soutien étatique à UBS s'est posée, les autorités suisses bénéficiaient d'une organisation de crise structurée, de réflexions avancées concernant des scénarios de crise d'une grande banque et d'une certaine expérience de collaboration. Par contre, les scénarios n'envisageaient pas une crise du système financier dans son ensemble. En outre, l'organisation de crise ne disposait pas de plans opérationnels; une décision de principe quant à un éventuel engagement financier de la Confédération pour sauver une grande banque n'existait pas non plus.

Parallèlement, la BNS et la CFB ont, dans leurs champs d'activités respectifs, adapté leur organisation aux défis posés par la concentration dans le secteur bancaire suisse et à la complexité croissante de l'activité des grandes banques. Elles ont aussi, pour ce faire, développé leurs contacts internationaux et ont acquis un statut respecté au sein de différentes institutions internationales.

Les travaux relatifs à la nouvelle loi sur la surveillance des marchés financiers témoignent aussi de la volonté de s'adapter à l'évolution du secteur financier suisse.

Ces éléments dénotent la prise de conscience des risques croissants liés à la taille des deux plus grands établissements bancaires suisses, à la complexité de leurs activités et à l'importance de la place financière dans l'économie nationale.

Dès lors, les CdG relèvent que les autorités helvétiques ont perçu ces risques et pris des mesures préparatoires. Les CdG ne doutent pas que les structures mises sur pied ont offert un cadre propice à la collaboration et à la définition du train de mesures en faveur de la stabilité du système financier, quand bien même des plans opérationnels n'avaient pas encore été élaborés.

Alors que l'organisation de crise prévoit le moment – lors d'une implication probable de la Confédération – auquel le DFF prend la direction des affaires, les CdG constatent que l'organisation de crise ne prévoit pas de rôle ou de modalités spécifiques en ce qui concerne l'implication du Conseil fédéral. Pour autant que les CdG

aient pu le constater, le Conseil fédéral n'a, à aucun moment, mené une réflexion sur son rôle, en particulier sur la nécessité ou l'opportunité de son implication dans une phase antérieure à la prise de décision relative à un éventuel train de mesures. Pour les CdG, il est cependant absolument nécessaire que le Conseil fédéral soit impliqué dans une telle structure. Une crise financière et économique peut avoir des conséquences graves sur la société, les citoyens et la sécurité du pays. Les CdG ne comprennent donc pas que le Conseil fédéral n'ait pas été intégré dans le dispositif d'organisation de crise et que, finalement, son rôle se soit réduit à celui de «dernier décideur» de mesures à l'élaboration desquelles il n'avait pas participé.

Recommandation 1

Les CdG invitent le Conseil fédéral à définir son rôle et son implication pour toute organisation de crise. Pour ce faire, le Conseil fédéral définit à partir de quand et comment il doit être informé et activement impliqué dans la gestion et le suivi d'une crise.

2.10.2 Actions et compétences des autorités en matière de détection précoce, pratique de la surveillance

Bien avant que la crise n'éclate, la BNS et la CFB ont fait part de préoccupations (notamment dans leurs rapports de gestion) au sujet de la croissance du bilan des grandes banques, de leur gestion des risques ou encore, pour la CFB, de la problématique des fonds propres insuffisants. D'autres acteurs, dont le plus notable est la Banque des règlements internationaux, ont été plus précis dans leurs avertissements et ont mis en évidence les dangers liés directement au marché hypothécaire américain qu'elle considérait comme une bombe à retardement, selon ses propres termes.

Malgré ces indices pertinents, et au vu des événements, les CdG considèrent que les autorités suisses ont échoué dans la détection de la crise, tout comme la plus grande partie des autorités à l'échelle mondiale. La question du «*too big to fail*» n'était pas encore posée véritablement ou pour le moins ne suscitait pas de débat. Cela peut s'expliquer en partie par les résultats (bénéficiaires) historiques des deux grandes banques qui ne laissaient à l'époque que peu de place au doute concernant leur santé financière ou la qualité de leurs options stratégiques.

Les CdG estiment aussi que les autorités se sont trop facilement satisfaites de leurs premiers constats. L'incapacité à détecter suffisamment tôt une crise d'une telle ampleur soulève en outre de nombreuses questions sur la pertinence des objectifs et des instruments de la surveillance des marchés financiers. La CFB a certes indiqué dans ses rapports de gestion, ainsi que dans le cadre de la coopération internationale, l'importance d'une gestion des risques efficiente. Elle doit cependant se reprocher de n'avoir pas mis en œuvre concrètement ses connaissances dans sa pratique de surveillance, en particulier celle d'UBS. Elle a notamment omis de procéder à des clarifications approfondies en la matière, et même de prévoir des exigences concernant les risques juridiques ou de réputation et ceci malgré le fait que la structure de risque d'UBS aurait dû susciter de nombreuses questions.

Aux yeux des CdG, ces constats d'échec nécessitent des améliorations importantes, car la Suisse est dépendante de la santé des deux plus grands établissements ban-

caires du pays, et particulièrement sensible dans ce domaine. La taille exceptionnelle – notamment en comparaison avec d'autres Etats – de son secteur bancaire ainsi que sa concentration tout aussi particulière imposent à la Suisse de ne pas être «moyenne» en matière de détection de crise et de surveillance, mais au contraire, d'être en tête aussi bien dans le domaine de la détection précoce, des réformes sur la scène internationale, que de la mise en œuvre des meilleures pratiques (*best practices*) en matière de surveillance bancaire.

Selon les CdG, les principales difficultés auxquelles sont confrontées les autorités suisses pour détecter à temps les crises des marchés financiers sont liées 1. à la dépendance de la CFB/FINMA aux informations transmises par d'autres organes (banques, banque centrale, organes de révision, agences de notation), 2. au manque de suivi apporté à leurs propres critiques ou observations, en particulier celles provenant de la CFB et 3. du manque d'esprit critique de l'ensemble des autorités impliquées.

1. L'examen de la surveillance des grandes banques pratiquée par la CFB au cours de la crise financière a mis en évidence une très grande dépendance envers les informations transmises par d'autres organes, en particulier par les grandes banques. L'aperçu de la situation dont disposait la CFB était plus ou moins identique à celui de la banque. Cette dépendance est préoccupante aux yeux des CdG. La dépendance s'illustre également par la confiance historique accordée tant par la BNS, la CFB que par les banques elles-mêmes aux évaluations des agences internationales de notations qui avaient jugé au mieux (triple A) les positions qui se sont avérées pour le moins risquées – étant donné leur dénomination d'actifs toxiques. La véracité de ces évaluations n'a jamais été mise en doute, que ce soit en Suisse ou à l'étranger.

   Pour les CdG, il est donc nécessaire d'examiner les possibilités de doter la FINMA d'une plus grande capacité à mener des enquêtes autonomes et concluantes auprès des grandes banques et autres instituts majeurs sujets à sa supervision, afin qu'elle soit en mesure de vérifier des informations qui lui paraissent insuffisamment fondées ou d'identifier des failles cachées.

2. Les CdG déplorent d'une part que les indices identifiés – évoqués aux chapitres 2.3.1 et 2.3.2 – par la BNS et la CFB n'aient pas fait l'objet d'une attention plus suivie, et d'autre part que les observations critiques de la CFB vis-à-vis des sociétés d'audit ainsi qu'à l'égard d'UBS n'aient pas conduit plus rapidement à des mesures concrètes.

3. Si les CdG comprennent que la FINMA doit pouvoir se baser sur des informations externes, elles attendent néanmoins de l'autorité de surveillance qu'elle fasse preuve d'un esprit critique plus développé dans le traitement des informations dont elle dispose et qu'elle s'assure à temps de leur bien-fondé. Les CdG considèrent même ces tâches comme étant au cœur des activités d'une autorité de surveillance. Elles estiment que le superviseur doit notamment être en mesure de comparer de manière critique ses différentes sources d'informations, que celles-ci proviennent des banques, de la BNS ou encore des organes internationaux. Il convient aussi de comparer les informations provenant des différentes banques surveillées, ce qui a été fait de manière insuffisante dans la phase de détection de crise.

Au regard de ces constats, les CdG concluent, d'une part, qu'une clarification et une définition plus précise des objectifs permettront de disposer d'exigences claires et réalistes par rapport aux rôles et responsabilités des autorités et, d'autre part, qu'une analyse de l'organisation, des moyens et des instruments doivent en résulter pour permettre aux autorités de faire face au poids des grandes banques et des autres instituts à surveiller, ainsi qu'aux enjeux en termes de stabilité financière et économique que ces institutions représentent.

Les CdG contestent la conclusion du Conseil fédéral dans son rapport du 12 mai 2010[450] selon laquelle il n'est plus nécessaire de légiférer en la matière.

Recommandation 2

Les CdG invitent le Conseil fédéral à évaluer et à proposer – d'entente avec la FINMA et la BNS – les changements législatifs adéquats permettant d'une part de fixer des objectifs pertinents et précis aux autorités chargées de la surveillance des marchés financiers ou de la stabilité financière de la Suisse et d'autre part, de leur confier les compétences nécessaires à l'atteinte des objectifs.

Au vu des expériences et de certaines pratiques qui se sont avérées efficaces à l'étranger (par exemple le placement de collaborateurs de l'autorité de surveillance directement dans les établissements bancaires), les CdG sont convaincues que la pratique de surveillance suisse doit encore évoluer. La FINMA doit en particulier concrétiser rapidement ses objectifs stratégiques définis en septembre 2009.

Recommandation 3

Les CdG invitent le Conseil fédéral à évaluer les mesures prises par la FINMA pour améliorer ses instruments de surveillance et sa pratique, et à présenter un rapport d'ici mi-2012.

Selon les CdG, la BNS et la FINMA doivent diversifier davantage leurs sources d'information. Il existe en effet un risque que les voix plus critiques ne soient pas suffisamment prises en considération, alors qu'elles constituent des sources essentielles de réflexions et d'indices en matière de détection. Les CdG sont convaincues que la BNS et la FINMA doivent éviter ce cloisonnement (*groupthink*) et développer les contacts, structures ou canaux d'informations adéquats pour combler ce manque. La BNS et la FINMA doivent à l'avenir disposer de liens établis et institutionnalisés, avec des experts indépendants.

450 DFF, Enseignements de la crise financière pour la surveillance des marchés financiers, communiqué de presse du 12.5.2010.
Conseil fédéral, Rôle joué par l'autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l'avenir, Rapport du 12.5.2010 en réponse au postulat David (08.4039) et à la motion CER-N (09.3010).

Recommandation 4

Les CdG invitent le Conseil fédéral à prendre – d'entente avec la FINMA et la BNS – les mesures nécessaires pour réduire au maximum les risques liés au cloisonnement *(groupthink*).

Selon les CdG, la détection précoce exige de la part des autorités une coordination optimale au niveau de l'échange d'informations. La stabilité du système financier suisse est fortement dépendante de la qualité de la surveillance des banques. Inversement, la surveillance des banques est aussi fortement dépendante de la qualité des analyses sur la stabilité des systèmes financiers suisse et internationaux. Ainsi, une collaboration soutenue, étroite et régulière, entre la BNS et la FINMA est une condition indispensable et essentielle pour que la stabilité du système financier soit assurée et que la surveillance des banques soit efficace.

Les CdG ont pris connaissance avec satisfaction de la révision du *MoU* entre la FINMA et la BNS, qui vise à renforcer leur collaboration dans le domaine de la stabilité financière. Selon les CdG, il conviendra aussi de vérifier – au plus tard dans une année – l'apport du nouveau Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales en la matière, et ceci dans le respect de l'indépendance de la BNS et de la FINMA.

Recommandation 5

Les CdG invitent le Conseil fédéral à prendre les mesures nécessaires à la clarification du rôle et des compétences des différentes autorités, ainsi qu'à la transparence et à l'optimisation des processus de décision. Pour ce faire, la BNS et la FINMA sont étroitement impliquées dans l'élaboration des propositions et des mesures. Ces améliorations doivent permettre une collaboration optimale entre la BNS, la FINMA et le DFF.

Les CdG constatent qu'au sein même de la CFB, les échanges d'informations entre les personnes s'occupant de la surveillance d'UBS et celles s'occupant de la surveillance du Credit Suisse ont été clairement insuffisants.

Recommandation 6

Les CdG invitent le Conseil fédéral à vérifier d'ici 1 an l'adéquation des processus et de la nouvelle organisation de la FINMA de manière à ce qu'ils permettent une communication de qualité entre ses services et un échange d'informations.

2.10.3 Coordination et actions menées par les autorités au cours de la crise

Conformément à son mandat légal, la BNS est intervenue sur différents plans pour remplir sa tâche relative à la stabilité financière. Dans un premier temps, dès août 2007, elle a mis à disposition des volumes importants de liquidités sur les marchés afin de pallier au risque d'assèchement des marchés interbancaires. Ensuite, par diverses mesures comme l'adaptation de sa politique monétaire par une baisse rapide des taux à la fin 2008, la BNS a fait face aux différents risques liés à la crise financière. Finalement, elle est intervenue massivement en faveur d'UBS par la reprise d'actifs illiquides et a contribué ainsi de manière décisive au rétablissement de la confiance envers cette banque. Dès le déclenchement de la crise, la gestion, les mesures prises par la BNS et sa coordination avec les autres banques centrales ont été efficaces et de grande qualité selon les CdG.

Dès l'éclatement de la crise, la CFB a fait recours à différentes mesures telles que le monitoring renforcé des grandes banques, l'augmentation rapide des exigences minimales en matière de fonds propres, une adaptation de sa méthode de surveillance et différentes exigences spéciales imposées aux grandes banques en difficulté. La CFB a également restructuré son service chargé de la surveillance des grandes banques et suivi UBS et Credit Suisse de manière régulière. La CFB a analysé une très vaste quantité d'informations et est intervenue auprès des grandes banques sur des questions aussi diverses que la gestion des risques, la dotation en fonds propres, la vente d'actifs jugés problématiques ou le personnel dirigeant. La préparation du train de mesures a représenté le point culminant de la crise et a également exigé de la CFB un engagement important non seulement dans sa participation à l'établissement des options d'interventions étatiques, mais aussi dans la mise à disposition régulière d'informations sur l'état de situation complet d'UBS. C'est sur cette base notamment que la BNS a pu exécuter le transfert d'actifs illiquides d'UBS vers le fonds de stabilisation.

Le DFF a effectué un suivi de la situation et s'est fortement impliqué au printemps 2008 dans le cadre de l'élaboration des options d'intervention. Puis, en septembre 2008, lorsqu'une intervention étatique s'est avérée probable, pour ensuite devenir inévitable en l'espace de quelques jours, le président de la Confédération, la cheffe suppléante du DFF et la cheffe du DFE ont finalisé avec l'AFF, la BNS et la CFB le train de mesures avant de le soumettre à la décision du Conseil fédéral pour ce qui relevait de la participation de la Confédération. L'appréciation de la gestion au niveau du DFF et du Conseil fédéral sera effectuée dans le chapitre 2.10.6.

Les CdG partagent les constats des organisations internationales – tels que le FMI ou l'OCDE – ainsi que des experts mandatés tant par le Conseil fédéral que par les CdG selon lesquels les mesures prises par les autorités suisses ont été adéquates compte tenu des effets positifs qu'elles ont engendrés sur la stabilité financière et économique du pays.

Pour les CdG, ces mesures ont été prises au moment opportun, elles ont par ailleurs été efficaces, adaptées à la situation et financièrement supportables pour la Confédé-

ration[451]. Les CdG relèvent aussi l'implication et l'excellente réputation des autorités suisses au sein des organes internationaux, avant, pendant et après la crise.

2.10.4 Enseignements à tirer de la crise par les autorités

Les nombreuses interventions parlementaires à l'échelle nationale tout comme les non moins nombreuses discussions à l'échelle internationale illustrent la volonté et la nécessité de tirer les enseignements de la crise.

Les CdG relèvent que, deux ans après l'aggravation de la crise financière qui a mené les autorités suisses à développer des options d'intervention en cas de faillite d'UBS (mars 2008), la fenêtre d'opportunité pour mener les réformes adéquates se referme. Si les problématiques de la politique salariale et des bonus des grandes banques, de la surveillance des banques, de la stabilité financière ainsi que celles posées par les banques trop grandes pour faire faillite (*too big to fail*) ont été reconnues, il reste à concrétiser les mesures pour les mettre en œuvre rapidement. Ces chantiers ne peuvent souffrir aucun retard selon les CdG.

Recommandation 7

Les CdG invitent le Conseil fédéral à étudier de manière exhaustive l'ensemble des recommandations émises par les experts Geiger et Green[452] qu'il a lui-même mandatés et qu'il rapporte d'ici fin 2010 sur le traitement qu'il leur réserve.

2.10.5 Bases d'information du Conseil fédéral

Entre décembre 2007 et avril 2008, le Conseil fédéral n'est pas informé au sujet des préparatifs élaborés par le DFF, la BNS et la CFB, alors qu'il s'agit du moment-clé de l'intervention du DFF. En effet, à cette période, UBS connaissait des pertes massives (à la fin du 3e et surtout du 4e trimestre 2007), l'organisation de crise avait été activée et suite à l'alerte émise par la BNS et la FINMA, le DFF s'était alors fortement impliqué dans l'élaboration des options d'intervention.

451 Pour la Confédération, l'exercice s'est soldé par un bénéfice de 1,2 milliards de francs. Pour la BNS, le fonds de stabilisation prévoyait la reprise d'instruments financiers à UBS pour un montant maximal de 60 milliards de dollars. En février 2009, UBS et la BNS ont décidé conjointement de réduire le total des actifs et des passifs repris, le portant à 38,7 milliards de dollars. En 2009, plusieurs positions reprises ont pu être vendues. Le produit correspondant ainsi que les remboursements sur les titres et les intérêts reçus ont permis de rembourser une partie du prêt de la BNS, qui a passé à 17,7 milliards de dollars à la fin du premier trimestre 2010 (BNS, Rapport de gestion 2009, p. 164; BNS, rapport intermédiaire au 31.3.2010; communiqué de presse du 14.5.2010,).

452 Geiger Hans, Expertengutachten über das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise zuhanden der Eidgenössischen Finanzverwaltung, 31.12.2009. (rapport public) Green David, *The Conduct of Financial Supervision during the Financial Crisis. Expert advice for the Federal Finance Administration*, janvier 2010. (rapport public)

Conséquemment, les CdG sont arrivées aux deux conclusions suivantes:

- le chef du DFF était bien informé de la part de l'AFF, de la BNS et de la CFB, mais il n'a pas suffisamment informé le Conseil fédéral, en justifiant cela par sa crainte d'indiscrétions (impact sur la bourse). C'est pourquoi, le chef du DFF a mené la gestion de ce dossier de manière individuelle, sans vouloir impliquer le Conseil fédéral;
- les membres du Conseil fédéral se sont satisfaits de cet état de fait et ne se sont pas suffisamment informés. Ils n'ont pas assumé leurs responsabilités.

Si la logique d'une politique de communication très restrictive de la part du chef du DFF peut encore être comprise au vu de la nature très sensible des informations et des conséquences graves que leur *publicité* provoquerait, les CdG sont particulièrement interpellées par le fait que le Conseil fédéral ne puisse pas travailler dans un climat de confiance et de confidentialité (la décision relative à ne pas mentionner les discussions concernant l'objet «crise financière» dans les procès-verbaux du Conseil fédéral est symptomatique de cet état de fait). Les CdG estiment que la stabilité du pays voire même sa sécurité ne peuvent pas être mises en péril par le simple fait que les sept plus hauts dirigeants du pays n'aient pas la capacité de conserver une information confidentielle au sein du collège qui les réunit.

Les CdG estiment nécessaire que le Conseil fédéral prenne toutes les mesures utiles et nécessaires à assurer la confidentialité et la traçabilité de ses séances[453].

2.10.6 Pilotage de la crise financière

Jusqu'en janvier 2008, date à laquelle la BNS et la FINMA alertent le chef du DFF de la situation, ce dernier respecte leurs compétences respectives, considérant que c'était à elles d'agir. Puis, jusqu'à la connaissance en septembre 2008 qu'une aide à UBS était absolument nécessaire, la gestion de la crise est entre les mains du chef du DFF. Durant cette période, le Conseil fédéral et sa délégation aux affaires économiques ne sont pas impliqués, et peu ou pas informés et ce, malgré la situation identifiée comme grave dès janvier 2008.

En avril 2008, la cheffe du DFE est consultée au sujet des options d'intervention, élaborées par le DFF, la BNS et la CFB, compte tenu des conséquences économiques que pourrait avoir la faillite d'une grande banque. D'après la cheffe du DFE, le président de la Confédération aurait aussi été orienté. Il apparaît aux CdG que les membres du Conseil fédéral disposant de cette information auraient dû informer le collège dans son entier.

Entre avril 2008 et septembre 2008, soit durant cinq mois, le Conseil fédéral ne traite pas de la crise financière. Les CdG considèrent qu'à ce moment-là, le chef du DFF privilégiait une solution sans intervention directe de l'Etat, ce qui semblait justifier à ses yeux une information limitée voire nulle au Conseil fédéral.

Les CdG considèrent par conséquent qu'avant septembre 2008, le Conseil fédéral n'a effectué aucun pilotage de la crise financière.

Dès le 21 septembre 2008, le Conseil fédéral a été davantage impliqué car la situation d'UBS et l'absence du chef du DFF l'exigeaient. Le président de la Confédéra-

453 Cf. chap. 3.6.5.1.1 (motion 2).

tion a dès ce moment conduit l'intervention de la Confédération avec notamment la cheffe du DFJP qui a assuré pleinement sa fonction de suppléante du chef du DFF.

Les CdG relèvent que la stratégie suivie par le président de la Confédération – à savoir mobiliser la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques afin d'assurer une décision positive du Conseil fédéral relative au train de mesures – a fonctionné. Toutefois, une délégation du Conseil fédéral a pour fonction de préparer un sujet en vue de son traitement au Conseil fédéral; pour les objets de grande importance, comme celui de la crise financière, elle ne doit pas servir à court-circuiter le processus décisionnel du Conseil fédéral, ce qui revient selon les CdG à vider le collège de sa responsabilité collective.

Les membres du Conseil fédéral ne faisant pas partie de la délégation ont critiqué la procédure choisie. Les CdG partagent cette critique. En effet, ces trois membres ont dû prendre une décision un jour après avoir pris connaissance de la proposition (portant sur un engagement de la Confédération de 6 milliards de francs impliquant de facto l'engagement de 60 milliards de dollars de la BNS).

De la même manière, la DélFin a dû approuver la décision du Conseil fédéral quelques heures après en avoir eu connaissance pour la première fois et un jour après avoir été convoquée. Les CdG estiment pourtant que la DélFin devrait disposer du temps adéquat pour la prise de connaissance d'un tel dossier.

Alors que les dirigeants du Credit Suisse ont été en partie informés du train de mesures, le 12 octobre 2008, il est particulièrement choquant que trois conseillers fédéraux aient été informés la veille de la décision et la DélFin le jour même, soit trois jours plus tard que le Credit Suisse. Les CdG ne peuvent ni comprendre, ni accepter cette manière de procéder.

Au vu de ce qui précède les CdG constatent que:

- le Conseil fédéral n'a pas piloté la gestion de la crise financière;
- le Conseil fédéral n'est intervenu que lorsqu'il devait prendre des décisions concernant le train de mesures, soit les 2 et 15 octobre 2008;
- le Conseil fédéral n'a pas mené de réflexions pour dégager des solutions en cas d'aggravation de la crise;
- le pilotage du Conseil fédéral est défaillant et ce malgré les recommandations répétées en la matière par les CdG lors de précédentes inspections[454];
- le Conseil fédéral ne semble pas disposer des moyens essentiels à un travail d'équipe lorsqu'une situation de crise l'exige.

454 Suivi de la réforme de l'administration (cf. rapport annuel 2008 des CdG et de la DélCdG des Chambres fédérales du 23.1.2009, FF **2009** 2215).
Affaire Tinner: gestion du dossier par le Conseil fédéral et légalité des mesures ordonnées, rapport de la DélCdG du 19.1.2009 (FF **2009** 4493).
Circonstances de la nomination de Roland Nef au poste de chef de l'armée, rapport de la CdG-N du 28.11.2008 (FF **2009** 3045).
Examen du fonctionnement des autorités de poursuite pénale de la Confédération, rapport de la CdG-N du 5.9.2007 (FF **2008** 1787).
Pilotage politique stratégique par le Conseil fédéral. Rapport du Contrôle parlementaire de l'administration, transmis et publié par les CdG des Chambres fédérales les 16/26.2.2010 (FF **2010** 2803).

Recommandation 8

Les CdG invitent le Conseil fédéral à mettre sur pied un système de pilotage en se fondant sur les recommandations des CdG faites lors de précédentes inspections concernant le pilotage (pilotage politique stratégique par le Conseil fédéral, affaire Tinner, nomination de Roland Nef, etc).

Recommandation 9

Les CdG invitent le Conseil fédéral à mettre sur pied, à son niveau, un système de veille et de détection précoce efficace concernant les crises.

3 Inspection II: Comportement des autorités en relation avec la transmission de données de clients d'UBS aux Etats-Unis

3.1 Introduction

3.1.1 Contexte

Dès février 2008, les autorités américaines ont exigé avec une insistance croissante la transmission immédiate de données de clients américains d'UBS qui auraient vraisemblablement commis des infractions au droit fiscal américain. Faute de quoi le département de la justice américaine menaçait de déposer une plainte pénale contre UBS aux Etats-Unis. Le 18 février 2009, pour prévenir la poursuite pénale d'UBS aux Etats-Unis et, afin de protéger la place financière suisse des conséquences d'une telle action en justice, la FINMA a ordonné la transmission immédiate aux autorités américaines d'un nombre limité de données relatives à des clients d'UBS. Jugeant qu'une procédure judiciaire risquait de menacer l'existence même d'UBS et aurait pu avoir de très graves répercussions sur le système financier suisse, elle a en effet estimé que cette mesure s'imposait à ce moment-là. Le Conseil fédéral avait auparavant (décembre 2008) mandaté la CFB pour prendre les mesures nécessaires afin de sauver UBS.

Bien que la transmission de données de clients ait permis d'éviter une procédure pénale à l'encontre d'UBS aux Etats-Unis, cette mesure ne remplissait pas toutes les exigences des Etats-Unis envers UBS, raison pour laquelle les pressions exercées sur la grande banque et sur la Suisse n'ont pas diminué et ont conduit, dans le courant de l'été 2009, à la révision de la convention de double imposition (CDI) entre la Suisse et les Etats-Unis ainsi qu'à la conclusion de l'accord au sujet de l'entraide administrative concernant UBS.

Le 18 février 2009, par sa décision obligeant UBS à transmettre aux autorités américaines des données relatives à ses clients, la FINMA est, dans les faits, intervenue dans le cours d'une procédure de demande d'entraide administrative que l'*Internal Revenue Service* (*IRS;* administration fiscale américaine) avait déposée auprès de l'Administration fédérale des contributions (AFC) en juillet 2008, rendant du même coup sans objet les procédures de recours alors pendantes auprès du TAF.

3.1.2 Objet de l'examen

Dans un tel contexte et conformément à leur mandat légal qui consiste à exercer la haute surveillance sur la gestion du Conseil fédéral, de l'administration fédérale, des tribunaux fédéraux et des autres organes ou personnes auxquels sont confiés des tâches de la Confédération[455], les CdG ont décidé d'examiner de manière approfondie le comportement des autorités suisses relativement aux événements qui, en février 2009, ont conduit à la décision susmentionnée de la FINMA obligeant UBS à transmettre des données relatives à ses clients aux autorités américaines.

Les CdG ont chargé leur groupe de travail de s'informer sur la manière dont les autorités suisses (Conseil fédéral et administration fédérale, CFB/FINMA) ont traité, de fin 2007 à début 2008, les demandes d'informations des autorités américaines (*Department of Justice* [*DOJ*]*, U. S. Securities and Exchange Commission [SEC], IRS)* visant des clients d'UBS. Dans l'accomplissement de cette tâche, le groupe de travail a également été invité à tenir compte du fait que, outre les autorités américaines et suisses, UBS a également été l'un des acteurs majeurs des événements sous enquête.

Les rôles assumés par les diverses autorités suisses, la coopération entre elles et la coordination de leurs travaux ont été au cœur de l'enquête. Dans cette inspection, une attention toute particulière a également été accordée au rôle et aux responsabilités du Conseil fédéral.

3.1.3 Période d'examen et structure du rapport

Mis à part quelques éléments de compréhension historique, la période retenue pour l'enquête commence en janvier 2001 avec l'entrée en vigueur du *Qualified Intermediary Agreement* (*QIA*) liant le fisc américain, c'est-à-dire l'*IRS*, aux banques étrangères, et se termine sur une année 2009 parsemée de différents événements qui ont fait suite à la transmission, le 18 février 2009, de données de clients d'UBS aux autorités américaines.

L'affaire des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis étant constituée dans sa durée de plusieurs rebondissements, le présent rapport comprend trois parties majeures. Les deux premières parties se fondent sur une approche descriptive et chronologique des faits, afin d'expliquer l'évolution de l'affaire, mais aussi pour présenter le rôle des autorités suisses concernées au fil de son évolution. Une troisième et dernière partie apprécie et présente des conclusions quant à la gestion par les autorités suisses du dossier concernant les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis.

La première partie commence par l'entrée en vigueur du *QIA* le 1er janvier 2001 aux Etats-Unis et s'étend jusqu'au 7 mars 2008, date à laquelle les autorités suisses concernées se sont réunies pour se faire présenter l'affaire des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis. La deuxième partie s'échelonne de la réunion des autorités suisses du 7 mars 2008 jusqu'à la transmission de données de clients d'UBS aux autorités américaines, le 18 février 2009. La dernière partie comprend les appréciations du comportement de chaque autorité suisse impliquée dans la

455 Voir art. 169 Cst. et art. 26 et 52 LParl.

gestion de ce dossier ainsi que les conclusions sur la base desquelles les CdG tirent des enseignements pour le futur.

3.2 Causes et développements de l'affaire des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis (2001 jusqu'au 7.3.2008)

3.2.1 Période de 2001 jusqu'à l'automne 2007

3.2.1.1 Convention de double imposition (CDI) de 1996

Les activités bancaires transfrontalières génèrent des revenus sous formes de rendements du capital qui peuvent être des dividendes ou des intérêts. Or, les Etats prélèvent des impôts sur ces sources de revenus. Ces activités transfrontalières peuvent aussi survenir suite à une succession ou un héritage géré dans un pays dont les rendements sont versés dans un autre pays. La question se pose quant à l'imposition de ces revenus, soit dans le pays où la banque est localisée, soit dans le pays étranger où réside le client de la banque. Si le client était imposé deux fois sur ses revenus provenant des activités bancaires transfrontalières – une fois dans le pays où la banque est localisée et une seconde fois dans le pays où le client réside – alors de telles activités transfrontalières ne seraient pas attractives et jugées trop coûteuses. Pour cette raison, la Suisse et les Etats-Unis ont mis en place en 1951 un accord pour éviter la double imposition. Cet accord portait la désignation officielle de «Convention du 9 juillet 1951 entre la Confédération helvétique et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions dans le domaine des impôts sur la masse successorale et sur les parts héréditaires», mais, de façon générale, l'expression plus simple de «convention de double imposition» (CDI) s'est imposée dans le language courant. La CDI définit les règles qui déterminent la résidence fiscale de sorte à ce que la personne ou l'entreprise ne soit pas imposée deux fois.

Dès 1980, la Suisse et les Etats-Unis avaient repris des négociations en vue d'une nouvelle CDI. Etant donné que les Etats-Unis occupaient le troisième rang pour ce qui était des exportations de la Suisse et le quatrième en terme d'importations, la question des impôts dans le cadre de la révision de la CDI était un aspect essentiel pour l'économie de la Suisse. C'est donc dans cette optique que la Suisse avait mené les négociations jusqu'en 1996. A l'époque, les autorités américaines souhaitaient que les autorités suisses acceptent une entraide administrative fournissant des données de clients pour tous les problèmes fiscaux. D'après les déclarations d'un représentant de l'AFC, les autorités suisses avaient cependant refusé cette demande. Par contre, elles avaient réussi à maintenir la mention d'une entraide fiscale pour les seuls cas de «fraudes et délits semblables[456]» qui existait déjà dans la CDI de 1951, mais ont dû faire des concessions sur des particularités du droit fiscal américain, qui en raison de leur moindre importance ne sont pas évoquées ici. Conclue le 2 octobre 1996, la nouvelle CDI entre la Suisse et les Etats-Unis[457] entrait en vigueur le 19 décembre 1997.

Dans le cadre de leur système fiscal, les Etats-Unis prélèvent des impôts à la source de 30 % sur les intérêts et dividendes générés par des titres américains, même si les

456 *Tax fraud or the like.*
457 RS **0.672.933.61**.

détenteurs ne résident pas aux Etats-Unis et ne sont pas de nationalité américaine (*Non-Resident Alien, NRA,* non-résidents étrangers). L'institut financier ou la banque responsable de cette retenue d'impôts se nomme «*U.S. Withholding Agent*[458]». Si un investisseur est domicilié dans un pays avec lequel les Etats-Unis ont signé une CDI, il peut faire valoir un dégrèvement de ses impôts. En outre, dans la plupart des cas, la retenue d'impôts à la source est réduite à 15 % pour les dividendes et à 0 % pour les intérêts. A part des cas spécifiques d'exception, aucun impôt à la source n'est prélevé sur les produits de la vente de titres américains pour les non-résidents étrangers. Toutefois, ce cadre législatif a évolué à la fin des années 90 vers un tournant qui nécessite quelques explications à la bonne compréhension de l'affaire touchant UBS.

3.2.1.2 Le *Qualified Intermediary Agreement* de 2001 (*QIA*)

A la fin de l'année 1997, l'*IRS* édictait de nouvelles règles pour développer le prélèvement de taxes sur les non-résidents étrangers et les annonces correspondantes. Ces nouvelles règles d'imposition strictes devaient avoir une incidence sur tous les dividendes et les intérêts de sources américaines, qui seraient imposés à partir du 1er janvier 2001. La raison principale de ce changement était de pouvoir mettre un terme aux abus très répandus dans le domaine des réductions d'impôts sur les dividendes offertes par les CDI. En effet, d'après les règles de l'époque, le dégrèvement de l'impôt dans le cadre d'une CDI se basait, conformément à la définition de la CDI concernant le domicile, sur la méthode de l'adresse. D'après cette méthode, la légitimité d'un dégrèvement des impôts américains à la source se jugeait uniquement en vertu de l'adresse du bénéficiaire du versement donnée dans le formulaire standard, adresse qui pouvait également être celle de la banque où le client conservait un dépôt ou un compte. Jusqu'alors, il suffisait d'une adresse dans un pays signataire d'une CDI avec les Etats-Unis pour pouvoir revendiquer un dégrèvement fiscal. De nombreux américains résidant aux Etats-Unis avaient par conséquent utilisé des adresses dans des pays signataires pour bénéficier des avantages de réductions fiscales, alors que dans l'esprit des dispositions légales américaines, de telles réductions fiscales ne leurs étaient pas destinées. Ces nombreux abus avaient donc conduit l'*IRS* à édicter des règles plus strictes.

Les nouvelles règles de l'*IRS*, dont l'entrée en vigueur était prévue au 1er janvier 2001, rehaussaient fortement les exigences en matière d'identification et de documentation. D'après ces nouvelles règles initialement envisagées, les non-résidents étrangers – *NRA* – ne pouvaient profiter d'une réduction d'impôts sous les CDI que si des données concernant leur identité étaient révélées aux *U.S. Withholding Agents*. Ces exigences d'annonce et de déclaration ont inspiré des réserves aux instituts financiers. Ainsi, à la fin des années 90, une délégation de l'*IRS* a mené des discussions avec les acteurs privés des places financières étrangères pour trouver une solution et faire des concessions sur sa méthode radicale d'imposition à la source.

La solution trouvée fut la suivante. En lieu et place des strictes exigences d'annonce et de divulgation proposées en 1997, l'*IRS* a établi le *Qualified Intermediary-System*

458 *U.S. Withholding Agent:* personne américaine ou étrangère qui a le contrôle, la réception, la garde, la disposition ou le paiement de chaque objet de revenu d'une personne étrangère qui est soumise à un prélèvement. www.irs.gov

(*QI-System*), entré en vigueur le 1er janvier 2001 avec la signature d'un *Qualified Intermediary Agreement* par les instituts financiers. L'idée de ce *QI-System* était de confier, sur la base d'un contrat entre l'*IRS* et des instituts financiers intéressés (banques, etc), la mission dont était chargé à l'origine le *U.S. Withholding Agent* à des instituts financiers étrangers, nommés *Qualified Intermediary* (*QI*). Ces derniers avaient l'obligation de connaître l'identité des clients pour lesquels des rendements de capitaux américains étaient versés. Par ce système, le *QI*, c'est-à-dire l'institut financier, assumait la responsabilité de classer les clients, selon les instructions de l'*IRS*, dans des catégories en fonction du domicile et de leur statut dans la CDI. L'institut financier reprenait également, le cas échéant, des devoirs d'annonce et de retenue d'impôts pour le compte de l'*IRS*. Par ce système, le dégrèvement de l'impôt sur les dividendes et les intérêts des titres américains ne pouvait s'appliquer à des ressortissants américains domiciliés à l'étranger qu'à la condition qu'ils se soient annoncés aux autorités fiscales américaines. Les personnes qui n'étaient pas des contribuables américains assujettis de façon illimitée et qui percevaient des dividendes ou des intérêts découlant de titres américains, ne pouvaient bénéficier du dégrèvement de l'impôt sans déclarer leur identité qu'à la condition que la banque ait signé un *QIA* avec l'*IRS* et que, sur cette base, elle documente les informations exigées sur les bénéficiaires de la CDI. En outre, ce système prévoyait également que des auditeurs externes contrôlent d'une part, si le *QI* mettait bel et bien en œuvre les règles de classement selon les catégories de clients et d'autre part, si les documentations exigées sur les clients existaient véritablement.

L'endossement de ce nouveau statut de *QI* avait également soulevé des questions quant à la position des instituts financiers opérant en Suisse, car ceux-ci devenaient en quelque sorte les bras de l'*IRS* sur territoire suisse. En effet, l'institut financier qui signait un *QIA* avec l'*IRS* endossait le statut de *QI* et de ce fait se substituait à l'*IRS* pour le prélèvement de taxes, tout en opérant sur territoire suisse. Afin de résoudre ce problème d'intervention sur territoire suisse de l'*IRS* par l'entremise du *QI*, le chef du DFF avait accordé, le 7 novembre 2000, une autorisation aux instituts financiers suisses afin de leur permettre de remplir leur rôle de *QI* pour le compte de l'*IRS*. Cette autorisation stipulait que l'endossement du statut de *QI* ne contrevenait pas à l'art. 271, ch. 1, CP[459]. Cet article interdit strictement toute intervention d'un autre Etat étranger sur le territoire suisse sans autorisation préalable.

Par ailleurs, ce nouveau cadre fiscal avait occasionné une autre procédure spécifique pour les instituts financiers suisses, puisqu'ils étaient tenus de respecter le droit suisse et plus spécifiquement le secret bancaire fiscal, ce dernier prônant la protection de la sphère privée. Par conséquent, afin de rester en conformité avec le *QI-System* et le droit suisse, les instituts financiers suisses devaient obligatoirement être en possession d'une autorisation des clients – soit des ressortissants américains, soit des résidents étrangers des Etats-Unis – voulant profiter du dégrèvement d'impôts, afin d'être en mesure de déclarer leur identité à l'*IRS*. Si les clients refusaient de donner cette autorisation, les instituts financiers suisses se voyaient alors dans l'obligation de renoncer à gérer des titres américains pour leur compte. Toutefois, les ressortissants américains et résidents étrangers des Etats-Unis qui étaient déjà clients avec des titres américains avant l'entrée en vigueur du *QIA* pouvaient maintenir leur identité secrète et garder leurs titres américains. Dans ce cas de figure, l'institut avec un statut de *QI* avait l'obligation d'annoncer de tels clients au moyen

459 Actes exécutés sans droit pour un Etat étranger, code pénal suisse; RS **311.0**.

d'un formulaire anonyme[460] et de prélever une taxe de retenue de 31 % sur les rendements de capitaux américains[461]. Par la taxation systématique de ces clients américains non déclarés, l'*IRS* souhaitait réduire sensiblement cette catégorie de clients qui détenaient encore des titres américains[462]. En fin de compte, l'objectif clairement affiché de ce système *QIA* était d'éviter les abus des CDI ou le «*Treaty Shopping*», d'interdire des investissements aux Etats-Unis par des ressortissants américains et résidents étrangers des Etats-Unis non déclarés à l'*IRS*, d'imposer correctement les revenus de sources américaines et d'externaliser la détermination des bénéficiaires légitimes du dégrèvement fiscal au titre de la CDI.

3.2.1.3 Développement des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis

Les activités bancaires transfrontalières d'UBS de la Suisse vers les Etats-Unis sont à différencier des activités des filiales d'UBS installées aux Etats-Unis. D'un côté, le 3 novembre 2000, UBS avait acquis la banque d'investissement américaine *Paine-Webber Inc.*, ce qui lui permettait d'entrer sur le marché de la gestion de fortune aux Etats-Unis. *UBS Paine Webber*, qui se nommera par la suite *UBS Wealth Management USA*, faisait alors partie des leaders aux Etats-Unis[463]. De l'autre côté, il y avait les activités bancaires transfrontalières d'UBS pour les Etats-Unis qui concernaient notamment trois bureaux d'UBS en Suisse, à savoir à Genève, Zurich et Lugano. Ces deux domaines d'activités d'UBS bien distincts ne travaillaient pas en commun; cependant, dans la suite de l'affaire, les difficultés rencontrées par les activités transfrontalières d'UBS avec les autorités américaines allaient aussi se répercuter, en raison des menaces répétitives du *DOJ,* sur la banque UBS installée aux Etats-Unis.

Le 31 mai 2000, le *Group Executive Board* d'UBS décidait que la banque se devait de demander le statut de *QI* auprès de l'*IRS*. Après que l'*IRS* eut reçu la requête d'UBS le 14 septembre 2000, le *QIA* a été signé par les parties les 26 juin et 5 juillet 2001, avec une entrée en vigueur rétroactive au 1er janvier 2001[464]. La signature de cet accord entre l'*IRS* et UBS a eu une incidence directe sur les activités bancaires transfrontalières basées en Suisse. Le nouveau statut de *QI* imposait à UBS – tout comme aux autres *QI* suisse – la prise en charge d'obligations diverses et étendues, notamment relatives à la documentation, aux annonces et aux tâches de retenue d'impôts. Ceci présupposait une remise à jour des modèles d'affaires afin de respecter les nouvelles règles édictées. Avant même d'avoir obtenu le statut de *QI*, un memorandum sur la mise en œuvre de ces règles en l'an 2000 ainsi qu'une analyse des risques afférents en 2001 avaient déjà été rédigés par UBS. Un point difficile avait notamment fait débat au sein de la banque: il s'agissait de la question de

460 Formulaire 1099 de l'*IRS*.
461 Rapport succinct de la FINMA du 18.2.2009 «Enquête de la CFB concernant l'activité transfrontalière de l'UBS SA avec des clients privés aux USA», p. 5–6.
462 La catégorie: *«non-W-9»*.
463 Chronologie des événements, UBS *cross-border*, 2000 (Chronologie relative aux affaires transfrontalières d'UBS).
464 Rapport de la CFB du 17.12.2008, *«*Zur Umsetzung des *Qualified Intermediary Agreement* und zu den grenzüberschreitenden Dienstleistungen in die USA durch die UBS AG*»*, p. 92. (De la mise en oeuvre du *Qualified Intermediary Agreement* et des services financiers transfrontaliers aux Etats-Unis par UBS SA) [trad.]

l'utilisation des *deemed sales rules* en tant que *QI*. Ces règles font parties de l'*US Treasury Regulations* et sont édictées par le Trésor américain. Elles concernent la définition d'une vente de titres sur le territoire américain et subséquemment son imposition. En effet, d'après ces règles, une vente qui est effectuée en dehors des Etats-Unis est considérée comme une vente réalisée aux Etats-Unis sous certaines conditions spécifiques[465].

Le problème se posait quant à savoir si ces *deemed sales rules* étaient aussi exigées d'un *QI*, car le *QIA* contenait des définitions pour les *reportable payments* (les paiements à rapporter) et *any other amounts paid inside the United States* (toute autre somme payée sur territoire américain). Il existait une conception selon laquelle des paiements se référant à des titres non américains tombaient également sous le terme de *reportable payments* et par conséquent stipulaient des annonces avec formulaire anonyme[466] et retenue d'impôts. UBS avait considéré ce point comme étant peu clair. Avant elle, la délégation des acteurs privés (instituts financiers privés) de Suisse, lors des négociations du *QIA* avec l'*IRS,* ne l'avait pas non plus approfondie, mais avait pris en compte le fait qu'une certaine marge d'interprétation était laissée ouverte concernant les obligations d'annonces de titres non-américains de citoyens américains et les implications des *deemed sales rules*[467].

Dans le but de rester en conformité avec le *QIA*, les *deemed sales rules* et d'autres restrictions de l'*U.S. Securities and Exchange Commission* (*SEC*), le domaine des activités transfrontalières d'UBS opérant de la Suisse vers les Etats-Unis avait adopté en 2002 un nouveau modèle d'affaire appelé le *Revised Business Model*. Ce dernier couvrait l'ensemble des clients américains qui ne voulaient pas se déclarer et qui détenaient encore des titres américains[468]. L'élément central de ce nouveau modèle d'affaire résidait dans la possibilité de conclure de manière généralisée des contrats de gestion de fortune avec les clients américains. D'après ce modèle, il était alors proscrit de prendre contact avec des clients américains résidant aux Etats-Unis afin de ne pas tomber sous les *deemed sales rules,* ni sous les *SEC Restrictions*. Ces restrictions de la *SEC* obligaient tout institut financier qui souhaitait offrir un service financier aux Etats-Unis à être enregistré auprès de la *SEC*. Un institut financier était considéré comme offrant un service financier aux Etats-Unis s'il utilisait les *US Jurisdictional Means*, c'est-à-dire courriel, fax, courrier, téléphone, Internet et les autres instruments de commerce interétatique. Pourtant, des points étaient restés peu

465 1. si le client a ouvert un compte auprès d'un bureau américain du courtier, dans notre cas UBS; 2. si les instructions de ventes du client ou en vue de cette vente viennent des Etats-Unis (poste, téléphone, transmissions électroniques); 3. si le produit brut de la vente du client est viré sur un compte aux Etats-Unis ou envoyé à une adresse américaine; 4. si la constatation de vente est envoyée au client à une adresse américaine; 5. si une filiale du courtier, dans notre cas UBS, coordonne la vente avec le client ou reçoit des instructions concernant la vente.

466 Formulaire 1099 de l'*IRS*.

467 Rapport de la CFB du 17.12.2008, «Zur Umsetzung des *Qualified Intermediary Agreement* und zu den grenzüberschreitenden Dienstleistungen in die USA durch die UBS AG», pp. 74–75. (De la mise en oeuvre du *Qualified Intermediary Agreement* et des services financiers transfrontaliers aux Etats-Unis par UBS SA) [trad.]

468 Tout contribuable soumis au droit américain et client d'UBS est soumis aux dispositions du *Qualified Intermediary Agreement* signé entre UBS et l'*IRS* le 1.1.2001. Sous le *QIA* le client a le choix de déclarer son identité sur la base du formulaire W-9 ou d'y renoncer (clients non-W-9). Dans ce dernier cas, il était possible de détenir des titres américains, mais le *QI* était obligé de prélever un impôt à la source (*Backup Withholding*). Comme cet impôt est très élevé, les banques recommandaient à leurs clients de vendre leurs titres américains.

clairs et l'Association suisse des banquiers avait fait remarquer qu'une obligation d'annoncer des ventes n'était pas nécessaire pour autant que le mandat de gestion était délivré en dehors des Etats-Unis et qu'aucune communication régulière n'avait lieu avec le client. Par conséquent, UBS avait converti le mandat de conseil en un mandat de gestion de fortune[469].

En 2004, UBS produisait un *Country Paper* qui portait le titre de *Cross-Border Banking Activities into the United States*, afin de régler ses activités de relations avec des clients américains, spécialement sur les questions des *SEC Restrictions* et des *deemed sales rules*. Or, malgré les différentes formations et séminaires qu'auraient pu suivre les conseillers à la clientèle américaine durant les mois de septembre et octobre 2004, le document *Country Paper USA*, donnant des instructions sur les modalités d'exécution des activités bancaires transfrontalières aux Etats-Unis, n'avait pas été explicitement évoqué ou discuté. Il n'avait pas non plus été distribué aux conseillers à la clientèle[470]. Selon UBS, le document a été mis à disposition sur intranet en été 2005. Le manque de conformité à ce document, qui spécifiait les directives internes pour les activités transfrontalières d'UBS, allait être critiquée deux années plus tard par un conseiller à la clientèle de Genève; ceci allait pousser la direction d'UBS a retravailler ces directives. Entre temps, UBS avait lancé un nouveau projet en 2004, avec une société apparentée enregistrée auprès de la *SEC*, *UBS Swiss Financial Advisers AG.* Ainsi, la banque disposait d'une activité transfrontalière avec siège en Suisse et enregistrement auprès de l'*U.S. SEC* pour les clients américains qui étaient déclarés à l'*IRS*. Néanmoins, une large catégorie de clients américains non-déclarés (et qui ne devaient pas l'être, selon le *QIA*, vu qu'ils n'avaient pas investi dans des titres américains) auprès de *l'IRS* avait continué à être gérée par le domaine des activités transfrontalières d'UBS[471]. Lors de l'audition, le 17 février 2008, de Mark Branson, *Chief Financial Officer* d'*UBS Global Wealth Management and Business Banking*, par la sous-commission permanente du Sénat américain enquêtant sur l'évasion fiscale, UBS estimait avoir encore 20 000 comptes de clients américains dont environ 19 000 n'étaient pas déclarés à l'*IRS*. Par ailleurs, en tant que représentant d'UBS, Mark Branson annonçait également lors de son audition le retrait des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis.

3.2.1.4 L'enquête interne sur les activités transfrontalière d'UBS

Le 17 mars 2006, Bradley Birkenfeld, qui travaillait comme conseiller à la clientèle américaine du *Private Banking* aux bureaux d'UBS à Genève, avait écrit à Peter Kurer – à l'époque *Group General Counsel* – sur la base de l'*UBS Whistleblowing Policy*[472] pour faire savoir que les directives internes d'UBS (*Country Paper USA 2004*) n'étaient pas suivies. Le *Country Paper USA* avait deux buts principaux, à savoir la conformité avec les restrictions de la *SEC* ainsi qu'avec les *deemed sales*

469 Chronologie des événements, UBS *cross-border*, 2002.
470 Rapport de la CFB du 17.12.2008, «Zur Umsetzung des *Qualified Intermediary Agreement* und zu den grenzüberschreitenden Dienstleistungen in die USA durch die UBS AG», p. 119. (De la mise en oeuvre du *Qualified Intermediary Agreement* et des services financiers transfrontaliers aux Etats-Unis par UBS SA) [trad.]
471 Seuls les clients disposés à remplir un formulaire W-9 ont pu être transférés dans *UBS Swiss financial Advisers* (SFA).
472 *UBS Whistleblowing Policy*: politique de dénonciation interne à UBS.

rules. UBS avait alors ouvert une enquête interne pour faire la lumière sur les problèmes soulevés par Bradley Birkenfeld. Cette enquête s'était conclue le 12 mai 2006 sur les constatations suivantes[473]: 1. pas d'infractions systématiques des directives internes; 2. existence d'infractions systématiques potentielles; 3. violations évidentes des directives internes d'UBS dans certains cas; 4. le mandat de gestion de fortune ne couvre que 32 % des clients du bureau à Genève; 5. indices concernant l'existence de contradictions et/ou conflits d'intérêts entre les objectifs de performances et le suivi des directives; 6. potentiel d'amélioration de la formation aux directives internes d'UBS; 7. existence de confusions concernant les compétences et les personnes de références pour ces directives internes; 8. mauvaise gestion des interpellations de Bradley Birkenfeld. Suite à cette enquête, Peter Kurer, le *Group General Counsel*, avait demandé de retravailler les directives internes d'UBS afin d'améliorer la mise en œuvre des règles à observer.

Le 8 juin 2006, Peter Kurer, *Group General Counsel*, Marcel Rohner, *CEO Global Wealth Management & Business Banking* et Raoul Weil, *Head Wealth Management International* se réunissaient pour discuter de 7 recommandations proposées par le *Group General Counsel* en vue d'améliorer les directives internes sur les activités transfrontalières. En septembre 2006, une nouveau projet circulait et dès les mois de septembre et octobre 2006, des formations étaient organisées pour les employés du domaine des activités transfrontalières d'UBS. En octobre 2006, un autre projet de directives internes était proposé. Finalement, le document était approuvé en janvier 2007 par le *Group General Counsel* Peter Kurer. Il entrait en vigueur le 4 juin 2007, un peu plus d'un an après la fin de l'enquête interne[474] [475].

3.2.1.5 Rôle des autorités durant cette période

Eu égard à leur état de connaissances du moment, les autorités suisses n'avaient aucune raison qui aurait pu les inciter à se pencher concrètement sur les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis.

Ce domaine constituait une activité d'UBS parmi tant d'autres et, à l'époque, aucun signe extérieur n'aurait permis de penser que les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis allaient au-delà de ce que l'on pouvait estimer être l'activité commerciale régulière d'une grande banque internationale.

La CFB (et actuellement, la FINMA) étant également responsable de la surveillance à l'échelon international (*lead regulator*) exercée sur les deux grandes banques suisses, elle est tenue de surveiller l'activité de la banque non seulement sur le marché indigène, mais également sur les marchés à l'étranger (en collaboration avec les autorités de surveillance des pays concernés). Bien qu'il n'entre pas dans les compétences de la CFB/FINMA de contrôler et d'imposer le respect des lois en vigueur à l'étranger, elle doit apprécier d'éventuelles transgressions des législations étrangères par les grandes banques suisses dans la perspective du respect des garan-

473 Rapport de la CFB du 17.12.2008, «Zur Umsetzung des *Qualified Intermediary Agreement* und zu den grenzüberschreitenden Dienstleistungen in die USA durch die UBS AG», p. 135. (De la mise en oeuvre du *Qualified Intermediary Agreement* et des services financiers transfrontaliers aux Etats-Unis par UBS SA) [trad.]

474 Ibid., p. 119.

475 Selon les déclarations d'UBS, les affaires transfrontalières de la banque avec des clients privés aux Etats-Unis avaient été gelées en août 2007.

ties d'une activité irréprochable mentionnées dans la loi sur les banques et de la protection des créanciers[476].

Cela fait des années que certains aspects des activités transfrontalières des banques étaient un sujet de préoccupation de l'autorité suisse de surveillance des banques[477]. La CFB et les autorités de surveillance étrangères ont, très tôt déjà, constaté que les activités transfrontalières des banques constituaient un enjeu particulier, notamment en raison de l'évolution technologique (e-banking, Internet, communication par courriels, etc.). Elles en discutaient régulièrement dans le cadre d'organismes internationaux tels que le Comité de Bâle[478]. Eu égard aux activités internationales des banques suisses, la CFB s'est activement employée à promouvoir une surveillance transfrontalière efficace.

Dans le cadre des travaux du Comité de Bâle ont été formulées en 2004 des exigences pour un système de gestion du risque à l'échelle du groupe. Ces exigences, destinées à identifier, limiter et surveiller sur une base consolidée les risques juridiques et de réputation, sont d'un grand intérêt. Selon le document publié par ce comité, «les relations d'affaires présentant des risques accrus doivent être identifiées et surveillées dans l'ensemble du groupe, même lorsqu'elles ont été engagées avec une succursale ou une filiale étrangère. Le contrôle interne, ou une instance de *compliance* internationale, doit vérifier que les directives en vigueur dans l'ensemble du groupe sont respectées dans les succursales étrangères et avoir accès aux informations et documents nécessaires. Un système efficace de gestion des risques à l'échelon du groupe doit assurer l'accès aux informations sur les relations d'affaires délicates[479]». Ces exigences ont été transposées dans le droit suisse[480]. Force est donc de constater que la CFB était consciente des problèmes potentiels des activités transfrontalières et a pris des mesures pour réduire les risques dans ce domaine.

A cet égard, les CdG ont en particulier voulu savoir si et, le cas échéant, comment la CFB a examiné les activités transfrontalières d'UBS dans le cadre de ses activités régulières de surveillance de 2001 à l'automne 2007[481].

Au cours de leurs investigations, les CdG ont été rendues attentives à une information contextuelle importante dans la perspective de l'appréciation des faits sous examen. Lors de leur audition, des représentants de l'AFC ont souligné que toutes les parties concernées – banques suisses actives sur le marché américain, AFC et CFB – étaient parfaitement conscientes des risques encourus en cas d'activités commerciales illégales aux Etats-Unis, en particulier en relation avec les délits fiscaux de contribuables américains. Lors des négociations qui ont précédé la conclusion en 1996 de la CDI entre la Suisse et les Etats-Unis, la distinction faite par la Suisse entre soustraction fiscale et fraude fiscale dans la perspective de l'octroi de l'entraide administrative a été fortement critiquée. Selon l'AFC, la Suisse est parve-

476 Dans la mesure où l'ampleur des transgressions constatées est telle que l'existence de la banque s'en trouve menacée.
477 Voir notamment rapports de gestion 1999, 2000 et 2001 de la CFB (surveillance des services financiers transfrontaliers via Internet).
478 Voir les rapports de gestion 2001, 2003 et 2004 de la CFB, respectivement aux pp. 248 ss, 109 ss. et 97 ss.
479 Voir rapport de gestion 2004 de la CFB, p. 105
480 Ibid.
481 La CFB mentionne les relations d'affaires transfrontalières entretenues par UBS avec des clients privés américains pour la première fois dans son rapport de gestion 2008; voir rapport de gestion 2008 de la CFB, pp. 35 et 37 ss.

nue à résister à cette pression, mais il était clair pour toutes les parties concernées qu'à défaut d'un respect scrupuleux du droit américain en ce qui concerne les obligations des contribuables fiscalisés outre-Atlantique, les Etats-Unis étaient déterminés à exercer une très forte pression sur les banques concernées et sur la Confédération.

Durant la période sous examen, l'AFC n'a toutefois jamais été appelée à se pencher sur les affaires transfrontalières d'UBS. De 2001 à 2007, elle a, en moyenne annuelle, reçu trois demandes d'entraide administratives de l'étranger.

3.2.2 Période de l'automne 2007 au 7 mars 2008

3.2.2.1 Enquêtes des autorités américaines/Mise sur pied d'une enquête interne d'UBS

En septembre 2007, le *DOJ* prenait contact avec des représentants d'UBS pour leur communiquer qu'il était en possession d'informations découlant de l'enquête interne qu'UBS avait menée en 2006 à la suite du *Whistleblowing* de Bradley Birkenfeld du 17 mars 2006. En effet, à ce moment UBS supputait que ce conseiller à la clientèle avait lui-même fourni des informations au *DOJ* ou bien que le *DOJ* avait obtenu des informations par le biais d'une enquête ultérieurement menée en parallèle avec l'*IRS* sur l'utilisation des paradis fiscaux (*Tax Shelters*) pour contourner les règles fiscales américaines et notamment le *QI-System*. Dans tous les cas, le *DOJ* souhaitait obtenir plus de détails et de documents sur la conformité des activités d'UBS au *QIA*. Sur cette base, Kevin Downing, *Assistant Attorney*[482] du *DOJ* qui travaillait dans l'une des trois sections de la *Tax Division,* la *Southern Criminal Enforcement Section*[483]*,* avait lancé une enquête sur les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis. La mission de la *Southern Criminal Enforcement Section* était de veiller à ce que l'intégrité du système fiscal américain soit préservée par la vigoureuse mise en application des lois fiscales de l'*IRS* et, le cas échéant, de punir les contrevenants[484], de dissuader les futures violations et de rassurer les contribuables honnêtes qu'ils ne devraient pas porter une charge indue des taxes fédérales.

Kevin Downing – qui avait été en charge en 2004 d'une enquête sur la problématique des *Tax Shelters* (paradis fiscaux) et le contournement des règles du *QI-System*[485] – avait abordé UBS avec les hypothèses suivantes concernant ses activités

482 En français: Procureur adjoint.

483 La *Tax Division* a divisé sa surveillance judiciaire (*Criminal Enforcement*) des Etats-Unis en trois zones, dont l'une est celle du Sud (*Southern*). http://www.justice.gov/tax/about_us.htm

484 Les contrevenants, individus ou sociétés, sont notamment poursuivis pour des cas d'évasion fiscale, d'omission délibérée de renvoyer des documents, de présenter des formulaires d'imposition falsifiés, et les tentatives de frauder des contribuables.

485 D'après les dirigeants d'UBS, en 2001/2002 l'*IRS* avait conduit une enquête sur des contournements des règles du *QI-System* par le biais des dits *Tax Shelters* (refuges fiscaux). Par la suite, l'*IRS* aurait transmis ces informations au *DOJ* qui avait alors mené en 2004 une enquête sur ces *Tax Shelters* impliquant les firmes KPMG et Ernst&Young. Celles-ci avaient conseillé des personnes américaines (nationalité américaine ou *green card*) à mettre en place des sociétés *offshore* pour gérer leurs avoirs de manière à rester couvertes. Sur cette base, le *DOJ* avait demandé à UBS des documents et avait fait auditionner des employés d'UBS. L'enquête du *DOJ* avait notamment été menée par le *Assistant Attorney* Kevin Downing.

transfrontalières: des clients américains d'UBS de longue date n'auraient pas voulu subir des restrictions suite à l'introduction des règles du *QI-System*. Concrètement, ces clients n'auraient ni renoncé à la détention de titres américains, ni donné leur assentiment pour qu'UBS puisse transmette leur identité à l'*IRS* au moyen du formulaire[486] requis. Pour cette raison, ces clients américains se seraient servis d'avocats externes comme intermédiaires pour créer des sociétés *offshore* basées aux British Virgin Islands, à Hongkong et au Panama et pour lesquelles ils étaient les ayants droit économiques. Ensuite, ces clients américains auraient chargé UBS de transférer leur fortune sur les comptes de ces structures *offshore*. Bien que la société *offshore* était la propriétaire de la fortune, les clients gardaient le contrôle sur leur fortune et continuaient à avoir des contacts directs avec UBS. Pour eux, la société *offshore* n'était qu'une société écran.

Si ces hypothèses du *DOJ* sur les activités transfrontalières s'avéraient justifiées, UBS serait en infraction: 1. avec les règles du *QIA* exigeant une imposition à la source de 31 % sur les dividendes et les intérêts générés par les titres américains; 2. avec les restrictions de la *SEC* imposant l'obligation de s'enregistrer pour fournir des services financiers à des personnes américaines; 3. avec les *deemed sales rules*. Sur la base de cette hypothèse, l'*Assistant Attorney* avait exigé dès mi-février 2008 d'UBS des données détaillées sur les détenteurs américains de comptes et les ayants droit économiques[487]. Cette démarche fut également suivie par l'*IRS* qui ouvrait sa propre enquête, tout en collaborant activement avec la *Tax Division* du *DOJ*, où travaillait Kevin Downing. De son côté, la *SEC* avait également ouvert sa propre enquête sur le non-enregistrement du domaine d'activités transfrontalières d'UBS en tant que courtier et son enregistrement comme *Investment Adviser*[488]. UBS ne savait pas non plus dans quelle mesure la *SEC* disposait déjà de noms de clients, probablement – comme pour le *DOJ* – par le biais de leur *whistleblower*[489] de 2006, Bradley Birkenfeld, qui avait été le conseiller d'un client américain ayant effectué, par le passé, un placement de deux milliards de dollars auprès d'UBS[490]. Ainsi, le *DOJ*, l'*IRS* et la *SEC* avaient tous les trois initié des enquêtes sur les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis. Chacune d'entre elles enquêtait selon ses propres prérogatives et selon son champ de compétence sur les activités transfrontalières d'UBS.

Le *DOJ* avait orienté son enquête sur l'aspect pénal. Deux divisions travaillaient sur cette enquête, à savoir la *Tax Division* avec Kevin Downing, *Assistant Attorney* ainsi que Bruce Swartz, *Deputy Assistant Attorney General* de la *Criminal Division* du *DOJ*. Le *DOJ* avait vérifié le rôle joué par UBS et ses dirigeants dans les activités transfrontalières pour des cas de fraudes et d'évasions fiscales. Le *DOJ* reprochait aux clients américains d'UBS de ne pas avoir déclaré leurs avoirs et d'avoir soustrait au fisc américain environ 300 millions de dollars. Or, selon la CFB, le *DOJ* se donnait par son enquête surtout pour objectif de déterminer: 1. si des conseillers à la clientèles d'UBS avait mis en place des structures *offshore* dans le dessein de contourner les règles du *QI-System* sur les investissements en titres et les obligations fiscales américaines; 2. si UBS avait correctement mis en œuvre les instructions

486 Il s'agit du formulaire de l'*IRS* nommé: *Form W-9*.
487 Note de la CFB du 10.3.2008, «Informationsbegehren der US Behörden an die UBS AG» (Demande d'informations des autorités américaines à UBS SA) [trad.]
488 *Unregistered Brokerage*
489 En français: dénonciateur ou informateur
490 Il s'agissait du milliardaire américain Igor Olenicoff.

relatives à son statut de *QI*, notamment les annonces et les retenues d'impôts; 3. et si les dirigeants d'UBS étaient informés sur les pratiques de structures *offshore* et jusqu'à quel niveau de la hiérarchie[491]. Par la suite, Bruce Swartz, *Deputy Assistant Attorney General* de la *Criminal Division* du *DOJ,* s'était parallèlement également impliqué dans l'enquête sur UBS. Il était responsable des contacts avec les autorités suisses.

L'*IRS* enquêtait sur des questions similaires au *DOJ* et travaillait en collaboration avec la *Tax Division* du *DOJ*. Toutefois, l'approche de l'enquête était différente, les contribuables américains et les recettes fiscales figurant au premier plan des investigations. L'*IRS* travaillait néanmoins de façon rapprochée avec la *Tax Division* du *DOJ*. Une telle collaboration entre les autorités mentionnées était tout à fait normale du moment que leurs activités respectives concernaient le même objet, à savoir la fiscalité[492].

Enfin, la *SEC* lançait également une enquête sur les agissements des conseillers à la clientèle d'UBS. Il s'agissait de savoir si ceux-ci avaient été en possession des autorisations nécessaires pour offrir des services financiers aux Etats-Unis et opérer des ventes ainsi que des achats de titres, notamment de titres américains; s'ils avaient conseillé leur clientèle sur des titres américains; et si, le cas échéant, les dirigeants savaient qu'il y avait des faiblesses dans le cadre de la mise en œuvre et du contrôle ainsi que des infractions au droit américain[493].

Après avoir été contactée par le *DOJ*, UBS avait pris la décision de collaborer avec le *DOJ*. Pour cette raison, UBS avait elle-même lancé en automne 2007 une enquête interne avec le bureau d'avocats américain *Wachtell, Lipton, Rosen & Katz (WLRK)* spécialisé dans les procédures judiciaires engagées par le *DOJ*. Son objectif premier

491 «Das *DOJ* wirft US-Kunden der UBS vor, steuerbares Einkommen nicht offen gelegt und den amerikanischen Fiskus pro Jahr um schätzungsweise 300 Mio. Dollar gebracht (betrogen) zu haben. Die Ermittlungen gegen die UBS kreisen um folgende drei Fragestellungen: i) ‹Scheme›: Waren Kundenberater der UBS ihren US-Kunden beim Aufsetzen von *offshore* Strukturen behilflich, über welche US- und andere Titel in der Absicht gehalten wurden, die gemäss *QIA* für Investitionen in Wertschriften geltenden Restriktionen und folglich die US-Steuerpflicht zu umgehen? ii) *‹Reporting›* und *‹backup withholding›*: Hat die UBS im Rahmen der Betreuung solcher Strukturen ihre Melde- und Rückbehaltspflichten unter den *‹deemed sales rules›* verletzt? iii) ‹Management Issue›: Bis zu welcher Managementstufe wusste man von der illegalen (z. B. betrügerischen) Verwendung solcher Strukturen und der Verletzung der Melde- und Rückbehaltspflichten unter den *‹deemed sales rules›*? Zusätzlich zu diesen drei Hauptthemen bringt das *DOJ* immer wieder neue Aspekte oder Vorwürfe ins Spiel. Weiterungen sind deshalb nicht auszuschliessen.» Rapport de la CFB du 17.12.2008, «Zur Umsetzung des *Qualified Intermediary Agreement* und zu den grenzüberschreitenden Dienstleistungen in die USA durch die UBS AG», p. 31. (De la mise en oeuvre du *Qualified Intermediary Agreement* et des services financiers transfrontaliers aux Etats-Unis par UBS SA) [trad.]

492 «Die amerikanische Steuerbehörde untersucht ähnliche Fragestellungen wie das *DOJ*, wobei für den *IRS* die U.S. Steuerpflichtigen im Vordergrund stehen. Der *IRS* und das *DOJ* arbeiten eng verbunden und stimmen sich ab», ibid.

493 «Gegenstand der SEC-Untersuchungen bilden die folgenden grundsätzlichen Fragestellungen, welche vor dem Hintergrund der SEC-Restriktionen stehen:
i) «Solicitation of securities business»: Haben Kundenberater der UBS AG ihre U.S. Kunden ohne die notwendige Bewilligung zum Kauf oder Verkauf von Wertschriften veranlasst?
ii) «Provision of investment advice»: Haben Kundenberater der UBS AG ihre U.S. Kunden bezüglich Investitionen in Wertschriften ohne die notwendige Bewilligung beraten?
iii) «Management Issue»: Bis zu welcher Managementstufe wusste man von Schwächen im Compliance- und Kontrollframework oder von tatsächlichen Verletzungen von U.S. Recht und Regularien?», ibid., p. 36.

était de se concentrer sur les reproches adressés à UBS par le *DOJ* et la *SEC* et d'y trouver des réponses. D'autre part, l'enquête devait aussi permettre de répondre à des questions juridiques de surveillance posées par la CFB. Dès le lancement de l'enquête, UBS avait présenté au *DOJ* et à la *SEC* l'agenda de son enquête et les délais dans lesquels elle avait prévu de traiter des questions en suspens sur les activités transfrontalières. Les résultats de cette enquête menée par *WLRK* étaient attendus pour juin 2008. Cet agenda proposé par UBS n'avait cependant pas été approuvé par le *DOJ*, celui-ci l'estimant probablement trop long. L'enquête de *WLRK* allait aboutir avec environ quatre mois de retard, quand bien même elle avait déployé des moyens importants, à savoir jusqu'à 117 personnes pour un coût total en 2008 de 69,6 millions de francs.

3.2.2.2 La *SEC* contacte la CFB en décembre 2007

Le premier courrier de la *SEC* avait été envoyé par fax à la CFB le 12 décembre 2007. La *SEC* annonçait son intention d'interroger cinq conseillers à la clientèle d'UBS en rapport avec une possible transgression de l'obligation faite aux courtiers de s'enregistrer. Lors de leurs investigations, les CdG ont constaté que ce courrier faisait suite à des contacts téléphoniques entre ces deux autorités, contacts qui n'ont toutefois plus pu être datés. De l'avis de la CFB, l'objet de l'enquête de la *SEC* était une simple affaire qui s'inscrivait dans le courant normal et qui n'avait donc rien d'exceptionnel.

La demande de la *SEC* avait finalement donné lieu à deux demandes d'entraide administrative adressées à la CFB: la première en date du 29 février 2008 et la seconde, précisant la première, en date du 17 mars 2008. En raison des différences importantes qui caractérisaient les approches américaine et suisse en matière de réglementation des marchés financiers[494], la CFB avait, dans un premier temps, transmis la demande à UBS, mais n'avait pris aucune mesure destinée à obliger UBS à donner suite à la demande de la *SEC*.

Ce n'était que le 6 mars 2008 qu'UBS informait la CFB que le *DOJ* avait ouvert une enquête contre elle aux Etats-Unis, afin d'obtenir des données clients d'UBS. Selon UBS, la CFB avait déjà été informée brièvement en décembre 2007 et en janvier 2008 des investigations du *DOJ,* mais c'était seulement fin février 2008 qu'il était devenu apparent que le *DOJ* cherchait à obtenir des données de clients.

3.2.2.3 Implication du DFF, du DFJP et du DFAE le 7 mars 2008

Les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis étant basées en Suisse, les données des clients d'UBS sont protégées par le droit suisse qui impose la protection de la sphère privée sous peine de poursuite pénale. N'ayant pas la possibilité de recevoir des données de clients protégées par le droit suisse, le *DOJ* avait menacé dès le 22 février 2008 de forcer UBS à les transmettre en demandant une *subpoe-*

494 La Suisse ne connaît pas les restrictions d'accès au marché que le droit américain impose dans le domaine des services transfrontaliers.

na[495] auprès d'un *Grand Jury*. Il s'est avéré par la suite que la *SEC* n'a cessé de réclamer des autorités suisses la possibilité d'avoir accès à des informations relatives aux activités d'UBS. La problématique de la demande de données de clients par les autorités américaines, principalement le *DOJ* et l'*IRS*, avait constitué un point principal dans ce dossier pour les autorités suisses soumises au droit suisse du secret bancaire fiscal.

Le 6 mars 2008, un représentant d'UBS, le *Head Litigation Corporate Center*, avait présenté à la CFB le problème rencontré par UBS dans les affaires transfrontalières aux Etats-Unis. Pour la CFB, cela soulevait un élément allant au-delà des litiges juridiques communs des banques aux Etats-Unis. Un procureur américain exigeait la transmission de données de clients, ce qui représentait aux yeux de la CFB un signal d'alarme. Cet élément a amené le vice-directeur de la CFB, également directeur du Service juridique, à la conclusion que les événements mentionnés outrepassaient les seules compétences de surveillance de la CFB[496]. En 2008, le vice-directeur de la CFB était également en charge de la coordination des relations internationales ainsi que de l'assistance administrative de la CFB. C'est d'un commun accord avec UBS, qui souhaitait également une première rencontre pour présenter le problème, que le vice-directeur de la CFB avait donc invité des représentants des autorités suisses potentiellement concernées à une réunion, le 7 mars 2008, dans les locaux de la CFB.

Les représentants des autorités suisses étaient les suivants: le directeur suppléant de l'Office fédéral de la justice (OFJ) du DFJP, le chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF, le vice-directeur et chef de la Division des affaires internationales de l'AFC au sein du DFF, le chef de la Division politique V de la Direction politique du DFAE (DP V). Le *Head Litigation Corporate Center* d'UBS était également invité afin de présenter l'affaire concernant les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis. Le vice-directeur de la CFB était accompagné de deux représentants du Service juridique de la CFB.

3.2.2.4 Rôle des autorités au cours de cette phase

Les CdG ont donc constaté qu'avant le début du mois de mars 2008, aucune autorité suisse n'avait été informée sur les objectifs concrets des enquêtes du *DOJ* et de l'*IRS* en cours depuis l'automne 2007. Fin février 2008, la CFB a été la première autorité suisse à avoir été mise au courant par UBS. Dans les jours qui ont suivi, la CFB a transmis l'information aux services de l'administration fédérale centrale qu'elle estimait concernés (OFJ, AFF, AFC, DP V).

Durant cette période, les autorités américaines n'ont pas directement informé leurs homologues suisses au sujet des enquêtes ouvertes par le *DOJ* et l'*IRS*. Bien qu'elle ait eu des contacts avec les autorités américaines, la BNS ne disposait à l'époque

495 La *subpoena* est une injonction d'apparaître devant un tribunal pour produire un témoignage ou un document. Si la personne sommée refuse néanmoins de comparaître ou d'apporter le document, alors que la s*ubpoena* a été signifié et que des indemnités ont été avancées, chaque retard à se conformer à l'injonction sera puni d'une amende journalière substantielle.

496 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Urs Zulauf, chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA, du 3.11.2009, pp. 3–4.

d'aucune information lui permettant de penser que ces trois enquêtes étaient en cours.

Seule la CFB avait eu préalablement connaissance de l'une d'entre elles, soit de celle entamée par la *SEC*, d'abord dans le cadre de contacts bilatéraux avec cette dernière, puis lors de la demande d'entraide administrative déposée par la *SEC*[497]. Dans un premier temps, la CFB avait jugé que cette enquête n'avait rien d'exceptionnel. Ce n'est qu'à partir du moment où UBS l'a informée de l'enquête qui avait été ouverte par le *DOJ* que la CFB a réévalué la situation et estimé qu'il devenait nécessaire d'informer immédiatement d'autres autorités fédérales. A partir de ce moment-là, il est apparu que les relations d'affaires transfrontalières entretenues par UBS avec des clients privés américains et les enquêtes des autorités américaines à ce sujet constituaient un dossier dépassant les compétences de la seule surveillance des banques et concernaient, au moins potentiellement, des domaines entrant dans le champ de compétence des services de l'administration fédérale ayant été informés par la CFB.

Ainsi, avant que la CFB contacte les représentants des autorités fédérales susmentionnées, aucune autre autorité suisse n'était au courant des trois enquêtes américaines en cours. Même l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis n'en avait été avertie que début mars 2008.

3.3 Le chemin qui mène à la demande d'entraide administrative de l'*IRS* (7.3.–29.8.2008)

3.3.1 L'Etat suisse passe du statut d'observateur à celui d'acteur (7.3.–21.4.2008)

La réunion du 7 mars 2008, qui avait été organisée à l'initiative de la CFB dans ses propres locaux, avait donné la possibilité à un représentant d'UBS, le *Head Litigation Corporate Center*, d'expliquer l'affaire des activités transfrontalières aux Etats-Unis ainsi que la situation du moment à des représentants des autorités suisses. Les sujets qui avaient été présentés par UBS durant la réunion étaient les suivants:

1. l'enquête des *Tax Shelters*[498] initiée par l'*IRS* et poursuivie par le *DOJ* et la problématique des sociétés *offshore* mises en place pour contourner le *QI-System* qui, selon UBS, n'avaient été ni conçues ni commercialisées par la banque;
2. l'état des activités transfrontalières d'UBS qui, selon les audits externes, auraient toujours été impeccables;
3. les évolutions des activités transfrontalières avec les diverses améliorations des directives internes d'UBS;
4. la possession par le *DOJ* d'informations datant de 2006 en provenance de Bradley Birkenfeld;

497 Selon UBS, la banque aurait informé la CFB en décembre 2007 et en janvier 2008 sur les investigations du *DOJ*. Ce n'est que fin février 2008 qu'UBS a appris que le *DOJ* voulait obtenir des noms de clients.

498 Cf. Voir les explications au chap. 3.3.2.1.

5. les deux enquêtes ouvertes aux Etats-Unis, à savoir celle du *DOJ* et celle de la *SEC;*

6. la menace de *subpoena*[499] du *DOJ*[500].

A l'issue de la séance et sur la base des informations reçues par la CFB, les appréciations provisoires des participants à la séance du 7 mars 2008 au sujet de la situation de l'affaire des activités transfrontalières de UBS aux Etats-Unis étaient les suivantes:

1. Des données de clients pouvaient être transmises par la Suisse aux autorités américaines uniquement sur la base de l'art. 26 de la CDI et plus spécialement sous la mention de *«tax fraud or the like»*[501].

2. La configuration en cause, à savoir le montage de sociétés *offshore*, constituait suffisamment d'indications pour faire état d'une fraude fiscale d'après le droit suisse et pour permettre ainsi une entraide judiciaire ou administrative. Ces procédures ne pouvaient cependant être mises en place que si les personnes concernées étaient clairement définies et nommées. Dans le cas où les autorités américaines ne transmettaient que des critères généraux, sans toutefois nommer précisément des personnes, ces seules indications ne justifiaient en aucun cas une entraide judiciaire ou administrative, et la démarche des autorités américaines devait être considérée comme une *fishing expedition*[502].

3. En 2008, le climat politique était tendu par rapport à l'évasion fiscale, et les banques du Liechtenstein étaient alors poursuivies par les autorités allemandes. C'est pourquoi une affaire d'évasion fiscale venant d'UBS serait jugée très inopportune, et mettrait sous pression le secret bancaire ainsi que les autorités suisses.

4. Si UBS refusait de transmettre des données de clients malgré une *subpoena*, la banque subirait de graves dommages financiers. En effet, sur la base de ce refus, un tribunal américain imposerait à UBS des amendes journalières substantielles, et ceci aussi longtemps que les informations ne lui seraient pas livrées[503]. Ni le secret bancaire suisse, ni le *5th Amendment* de la Consti-

499 Cf. note de bas de page nº 497.
500 Note de la CFB du 10.3.2008, «Informationsbegehren der US Behörden an die UBS AG», (Demande d'informations des autorités américaines à UBS SA) [trad.].
501 RS **0.672.933.61**.
502 *Fishing Expedition:* Il s'agit d'une «expédition de pêche» aux informations à large échelle pour trouver des abuseurs potentiels du fisc. Elle se fait, par exemple, en demandant des renseignements sur des personnes sans fournir de détails précis sur l'enquête les concernants ou sur l'objet précis de la recherche de renseignements. Elle est intrusive, étant donné qu'elle est généralisée et qu'elle n'apporte pas de preuve nominative pour justifier la levée de la protection de la sphère privée des clients prévue par le droit suisse, à savoir le secret bancaire fiscal.
503 Avec un montant pouvant aller jusqu'à des millions de francs.

tution des Etats-Unis d'Amérique[504] ne pourraient empêcher une *subpoena*. Toutefois, le règlement du différend par le biais d'un compromis monétaire semblait encore possible pour UBS. Selon la banque, le *DOJ* ne prendrait pas de mesures unilatérales sans l'en informer préalablement.

Les représentants des autorités suisses en avaient donc conclu qu'une *subpoena* entraînant une transmission de données de clients était absolument à éviter. Pourtant, à ce moment, ils n'avaient pas jugé nécessaire d'intervenir, étant donné qu'UBS était déjà en train de négocier directement avec les autorités américaines. Du point de vue des autorités suisses, il était par conséquent indispensable que dans le cas d'une prise de contact de leur part avec les autorités américaines, celle-ci soit au préalable coordonnée de façon étroite avec UBS et ses avocats. Et, si un tel contact devait néanmoins avoir lieu, il incombait à UBS d'en informer au préalable le procureur américain, afin qu'une telle prise de contact par les autorités suisses ne puisse pas être interprétée comme une réaction faisant suite à la menace américaine d'une *subpoena*.

Les représentants des autorités suisses s'étaient mis d'accord pour convenir qu'une *subpoena* contre UBS soulèverait un problème politique. Le problème serait à reconsidérer rapidement par les autorités suisses au cas où la situation venait à s'aggraver. Un interlocuteur principal avait été désigné en la personne de l'ambassadeur Alexander Karrer, chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF, également rattachée au DFF.

L'ambassadeur Alexander Karrer avait par la suite oralement informé le chef du DFF sur les risques potentiels de cette affaire. De son côté, le vice-directeur de la CFB, lors d'une discussion avec le chef du DFF, avait informé ce dernier, sous la rubrique des divers, de l'affaire des activités transfrontalières d'UBS. Durant le mois de mars 2008, l'ambassade de Suisse à Washington D.C. avait également été informée des enquêtes américaines, cependant aucun mandat particulier ne lui avait été donné. L'ambassade entretenait d'ailleurs des contacts réguliers avec le bureau de lobbying d'UBS à Washington D.C.

La CFB avait déjà eu des contacts avec la *SEC* en décembre 2007, dans le cadre de son enquête sur les activités transfrontalières d'UBS. En outre, le 10 mars 2008 à Washington D.C, lors d'un déplacement du président de la CFB pour un *High-Level-Meeting* CFB-*SEC*, le sujet des enquêtes américaines contre UBS avait été à nouveau évoqué[505]. Lors de cette rencontre, la CFB avait exposé le cas d'UBS comme étant particulièrement délicat pour le secret bancaire suisse. De plus, la CFB s'était étonnée que les autorités américaines lui demandent d'imposer le droit américain à UBS, alors que les réglementations respectives étaient diamétralement opposées. La CFB avait argumenté en faveur du principe de la reconnaissance mutuelle et avait souhaité que la *SEC* n'impose pas des exigences trop restrictives aux courtiers

504 *«Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un Grand Jury, sauf en cas de crimes commis pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public; nul ne pourra pour le même délit être deux fois menacé dans sa vie ou dans son corps; nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière; nulle propriété privée ne pourra être réquisitionnée dans l'intérêt public sans une juste indemnité.».*

505 Note de la CFB du 4.4.2008, «*High-Level Meeting* EBK-*SEC*, 10. März '08, Washington D.C.».

suisses, du moment que la CFB elle-même n'en imposait pas aux courtiers américains. Pour la CFB, la *SEC* exigeait déjà trop de mesures de la part des courtiers suisses, mesures que la CFB, sur la base du droit suisse, n'était pas en mesure de faire appliquer. La CFB avait présenté à la *SEC* sa volonté de coopérer malgré les divergences de vues, tout en lui faisant part de ses réserves en la matière. Les responsables de la *SEC* s'étaient plaints quant à eux de la lenteur des procédures d'assistance administrative, ce à quoi la CFB avait pu répliquer qu'elles étaient en général efficaces en comparaison avec celles des autorités américaines. Une première demande d'assistance administrative de la CFB adressée par la *SEC* s'était concrétisée le 17 mars 2008. Sur cette base, la CFB avait fait parvenir en avril 2008 les documents internes d'UBS à la *SEC* (Art. 38 LBVM[506]), sans toutefois livrer des données de clients, l'assistance administrative ne permettant pas une telle transmission.

Début mars 2008, le *Permanent Subcommittee on Investigations* du *Committee on Homeland Security and Government Affairs (PSI)* du Sénat américain proposait de lancer des auditions sur les problèmes d'évasion fiscale au Liechtenstein, sur la banque Julius Bär ainsi que sur les activitiés transfrontalières des conseillers à la clientèle d'UBS. Le Sénat américain suivait également une tendance générale des gouvernements étrangers comme le Royaume-Uni, l'Italie, la France, l'Espagne et l'Australie, qui mettaient en cause les paradis fiscaux, dont la Suisse[507]. Au même moment, les autorités allemandes enquêtaient sur la banque LGT du Liechtenstein.

La pression sur le secret bancaire suisse était alors déjà très importante.

Selon ses propres dires, le chef du DFF avait informé de manière générale le Conseil fédéral sur la question des paradis fiscaux lors de la séance du 9 avril 2008. En effet, le 2 février 2007, un projet de loi nommé *Stop Tax Haven Abuse Act* (Stop aux abus des paradis fisaux) avait été déposé au Sénat par le sénateur démocrate Carl Levin. Ce projet avait été supporté par Barack Obama, entre autres, et il allait dans le sens d'un durcissement contre les paradis fiscaux et plus particulièrement contre l'utilisation de sociétés *offshore* pour dissimuler l'évasion fiscale. La Suisse était l'un des trente-huit pays visés par ce projet de loi[508]. Par contre, lors de la même séance, le Conseil fédéral ne semble pas avoir été informé des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis et des problèmes qui en résultaient.

Le 21 avril 2008, le *DOJ* procéda à l'arrestation de Martin Liechti, *Head Wealth Management Americas International* d'UBS, et donc également responsable des activités transfrontalières de la banque, lors de son transit en Floride. Par la suite, Martin Liechti a été retenu comme *material witness* (témoin des faits) pour une période de quatre mois. Cette arrestation allait forcer les autorités suisses à réagir.

506 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, RS **954.1**).

507 Voir par exemple: *HM Revenue & Customs Press Release*, «*Tax Commissioners battle against tax evasion*» Nº. Nat 09/08 (2/26/08); *Agenzia Entrate media release*, «*Agenzia Entrate ha ricevuto informazione su italiani con depositi in Liechtenstein*» (2/26/08); Ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, «Lutte contre la fraude et l'évasion fiscale» (2/26/08); *La Agencia Tributaria media release*, «*La Agencia Tributaria analiza información sobre ciudadanos españoles incluidos en las cuentas y depósitos bancarios de Liechtenstein*» (2/26/08); *Australian Taxation Office Media Release*, «*Tax Commissioners battle against tax evasion*», Nº 2008/08 (2/26/08).

508 Cette loi a été retravaillée et à nouveau présentée au Sénat le 2.3.2009. La Suisse est toujours présente dans une liste de 34 pays – nommés «*offshore secrecy jurisdictions*» – favorisant l'évasion fiscale américaine. www.levin.senate.gov

3.3.2 Demande d'entraide administrative comme objectif: Groupe de travail Karrer (21.4.–29.8.2008)

3.3.2.1 Conséquences de l'arrestation de Martin Liechti

L'arrestation d'un haut manager d'UBS, Martin Liechti, *Head Wealth Management Americas International,* a été une surprise totale pour les autorités suisses, prévenues dès le lendemain par l'ambassade de Suisse à Washington D.C., ainsi que pour UBS. Néanmoins, selon les déclarations du *Group General Counsel* d'UBS entré en fonction en septembre 2008, quelques temps auparavant, deux conseillers à la clientèle avaient déjà reçu des avertissements du *DOJ* en rapport avec la non licéité de leurs activités transfrontalières aux Etats-Unis[509].

Le 22 avril 2008 dans l'après-midi, c'est-à-dire au lendemain de l'arrestation de Martin Liechti, le chef de la Division politique V du DFAE, qui était aussi en charge des affaires financières et économiques au sein du DFAE, avait envoyé un courriel concernant ces derniers événements à certains des représentants des autorités suisses concernés par l'affaire (AFF, CFB et OFJ). Dans ce courriel, il proposait de demander à l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis de se préparer pour une démarche auprès du *DOJ*, et ce après avoir reçu le feu vert de la Division politique II Amériques du DFAE. Cette dernière avait notamment été mise au courant des intentions d'UBS qui voulait invoquer la protection consulaire pour Martin Liechti et qui demandait que des démarches soient entreprises auprès du *DOJ*. Par ailleurs, il informait l'ambassadeur de Suisse à Washington D.C., par le biais d'un document analysant le contexte de l'arrestation, de l'état de la situation concernant l'affaire des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis[510]. Une position officielle («Sprachregelung») était également établie. Le même jour, le directeur de l'AFF et la secrétaire générale du DFF avaient également été informés par le secrétariat de l'ambassadeur Alexander Karrer de l'arrestation d'un représentant d'UBS.

Le 25 avril 2008, le suppléant du chef de mission à l'ambassade de Suisse à Washington D.C. s'était rendu au *DOJ*, auprès du *Deputy Assistant Attorney General* Bruce Swartz de la *Criminal Division*. Durant cette visite au *DOJ*, il avait présenté le point de vue de la Suisse préparé par la Division politique V. Dans l'essentiel, celui-ci consistait à mettre en avant la compréhension des autorités suisses envers les enquêtes américaines, tout en dénotant quelques objections quant à la façon de procéder des autorités américaines. En effet, alors qu'UBS avait mis en oeuvre des mesures significatives – selon les autorités suisses – pour coopérer avec les autorités américaines, celles-ci prenaient des mesures unilatérales contre UBS qui pouvaient mettre en cause les efforts de coopération de la banque. L'ambassadeur avait insisté sur le fait qu'il était impossible pour Martin Liechti de divulger des informations sur les clients américains d'UBS sans transgresser le droit suisse et plus précisément le secret bancaire. Par conséquent, l'ambassadeur priait le *DOJ* de bien vouloir reconsidérer son action et d'emprunter une approche plus coopérative, notamment par la voie de la CDI et de l'entraide judiciaire internationale[511].

509 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Markus Diethelm, *Group General Counsel* d'UBS, du 6.4.2008, p. 9.
510 *Background-Paper*
511 Courriel du 22.4.2008, DFAE, doc. 3 du dossier de conduite du DFF.

Au début du mois de mai 2008, le *whistleblower* d'UBS, Bradley Birkenfeld, était lui-même arrêté à Boston. Par conséquent, les autorités américaines détenaient en mai 2008, avec Martin Liechti, deux personnes qui connaissaient très bien le fonctionnement des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis.

Une nouvelle rencontre entre UBS et les autorités suisses avait lieu le 5 mai 2008. Le *Head Litigation Corporate Center* d'UBS, accompagné de deux représentants d'UBS, se réunissait avec le vice-directeur de la CFB, lui-même accompagné d'une collaboratrice ainsi que de l'ambassadeur responsable de la Division politique V du DFAE. Lors de cette réunion, la possibilité de recourir à une entraide administrative pour transmettre des données clients avait été discutée plus en avant. Sur la base de cette discussion, UBS informa de son intention de prendre contact avec l'AFC[512].

Entre temps, la presse internationale s'emparait de l'affaire. Le *Financial Times* publiait un article sur l'arrestation de Martin Liechti[513], poussant ainsi les autorités suisses, et plus précisément le DFAE, à réadapter leur position officielle («Sprachregelung») le 7 mai 2008[514].

Les dirigeants d'UBS commençaient à se préoccuper de la situation, estimant dorénavant le risque d'effectuer des vols à destination des Etats-Unis, notamment pour Marcel Rohner, le *CEO* d'UBS, comme étant élevé. Afin de s'assurer contre ce risque, l'ambassadeur responsable de la Division politique V avait écrit à Alexander Karrer pour qu'il entreprenne des démarches auprès de ses interlocuteurs au *DOJ*, afin de s'assurer du retour rapide de Martin Liechti et en vue d'obtenir une garantie écrite permettant aux dirigeants d'UBS de voyager sans difficultés aux Etats-Unis[515].

3.3.2.2 Début des négociations entre les autorités suisses et américaines

Le 9 mai 2008, le suppléant du chef de mission à l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis prenait contact avec Bruce Swartz des affaires internationales de la *Criminal Division* du *DOJ*. Le procureur américain souhaitait qu'une première prise de contact ait rapidement lieu avec des experts suisses au sujet des question bancaires, fiscales et judiciaires, car il voulait présenter très prochainement son point de vue à ses collègues du *DOJ* et aux autres autorités américaines. Il avait tout particulièrement insisté sur l'aspect inhabituel du cas que représentait cette affaire impliqant UBS et ses dirigeants. Pour les autorités américaines, il s'agissait d'un comportement généralisé par UBS sur territoire américain, et qui contrevenait à l'accord conclu entre l'*IRS* et UBS, c'est-à-dire au *QIA*. Par ailleurs, Bruce Swartz avait laissé entendre qu'il ne pouvait pas intervenir dans le processus judiciaire à l'encontre de Martin Liechti. En conclusion, il allait pendre contact avec l'AFC, car il souhaitait une solution créative[516] [517].

512 Chronologie des événements, UBS *cross-border*.
513 *Financial Times Europe*, *Top UBS banker detained by US,*7.5.2008.
514 Courriel du 7.5.2008, AFF, doc. 5 du dossier de conduite du DFF.
515 Courriel du 8.5.2008, DFAE, doc. 7 du dossier de conduite du DFF.
516 *«We need creative solutions.»*
517 Courriel du 9.5.2008, DFAE, doc. 7 du dossier de conduite du DFF.

Le jour même, le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC avait appelé le *Head Litigation Corporate Center* d'UBS, puis Bruce Swartz, le procureur du *DOJ*. Durant ce second entretien téléphonique de trente minutes, Bruce Swartz avait présenté de manière générale le problème, notamment les infractions aux *QIA* et la mise en place de sociétés *offshore* dans le but de faciliter l'évasion fiscale. Il faisait également savoir qu'UBS, connaissant la nature des agissements incriminés, était en mesure d'informer les autorités suisses. Par-dessus tout, le procureur américain voulait mettre en place une enquête commune[518] et obtenir des informations par la levée du secret bancaire. Cet entretien téléphonique avait amené le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC à suspecter qu'il avait affaire à une *fishing expedition*[519]. Il avait constaté l'ampleur du problème: pour le *DOJ*, il s'agissait non pas d'un cas isolé de fraude, mais bien d'un système de fraude fiscale, le *scheme to defraud*. Un nouvel entretien téléphonique entre le *DOJ* et l'AFC était prévu pour le 14 mai 2008.

Le 10 mai 2008, dans le but de négocier avec les autorités américaines et notamment avec le *DOJ*, le vice-directeur de la CFB avait proposé une solution sur la base d'un entretien du chef de la Division des affaires internationales de l'AFC avec Bruce Swartz. Cette solution comprenait les points suivants:

1. UBS soutient le *DOJ* afin qu'il soit en mesure de préparer une demande d'entraide administrative.
2. Cette demande est restreinte aux actions d'UBS et de ses clients, qui – selon les indications d'UBS – auraient livré de fausses informations dans leur formulaire de déclaration à l'intention de l'*IRS*.
3. Eventuellement, UBS mandate un bureau d'avocats externe qui contrôle et confirme qu'UBS a véritablement enregistré tous les clients ayant fait de fausses déclarations.
4. Sur la base de la requête d'entraide administrative du *DOJ*, l'AFC mène aussi rapidement que possible les procédures en question et transmet (après l'aboutissement d'éventuelles procédures de recours) les données de clients à l'*IRS*.
5. UBS livre aussi vite que possible les résultats de son enquête interne menée par le bureau *WLRK*, mais sans qu'il y ait transmission de données de clients.
6. En contrepartie, le *DOJ* renonce pendant la durée de l'entraide administrative à exercer des mesures de contraintes unilatérales contre UBS et ses employés.

De plus, le vice-directeur de la CFB concluait qu'il ignorait si – aux yeux de l'AFC – une telle solution était envisageable[520].

Le 12 mai 2008, les représentants des autorités suisses concernées par l'affaire avaient été informés par UBS sur le contenu des dossiers de clients sensibles, spécialement sur ceux avec des structures *offshore*, c'est-à-dire les cas où les soupçons de fraude fiscale étaient facilement décelables.

518 *Joint-investigation*
519 Voir note 502.
520 Courriel du 10.5.2008, CFB, doc. 8 du dossier de conduite du DFF.

Le 13 mai 2008, plusieurs nouveaux événements se sont présentés: tout d'abord, une discussion a eu lieu entre le chef du DFF et le président de la CFB sur les récents événements survenus aux Etats-Unis. Il était alors devenu évident que les développements de l'affaire devaient être suivis de près. A l'avenir, le DFF allait se charger de la coordination des actions[521]. Ensuite, les représentants des autorités suisses (CFB, DFAE, AFF, AFC) ont rencontré des représentants d'UBS. Celle-ci avait en particulier soulevé le fait que l'enquête menée par le cabinet *WLRK* amenait au constat qu'un nombre important de structures *offshore* avaient été créées comme sociétés écrans entre la banque et des titulaires américains. Suite à ces constats, des zones à problèmes ainsi que des solutions possibles avaient été définies, notamment dans le domaine de la communication et des transmissions d'informations. La CFB avait également procédé auprès de la banque à une demande d'examen des dossiers concernant les structures *offshore*. Enfin, ce même jour, un communiqué de presse de la justice américaine informait que le procureur de Floride (*Southern District*), la *Tax Division* du *DOJ* et la *Criminal Investigation Division* de l'*IRS* avaient inculpé l'ancien conseiller à la clientèle, Bradley Birkenfeld, ainsi qu'un autre conseiller à la clientèle de la banque LGT basée au Liechtenstein, pour avoir contribué à une évasion fiscale se montant à 200 millions de dollars pour le compte d'un milliardaire américain[522].

Il est à noter que l'AFF avait fourni, pour la séance du 13 mai 2008, une analyse sur les contraintes institutionnelles et politiques auxquelles étaient soumis le *DOJ* et l'*IRS*. Ces contraintes étaient au nombre de quatre[523]:

1. La prescription applicable aux Etats-Unis exige qu'une procédure ait abouti dans un délai de six ans suivant le dépôt d'une déclaration fiscale. Pour cette raison, les déclarations de 2002 pour la période 2000–2001 ne pouvaient plus faire l'objet de poursuites en l'an 2008.
2. La gravité de la violation du *QIA* était d'autant plus importante pour les autorités américaines que les structures utilisées rendaient la détection de la violation impossible au moment des premiers audits externes prévus par le *QIA*, car ces montages financiers visaient justement à trouver les failles des règles du système *QI* tout en ne laissant pas de traces de violations.
3. L'intérêt croissant du Congrès américain et notamment du sénateur Carl Levin, président de la sous-commission permanente d'enquêtes du Sénat américain[524]; ladite sous-commission avait un large mandat d'inspection sur les dysfonctionnements du gouvernement et de l'administration américaine. Le sénateur Levin aurait eu des contacts avec Bradley Birkenfeld, arrêté au début du mois de mai 2008.
4. Le lien avec l'élection présidentielle américaine de 2008 était également établi. En effet, le sénateur et candidat à la présidence, Barack Obama, était avec le sénateur Levin coauteur d'un projet de loi visant directement les paradis fiscaux. Par ailleurs, le remplaçement des postes des *Political appointees* (personnes nommées par la nouvelle Administration) allait sûrement rendre la situation plus tendue, car les procédures seraient laissées aux soins

521 Chronologie des événements, UBS *cross-border*.
522 www.justice.gov Press Release: «*Foreign bankers charged with aiding american billionaire evade income tax on $200 million*», 13.4.2010.
523 Courriel du 14.5.2008, DFAE, doc. 11 du dossier de conduite du DFF.
524 *Permanent Subcommittee on Investigations.*

et à l'appréciation des fonctionnaires permanents et – selon les avocats américains d'UBS – souvent moins conciliants. Kevin Downing, *Assistant Attorney* du *DOJ*, était par ailleurs un de ces fonctionnaires permanents qui allaient avoir plus de latitude pour prendre des décisions lors du remplacement des *Political appointees*.

Selon l'*IRS*, UBS avait contrevenu aux obligations stipulées dans le cadre du système *QI*. Pour cette raison, l'*IRS* avait envoyé, le 15 mai 2008, une lettre[525] à UBS, à laquelle cette dernière devait répondre dans un délai de 60 jours, c'est-à-dire jusqu'au 14 juillet 2008. La réponse de la banque devait contenir une offre de solution pour les infractions commises ainsi que la durée prévue pour la mise en œuvre de cette solution, ou le cas échéant, une explication des raisons pour lesquelles UBS ne souscrivait pas à l'accusation d'infractions avancée par l'*IRS*.

3.3.2.3 Création du groupe de travail Karrer

Le 16 mai 2008, un groupe de travail a été mis en place par le chef du DFF[526]. Il était dirigé par l'ambassadeur Alexander Karrer de l'AFF qui informait directement le chef du DFF[527]. Les autres membres de ce groupe de travail étaient les suivants: le directeur suppléant de l'OFJ (DFJP), également responsable du Domaine de direction Entraide judiciaire internationale, le vice-directeur et chef de la Division des affaires internationales de l'AFC (DFF), le chef de la Division politique V de la Direction politique (DFAE), le procureur fédéral chef du ressort Entraide judiciaire internationale du Ministère public de la Confédération (MPC) et finalement, le vice-directeur et chef du Service juridique de la CFB.

Il est à noter que le chef du DFF n'avait pas donné de mandat formel à ce groupe de travail.

Durant cette première séance du 16 mai 2008, le groupe de travail a esquissé la stratégie suivante. Il s'agissait, pour la CFB, de donner à la *SEC* dans le cadre d'une procédure d'assistance judiciaire des documents bancaires, ceci toutefois sans livrer aucune donnée de clients. La *SEC* les transmettrait ensuite au *DOJ*. Pour les données bancaires concernant les clients américains et sous réserves que l'*IRS* dépose une demande d'entraide administrative, la compétence de mener la procédure en reviendrait à l'AFC.

En outre, des instructions avaient été données par le groupe de travail Karrer à l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis afin d'intervenir auprès du *DOJ* pour proposer la coopération des autorités suisses sur la base de la CDI et dans les limites du cadre juridique de la Suisse. L'ambassadeur devait rappeler que des mesures unilatérales du *DOJ* contre UBS n'étaient pas dans l'intérêt des deux pays. En plus de ces instructions, des informations d'arrière-plan lui avaient été livrées. Les possibles risques politiques d'une escalade de l'affaire, parmi lesquels se trouvaient notamment l'exigence de nouvelles négociations pour la CDI et la mise en place d'une

525 *Default Letter*.
526 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Rudolf Wyss, directeur suppléant de l'OFJ, du 27.11.2009, p. 4.
Procès-verbal de l'audition par les CdG d'Alexandre Karrer, chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire de l'AFF, du 11.2008, p. 4.
527 Ibid., p. 4.

coalition du G7 ou de l'OCDE contre la question du secret bancaire suisse y étaient clairement mentionnés.

L'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis a donc entrepris des démarches auprès du *DOJ* sur la base de ces instructions. Accompagné du chef du Service économique et financier de l'ambassade, l'ambassadeur a pu rencontrer trois représentants du *DOJ*, à savoir Kevin O'Connor, *Associate Attorney General*[528], accompagné de John Marella, *Deputy Assistant Attorney General* de la *Tax Division* et de Bruce Swartz, *Deputy Assistant Attorney General* en charge des affaires internationales de la *Criminal Division*. Kevin O'Connor avait compris qu'une *subpoena* contre UBS saperait la collaboration avec les autorités suisses et il laissait entendre qu'une telle démarche n'était pas à l'ordre du jour pour le moment. Il souhaitait qu'un contact puisse avoir lieu prochainement avec les autorités suisses compétentes afin de procéder à un large échange d'informations sur l'état de la situation concernant l'affaire des activités transfrontalières d'UBS. D'autre part, Bruce Swartz partait du principe qu'une entraide administrative normale ne pouvait pas conduire au but des autorités américaines, à savoir l'obtention de données de clients. Il était conscient que les autorités suisses ne transmettraient pas de données de clients sans que des noms soient clairement mentionnés dans la requête d'entraide administrative. Pour cette raison, le *DOJ* était très intéressé à mener une enquête commune avec les autorités suisses, pour prouver la complicité systématique d'UBS dans les schémas de fraude et d'évasion fiscales.

L'ambassadeur avait ajouté dans sa note à l'intention du groupe de travail Karrer[529], qu'une entraide administrative sur la base de la CDI pouvait également poser des problèmes, car dans ce cas l'autorité américaine qui bénéficierait de l'entraide administrative était l'*IRS* et non pas le *DOJ*. Il notait aussi que le contexte était marqué par des tensions entre le Congrès américain et la Maison Blanche sur la question du déficit fiscal. Les procédures contre l'évasion fiscale étaient probablement un corollaire à ces tensions internes à la politique américaine.

Le 21 mai 2008, Alexander Karrer avait envoyé une notice de quatre pages informant le chef du DFF sur l'affaire des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis[530]. Cette note décrivait l'ensemble des informations déjà en possession des autorités suisses, comme l'état des enquêtes aux Etats-Unis, les possibilités d'escalade politique de l'affaire et ses implications pour la Suisse, les aspects institutionnels et politiques des Etats-Unis, l'information et la réaction des autorités suisses. La communication officielle et la façon de procéder choisie par le groupe de travail Karrer étaient également mentionnées. Cette approche consistait en deux points majeurs: d'abord, sur la base de la notice d'Alexander Karrer, le chef du DFF informerait le Conseil fédéral lors de sa séance du 21 mai 2008 sur la situation des enquêtes américaines – les CdG ne disposent cependant d'aucune information permettant de confirmer que le chef du DFF ait bien informé le Conseil fédéral. Ensuite, les autorités suisses se montreraient disposées à collaborer avec les autorités américaines par la voie de l'entraide administrative ou judiciaire, mais aucune requête n'avait encore été déposée par les Etats-Unis. Le groupe Karrer s'était aussi réuni ce jour-là pour partager des informations sur la situation, parmi celles-ci les

528 *Associate Attorney General*: C'est la troisième personne la plus importante selon la hiérarchie du *DOJ*. Il conseille directement l'*Attorney General* (ministre de la justice). Son office supervise, entre autres, la *Tax Division*.
529 Note du 19.5.2008, DFAE, doc. 14 du dossier de conduite du DFF.
530 Notice du 21.5.2008, AFF, doc. 16 du dossier de conduite du DFF.

contacts avec UBS confirmaient des comportements de fraude au sein de la banque. Le groupe de travail a également affiné l'analyse des options d'action. Plusieurs options avaient été suggérées dont les plus importantes étaient les suivantes[531]:

1. Option 1: UBS écrit aux clients concernés pour obtenir de leur part une levée du secret bancaire. Sur une telle base, UBS pouvait légalement informer les autorités américaines.
2. Option 2: UBS ou l'administration fédérale dénoncent des employés et le *Whistleblower* Bradley Birkenfeld pour violation du secret bancaire suisse et d'autres délits de faux auprès des autorités pénales suisses. Celles-ci transmettraient alors les données des clients concernés (de 100 à 200 selon UBS) par la voie de l'entraide judiciaire et sur la base de l'art. 67 al. a de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP)[532].
3. Option 2a: Lancement d'une enquête pénale par UBS pour cause de faux dans les documents.
4. Option 3: Les autorités américaines adressent, sur la base de la CDI, une demande d'entraide administrative auprès de l'AFC, vraisemblablement sans mention de noms des clients concernés. L'AFC examine la demande et détermine quels sont les clients concernés. Elle décide de la transmission des données des clients, ces derniers ayant la possiblité de recourir auprès du Tribunal fédéral administratif (TAF). Cette option a suscité des réflexions poussées au sein du groupe Karrer[533].
5. Option 4: Enquête par la CFB.

Le groupe de travail Karrer avait prévu d'organiser un déplacement à Washington D.C., afin de rencontrer les autorités américaines.

3.3.2.4 Option d'une enquête commune CFB et *DOJ*

Le 22 mai 2008, le groupe de travail Karrer a rencontré des représentants de l'AFC pour discuter de la position officielle concernant l'entraide administrative et l'exigence des autorités américaines d'ouvrir une enquête commune avec les autorités suisses. Il a été retenu que la coopération devait se faire par la voie de l'entraide administrative dans le cadre de la CDI; une position officielle quant à la proposition du *DOJ* de mener une enquête commune a également été établie. Celle-ci consistait à faire valoir le fait que dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale entre la

531 Note du 21.5.2008, groupe de travail, doc. 17 du dossier de conduite du DFF.
532 RS **351.1**.
533 Ces réflexions sont les suivantes: La question reste ouverte quant à la décision du Tribunal administratif fédéral de cautionner ou non la transmission de données de clients. S'il s'agit du seul canal à suivre et que le Tribunal administratif fédéral répond par une fin de non-recevoir, il faut s'attendre à une révision de la CDI selon l'art. 26 du modèle de l'OCDE qui permet un échange automatique d'informations pour des cas fiscaux. A l'avenir, l'entraide administrative serait également possible pour des motifs d'évasion fiscale. L'Union européenne en exigerait tout autant de la Suisse. Ceci marquerait la fin du secret bancaire fiscal suisse, et les règles du jeu de la place financière suisse s'en trouveraient fondamentalement changées.

Suisse et les Etats-Unis, il n'existait pas de bases légales permettant la conduite d'une enquête commune[534].

Le 23 mai 2008, c'est-à-dire environ deux mois et demi après avoir été informée par UBS sur les trois enquêtes américaines à l'encontre de la banque et de ses responsables, la CFB ouvrait sa propre enquête en matière de surveillance.

Dans ce cadre, quatre questions majeures se posaient à la CFB:

a) Y a-t-il eu une aide active d'UBS à la fraude fiscale?

b) UBS en tant que *QI* a-t-elle transmis de fausses déclarations au fisc américain?

c) Le *QIA* a-t-il été enfreint?

d) Comment la banque a-t-elle composé avec le droit et le risque de réputation[535]?

L'enquête de la CFB allait occuper cinq personnes pendant sept mois.

Par ailleurs, du côté des autorités suisses, tout avait été mis en place pour pouvoir négocier avec le *DOJ* lors d'une téléconférence agendée le 23 mai 2008. La position officielle suisse consistait en trois points. D'abord, les autorités suisses soutenaient UBS dans la transmission directe et immédiate des résultats de l'enquête interne aux autorités américaines, pour autant que le droit suisse soit respecté. Puis, la CFB lançait sa propre enquête sur les activités transfrontalières d'UBS. Enfin, l'AFC était prête à traiter avec diligence une demande d'entraide administrative sur la base de la CDI; dans ce cadre, il fallait aussi prendre en compte le temps éventuellement nécessaire à la procédure de recours auprès du TAF[536].

La téléconférence du 23 mai 2008, dont les participants étaient du côté américain Bruce Swartz et John Marella pour le *DOJ* et du côté suisse Alexander Karrer, le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC, un représentant de l'AFF, ainsi qu'un représentant de l'ambassade de Suisse à Washington D.C., a permis un échange des positions officielles. Pour le *DOJ*, l'affaire des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis était une conspiration pour frauder le droit américain[537]. Les procureurs américains affirmaient avoir déjà suffisamment de preuves attestant d'une «conspiration» d'UBS et ils ne souhaitaient donc pas une entraide administrative qui, selon eux, ne pouvait pas mener à leurs objectifs. En effet, le *DOJ* était intéressé à une enquête commune; selon lui, les autorités suisses avaient tout intérêt à lancer une enquête pénale, étant donné l'importance du cas[538].

A la fin du mois de mai 2008, des réflexions étaient lancées au sein des autorités suisses et d'UBS quant aux possibilités légales de mener une enquête commune avec les autorités américaines sur les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis. UBS avait même transmis au chef du groupe de travail, Alexander Karrer, un memorandum établi par un bureau d'avocats suisse sur les possibilités légales d'une telle

534 «Sprachregelung zu Forderung nach einer gemeinsamen Untersuchung» du 22.5.2008, OFJ, doc. 20 du dossier de conduite du DFF.

535 Rapport de la CFB du 17.12. 2008 relatif à la mise en oeuvre du *Qualified Intermediary Agreement* et des activités bancaires transfrontalières de l'UBS aux Etats-Unis, p. 25.

536 Courriel du 22.5.2008, AFF, doc. 22 du dossier de conduite du DFF.

537 *Conspiracy to defraud U.S. Law.*

538 Note de synthèse du 23.5.2008, AFF, doc. 24 du dossier de conduite du DFF.

enquête. Ce memorandum proposait l'utilisation de l'art. 271 du code pénal suisse[539] afin de pouvoir exécuter des actes pour les Etats-Unis, c'est-à-dire remettre des données de clients par cette voie. Il y était également évoqué de permettre à des fonctionnaires américains d'enquêter sur le territoire suisse, ce qui supposait une autorisation du Conseil fédéral[540]. Selon la perception du groupe Karrer, la banque UBS avait déjà mis en place son lobbying pour soutenir une telle solution[541]. Le chef du groupe de travail avait alors demandé au MPC et à l'OFJ d'établir des avis de droit sur cette question[542].

Le 28 mai 2008, UBS présentait à la CFB son plan d'enquête ainsi que l'état des travaux concernant la bonne gouvernance dans les détails[543].

Le 30 mai 2008 avait lieu une nouvelle téléconférence avec le *DOJ*; en trois points, la position officielle des autorités suisses y fut à nouveau présentée. Alexander Karrer avait signalé une certaine ouverture pour discuter des possibilités de coopération, mais il avait souhaité obtenir plus de détails sur l'enquête du *DOJ* et les informations que celui-ci souhaitait recevoir des autorités suisses[544]. Le *DOJ* faisait état d'un système de fraude monté par UBS concernant des centaines de comptes, voire près d'un millier de comptes. UBS lui avait déjà fait savoir que 251 comptes correspondant à un système de fraude avaient été identifiés par la banque elle-même. Kevin Downing avait évalué que ces fonds illégaux en gestion de fortune à UBS se montaient à environ 20 milliards de dollars. D'après lui, le *DOJ* était en contact avec UBS depuis août 2007. Le secret bancaire ne pouvait pas, selon lui, constituer un obstacle à la transmission de données de clients. D'ailleurs, l'entraide administrative ou judiciaire ne l'intéressait pas, ces procédures étant trop complexes et trop lentes. Le *DOJ* allait malgré tout déposer dans un avenir proche une requête d'entraide administrative ou judiciaire, même s'il n'était en possession d'aucun nom. Le chef du groupe de travail avait toutefois insisté sur la possibilité d'obtenir des données de clients par la voie de l'entraide administrative de l'AFC. Sur la base de cet entretien, Alexander Karrer est arrivé à la conclusion que la confiance du *DOJ* dans les autorités suisses était faible et une rencontre devait éventuellement avoir lieu[545].

Dans la note de l'AFF du 2 juin 2008 faisant référence à la téléconférence du 30 mai 2008, il écrit: «*DOJ* werde bis auf weiteres keine *Subpoena* aussprechen, eine solche bleibe aber eine Option. Die Schweiz würde jedoch vorher gewarnt werden. Das *DOJ* gibt auch zu verstehen, dass der Verzicht auf *Subpoena* im jetzigen Zeitpunkt eine Selbstrestriktion darstelle und eine direkte Folge der Intervention vom schwei-

539 L'art. 271 CP prévoit en principe la possibilité d'autoriser de telles enquêtes. «Celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, celui qui aura procédé à de tels actes pour un parti étranger ou une autre organisation de l'étranger, celui qui aura favorisé de tels actes, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire et, dans les cas graves, d'une peine privative de liberté d'un an au moins.» Art. 271, al. 1, CP; RS **311.0**.

540 Courriel du 30.5.2008, UBS, doc. 30 du dossier de conduite du DFF.

541 Courriel du 30.5.2008, AFF, doc. 31 du dossier de conduite du DFF.

542 Ibid.

543 Document du 21.4.2010 transmis par UBS aux CdG.

544 Courriel du 30.5.2008, AFF, doc. 32 du dossier de conduite du DFF.

545 Note du 2.6.2008, AFF, doc. 37 du dossier de conduite du DFF.

zerischen Botschafter in den Vereinigten Staaten beim *Deputy Attorney General* ist.[546].»

Le 2 juin 2008, l'OFJ livrait son analyse concernant l'utilisation de l'art. 271 du code pénal suisse[547]. Dans ses conclusions, l'OFJ déconseillait aux autorités suisses de s'écarter des pratiques en cours en délivrant une autorisation à des fonctionnaires américains ou à UBS. L'OFJ relevait également que des sanctions seraient à prévoir si la banque tentait d'aider les autorités américaines sans avoir obtenu préalablement une autorisation de la part des autorités suisses. Le même jour, le MPC avait également livré une notice concernant l'utilisation de l'art. 271 du code pénal suisse[548]. Les conclusions en étaient que le DFJP pouvait vraisemblablement délivrer une autorisation sur la base de l'art. 31 al. 1 OLOGA[549]. Une telle autorisation ne pouvait toutefois se justifier que dans le cas où l'entraide judiciaire s'avérait impossible. Par ailleurs, étant donné l'importance de l'affaire, l'art. 31, al. 2 de l'OLOGA devait être pris en compte, l'article précité stipulant que: «Les cas d'importance majeure, sur le plan politique ou autre, doivent être soumis au Conseil fédéral.» De plus, le MPC avait qualifé une telle autorisation comme étant tout à fait exceptionnelle et donc extrêmement rare.

Le 6 juin 2008, le président du conseil d'administration d'UBS, Peter Kurer, avait appelé Alexander Karrer pour un échange de points de vue. UBS poursuivait deux buts, d'abord permettre le retour de Martin Liechti en Suisse, puis éviter que la presse ne se saisisse de l'affaire. Quant à l'utilisation de l'art. 271, ch. 1, CP, Alexander Karrer avait dit à Peter Kurer que cela ne pouvait être une solution acceptable pour les autorités suisses. Peter Kurer avait insisté malgré tout pour garder cette solution comme une mesure de dernier recours. Pour les autorités suisses, l'objectif restait de résoudre l'affaire par le biais de l'entraide administrative ou judiciaire[550].

Le 5 juin 2008, la personne en charge du dossier auprès de l'*Office of International Affairs* de la *Criminal Division* du *DOJ* avait pris directement contact avec le Procureur général adjoint du MPC. Celui-ci avait présenté le point de vue de la Suisse et les diverses options alors possibles[551].

546 Dans la note du 2 juin 2008 qui se référait à la téléconférence du 30 mai 2008, Alexander Karrer avait en substance relevé que le *DOJ* renonçait jusqu'à nouvel ordre à une citation à comparaître, mais qu'il se réservait la possibilité de revenir sur sa décision et que, le cas échéant, la Suisse serait préalablement avertie. Dans ladite note, Alexander Karrer avait aussi précisé que le *DOJ* avait laissé entendre que la renonciation provisoire à une citation à comparaître était un geste de plein gré et résultait directement d'une intervention de l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis auprès du suppléant du procureur général.

547 Avis de l'OFJ du 2.6.2008 concernant la proposition d'autorisation au sens de l'art. 271 du code pénal, OFJ, doc. 35 du dossier de conduite du DFF.

548 Note du 30.5.2008 relative à l'art. 271 du code pénal, MPC, doc. 36 du dossier de conduite du DFF.

549 «Dans leur domaine, les départements et la Chancellerie fédérale décident des autorisations de procéder pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, prévues à l'art. 271, ch. 1, du code pénal.» Art. 31, al. 1, de l'Ordonnance du 25.11.1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration; RS **172.010.1**.

550 Courriel du 6.6.2008, AFF, doc. 38 du dossier de conduite du DFF.

551 Note du 9.6.2008, MPC, doc. 39 du dossier de conduite du DFF.

UBS envoyait le 9 juin 2008 une lettre au *DOJ* dans laquelle elle expliquait comment l'*IRS* pouvait formuler, selon les termes de la CDI, une demande d'entraide administrative efficace qui permettrait l'accès aux dossiers «noircis»[552].

3.3.2.5 Demande d'entraide judiciaire

Le 10 juin 2008, le *DOJ* avait déposé une demande d'entraide judiciaire auprès de l'OFJ. Cette demande n'était pas encore complète et les dix classeurs annoncés n'étaient pas encore arrivés à l'OFJ. Or, cette démarche posait problème, puisqu'il n'y aurait pas de noms cités, mais uniquement des descriptions du système de fraudes. En outre, selon l'art. 3 al. 3 EIMP, «La demande est irrecevable si la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique. Toutefois, il peut être donné suite à une demande d'entraide au sens de la troisième partie de la présente loi si la procédure vise une escroquerie en matière fiscale». Or, l'OFJ avait rappelé que pour les autorités suisses, les cas de fraudes fiscales étaient jugés de manière très restrictives[553].

Par conséquent, le groupe de travail avait réétudié la situation le 13 juin 2008. Malgré le conseil donné aux autorités américaines lors de la téléconférence du 30 mai 2008 de se servir de la voie de l'entraide administrative sur la base de CDI, celles-ci avaient émis une requête d'entraide judiciaire, procédure qui dure généralement plus longtemps qu'une procédure d'entraide administrative, car elle prévoit deux voies de recours, alors que l'entraide administrative n'en prévoit qu'une seule. Le jour même, le *DOJ* avait été appelé par l'OFJ pour se faire présenter les avantages de la procédure d'entraide administrative[554].

3.3.2.6 Une délégation suisse à Washington

Au vu des difficultés de communication entre les autorités américaines et suisses et des menaces du *DOJ* de prendre des mesures unilatérales, une délégation suisse était parti pour Washington les 19 et 20 juin 2008 dans le but de remédier aux problèmes d'échanges d'informations. La délégation avait été mandatée par la cheffe du DFJP. Elle était dirigée par le directeur suppléant de l'OFJ, également responsable du Domaine de direction Entraide judiciaire internationale. Le but de ce voyage était d'informer les autorités américaines sur les différents canaux d'échange d'informations possibles et de démontrer les avantages d'une entraide administrative par rapport à une entraide judiciaire. Le *DOJ* s'était montré, par la suite, disposé à utiliser ces canaux et plus précisément:

– le canal de l'entraide administrative par l'AFC sur la base de la CDI pour obtenir des données clients.

552 Document du 13.4.2010 transmis par UBS aux CdG. Selon Markus Diethelm, *Group General Counsel* d'UBS, «la banque avait préparé des dossiers noircis en rapport avec les comptes qui au premier coup d'oeil semblaient remplir les standards du soupçon fondé de «fraudes et délits semblables» de la CDI.»

553 Courriel du 11.6.2008, OFJ, doc. 42 du dossier de conduite du DFF.

554 Note du 13.6.2008, AFF, doc. 45 du dossier de conduite du DFF.

– le canal de l'assistance administrative par la CFB pour obtenir des informations internes à la banque.

En outre, ce voyage avait permis au vice-directeur de la CFB, membre de la délégation, d'établir un diagnostic de la situation[555] avec le positionnement des différents acteurs. Les points centraux de l'état des lieux étaient les suivants:

1. Le *DOJ* est prêt à renoncer à des mesures coercitives unilatérales pendant la durée du processus de coopération convenue.
2. Il y a cependant une exception: pour juin 2008, l'*IRS* ambitionne encore une *John Doe Summons*[556] édictée par un tribunal, afin de pouvoir réclamer les données de clients américains à UBS.
3. En complément à la demande d'entraide judiciaire du *DOJ*, l'*IRS* déposera une demande d'entraide administrative sur la base de la CDI.
4. Cette demande vise à obtenir les noms des clients qui, dans le cadre de la mise en oeuvre du *QIA* au début 2001, ont créé des constructions frauduleuses et dommageables pour le fisc américain.
5. Des demandes visant à l'obtention de noms au-delà de cette définition étroite d'un cercle de clients sont probables. Du côté suisse, l'opinion prévalait que dans de tels cas le procédé n'est pas envisagé comme «*tax fraud or the like*» et que l'entraide administrative ne pourrait donc pas être accordée.
6. Le *DOJ* attend rapidement des données sur les collaborateurs, les organes et les procédés internes d'UBS. Entre la CFB, UBS et le *DOJ* un calendrier sera établi dans les prochaines deux semaines quant à une demande d'assistance administrative à déposer par la *SEC* à la CFB.

Le vice-directeur de la CFB avait aussi retenu des observations sur la base des discussions qui s'étaient tenues à Washington:

a) UBS a un gros problème. Dans son enquête pénale, le *DOJ* (Kevin Downing, *Assistant Attorney*) se préoccupe en première lieu d'UBS, de son management et de ses employés, puis en second lieu des clients (UBS voit cela exactement de façon inverse), tandis que l'*IRS* s'intéresse plutôt aux clients qu'à la banque.

b) Contrairement à l'appréciation d'UBS, les autorités américaines se sont montrées insistantes et frustrées de ne pas encore avoir obtenu d'informations sur les activités des conseillers à la clientèle ainsi que sur le degré d'implication du management.

c) Le *DOJ* soupçonne le management d'UBS de ralentir la transmission d'informations.

d) Le *DOJ* est également intéressé par d'autres catégories de clients que celles définies par UBS.

555 Note du 22.6.2008 «UBS x border – rencontre du 19.6.2008 entre des représentants des autorités américaines et des autorités suisses à Washington.», classeur 1: UBS *cross-border,* chronologie avec annexes.

556 C'est une injonction faite à un accusé anonyme qui est mentionné par le terme *«John Doe»*. Il s'agit d'une procédure juridique américaine consistant à porter plainte contre X. Cette procédure permet également d'interrompre la prescription de 6 ans. Par ce moyen, l'*IRS* pouvait s'éviter la pression du temps pour poursuivre ses enquêtes sur les contribuables américains.

e) Les Etats-Unis attendent clairement une *joint investigation*, c'est-à-dire une enquête commune.

f) Les démêlés avec les autorités américaines ont un fort potentiel de dommage autant pour UBS que pour la place financière suisse.

Suite au voyage de cette délégation suisse à Washington, le *DOJ* et l'*IRS* avaient suspendu la demande d'entraide judiciaire, l'entraide administrative auprès de l'AFC ayant été jugée plus appropriée par les autorités suisses.

Le 21 juin 2008, une note[557] sur la réunion avec les autorités américaines à Washington avait été rédigée par un représentant de l'AFC et complétée par le vice-directeur de la CFB, le directeur suppléant de l'OFJ, et le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC. Outre les remarques qui avaient déjà été faites dans les documents précédents, cette note relevait en substance que les représentants de l'*IRS* avaient annoncé qu'une action civile non nominative (*John Doe summons*) allait probablement être ouverte contre UBS dans le courant de la semaine à venir. Cette action allait exiger la divulgation des rapports d'affaires que la banque entretenait avec des clients américains et cette procédure serait rendue publique dès sa recevabilité confirmée par le tribunal. Ladite note soulignait que le but principal de cette mesure était d'interrompre la prescription à l'égard des clients américains de la banque et que les représentants américains avaient certifié que l'exécution de cette *John Doe Summons* ne serait pas exigée tant que la procédure convenue serait en cours. La note précise encore que la délégation suisse avait été invitée à ne pas informer UBS à ce sujet.

Le 1er juillet 2008 le chef du DFF informait la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (CER-E) concernant les enquêtes américaines menées contre UBS.

Le même jour, le tribunal du district de Fort Lauderdale en Floride édictait une *John Doe Summons*. A partir de ce moment précis, l'*IRS* pouvait contraindre UBS à fournir des informations sur les clients américains. Les clients visés étaient ceux qui avaient ouvert un compte à UBS entre le 1er janvier 2001 et le 31 décembre 2007.

Le 8 juillet 2008, le chef du groupe de travail Karrer écrivait au *DOJ* pour reformuler les conclusions de la réunion à Washington du 19 et 20 juin concernant l'utilisation des canaux d'informations de l'entraide administrative[558].

De son côté, le 10 juillet 2008, la CFB transmettait dans le cadre de son assistance administrative des documents relatifs à la banque à la *SEC*, mais sans pour autant livrer des données de clients; elle avait également autorisé la *SEC* à transmettre ces documents au *DOJ*.

Le 14 juillet 2008, une téléconférence avait lieu entre l'*IRS* et l'AFC. Elle concernait les modalités d'une requête d'entraide administrative. Selon le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC, la discussion aurait été très constructive[559].

557 Note du 21.6.2008, AFC, doc. 46 du dossier guide du DFF.
558 Document dans le classeur 1 de la FINMA: UBS *cross-border*, chronologie avec annexes.
559 Courriel du 14.7.2008, AFC, doc. 60 du dossier de conduite du DFF.

3.3.2.7 Négociation d'un calendrier de coopération avec le *DOJ*

Le 15 juillet 2008, une rencontre avait lieu à l'aéroport de Zurich entre le *DOJ* (John Marella, Bruce Swartz et Kevin Downing) et les autorités suisses, à savoir la CFB, l'AFC, l'OFJ ainsi qu'UBS accompagnée d'avocats de WLRK. Les représentants du *DOJ* avaient expliqué les raisons de leur agacement dans ce dossier. Depuis août 2007, ils suivaient l'affaire avec UBS, mais force était de constater, de leur point de vue, que les choses ne bougeaient pas suffisamment vite. Pour cette raison, ils avaient jugé négative la qualité de la coopération d'UBS. En effet, ils ne pouvaient pas concevoir que la banque n'ait pas depuis longtemps déjà livré les documents demandés et mis à disposition ses conseillers à la clientèle pour des interrogatoires. Selon eux, Martin Liechti avait déjà signé un affidavit[560] donnant suffisament d'éléments pour inculper la banque. Ils avaient par ailleurs communiqué que leur intention n'était pas de démanteler UBS. Par contre, ils exigeaient une coopération étendue et sans détour[561]. Lors de cette rencontre, UBS avait attesté aux autorités suisses et américaines sa volonté de rapidement faire aboutir son enquête interne; elle regrettait cependant les contretemps dus aux nouvelles questions du *DOJ*, mais aussi aux mesures coercitives des autorités américaines, comme par exemple l'arrestation de Martin Liechti. Malgré les pressions du *DOJ,* un premier jalon semblait avoir été posée pour mieux coopérer par la suite. D'autre part, un calendrier avait été négocié. Celui-ci prévoyait que:

- le 15 août 2008, UBS produise pour la CFB des preuves documentées destinées à étayer sa présentation désignée comme *non-paper*[562].
- Le 27 août 2008, UBS produise un *non-paper* pour la CFB qui permettra aux autorités suisses et américaines de se préparer pour la présentation.
- Les 4 ou 5 septembre 2008, UBS présente les faits résultants de son enquête interne et réponde ainsi aux questions et aux objets des enquêtes de la CFB et du *DOJ*.
- A partir du 22 septembre 2008, la CFB et le *DOJ* conduisent des interrogatoires d'employés (actuels ou anciens) d'UBS dans les locaux de la CFB.
- UBS et le *DOJ* négocient un accord dans la mesure où UBS garantit l'engagement de ses employés à participer à des auditions menées conjointement par la CFB et le *DOJ*. En contrepartie, le *DOJ* assure le libre passage des hauts dirigeants d'UBS aux Etats-Unis.

Il était aussi prévu que les avocats d'UBS rencontrent Kevin Downing pour discuter de différents points. Ceux-ci concernaient notamment un classeur de documents relatif à Martin Liechti et son utilisation dans les procédures judiciaires en cours ou futures. La CFB avait transmis ce classeur le 10 juillet 2008 à la *SEC,* qui l'avait par la suite elle-même remis au *DOJ.*

En outre, avaient été abordés les points suivants: la livraison d'autres documents, le statut du *non-paper*, les conditions des auditions des employés d'UBS et les possibi-

560 Déclarations des faits tenant lieu de serment.
561 *i.e. meaningful production of documents, interviews.*
562 Un *non-paper* est un document de travail inofficiel couramment utilisé dans la diplomatie. Il ne possède ni en-tête, ni tampon, ni signature. Il permet de faire des propositions et sert souvent de document de base pour des discussions ou des négociations.

lités de conclure un *Deferred Prosecution Agreement*[563], car UBS songeait à un scénario de retrait pour les activités transfrontalières aux Etats-Unis. Par ailleurs, des questions se posaient quant à l'avenir de la structure *Swiss Financial Advisers* d'UBS, enregistrée auprès de la *SEC*.

Selon les homologues américains, Martin Liechti avait été relâché comme *material witness* (témoin des faits) après avoir transmis un affidavit de 27 pages. Pour l'instant, il devait cependant rester aux Etats-Unis, afin de passer en revue des documents pour le *DOJ*. Martin Liechti était considéré par le *DOJ* comme un témoin précieux, puisqu'il avait eu un lien à la fois avec les activités opérationnelles d'un côté et les hauts dirigeants d'UBS de l'autre. Le *DOJ* avait exigé une déclaration d'UBS attestant qu'elle renoncerait à son droit de poser des questions au témoin Martin Liechti dans le cadre d'un procès sur sol américain. Selon les représentants du *DOJ*, ce dernier disposait d'assez de données pour inculper UBS, ce qu'il avait par ailleurs déjà fait savoir à UBS dans une lettre[564]. Le *DOJ* expliquait aussi qu'il ne pensait pas inculper UBS tant que la coopération fonctionnerait[565].

3.3.2.8 Demande d'entraide administrative de l'*IRS* du 16 juillet 2008

Le 16 juillet 2008, l'*IRS* a finalement déposé une demande d'entraide administrative auprès de l'AFC[566]. Cette demande précisait que le *DOJ* et le procureur du district sud de la Floride avaient ouvert une enquête à l'encontre d'UBS, des cadres d'UBS, des employés d'UBS et des clients américains d'UBS pour violations du droit pénal fiscal américain[567]. La demande se fondait sur l'art. 26 CDI, sur le protocole correspondant ainsi que sur la déclaration commune des Etats-Unis et de la Suisse relative à cet art. 26.

La demande d'entraide administrative reprochait à UBS d'avoir institué un système (*scheme*) de fraude fiscale aux Etats-Unis permettant de contourner le *QIA* et de tromper la société de révision chargée de contrôler le respect du *QIA* par UBS en ne remplissant pas correctement les formulaires américains pour les clients pour lesquels UBS fonctionnait en qualité de *withholding agent*. La demande indiquait qu'UBS était en possession de documents confirmant ce soupçon.

La demande précisait à l'intention de l'AFC les informations que l'*IRS* désirait obtenir d'UBS au moyen d'un schéma qui ne comportait aucun nom de fraudeurs présumés du fisc américain. L'*IRS* désirait notamment obtenir des informations sur toutes les transactions ayant trait au transfert vers une structure extraterritoriale de

563 *Deferred Prosecution Agreement*: c'est une décision judiciaire par laquelle un procureur accorde une amnistie à l'accusé en échange de l'accomplissement de certaines conditions.
564 *Target letter.*
565 Note du 16.7.2008, CFB, doc. 62 du dossier de conduite du DFF.
566 Lettre du 16.7.2008 de Barry B. Shott, *United States Competent Authority, Deputy Commissioner (International)*, adressée à Jürg Giraudi, chef de division et délégué aux accords fiscaux internationaux, AFC, accompagnée de la demande d'entraide administrative en annexe.
567 *«The United States Department of Justice, Tax Division, and the United States Attorney for the Southern District of Florida are investigating on UBS, UBS managers, UBS bankers, and UBS United States clients (and their related nominee enitities) for violating United States criminal tax laws resulting in billions of dollars of losses to the U.S. Government.».*

comptes américains[568] de particuliers domiciliés aux Etats-Unis ou de création de nouveaux comptes de particuliers domiciliés aux Etats-Unis par de telles structures. La demande limitait les informations souhaitées aux transactions visant à réduire illégalement et de manière substantielle le montant des impôts à verser à l'*IRS* au moyen de la structure extra-territoriale et de la falsification du contenu du formulaire W-8BEN[569] ou d'autres documents destinés à l'identification des clients. L'*IRS* invoquait que les mesures prises par UBS dans le cadre de cette structure avaient servi à contourner le *QIA* et à dissimuler les ayants droit économiques aux comptes concernés.

L'*IRS* avait aussi clairement indiqué que, pour les autorités américaines, il était important que la demande d'entraide aboutisse rapidement pour que l'enquête puisse avancer le plus vite possible. En se basant sur les discussions préalables avec les représentants suisses, l'*IRS* avait formulé des délais clairs à l'intention des autorités suisses concernées[570].

Dans sa requête, l'*IRS* soulignait clairement que la demande d'assistance administrative ne constituait en aucun cas une renonciation ou une suspension, aux Etats-Unis, d'autres procédures juridiques ou moyens de droit visant l'obtention des mêmes informations.

Les travaux relatifs à la demande d'assistance administrative *SEC* – CFB avaient été poursuivis parallèlement à la demande d'assistance administrative *IRS* – AFC qui venait d'être déposée. Le 16 juillet 2008, la CFB avait résumé par écrit à l'attention du *DOJ* le calendrier discuté peu auparavant[571]. Il s'est avéré par la suite que le *DOJ* n'était pas disposé à le confirmer[572].

568 Comptes de particuliers domiciliés aux Etats-Unis ouverts avant le *QIA* de 2001

569 *«The W-8BEN form (entitled Certificate of Foreign Status of Beneficial Owner for United States Tax Withholding) is used in the United States taxation system by foreign persons (including corporations) to certify their non-American status. The form, issued by the Internal Revenue Service, establishes that one is a foreign, non-resident alien or foreign national performing work outside the United States, in order to claim tax treaty benefits such as a lower amount of tax withholding from dividends paid by U.S. corporations. The W-8BEN form should be given to the withholding agent such as a stock broker, and not the IRS.»*; source: www.wikipedia.org.

570 Extrait de la lettre d'accompagnement que le *DOJ* a adressé à l'AFC (traduction du texte original anglais):
- L'AFC informe l'*IRS* le plus rapidement possible sur le nombre de comptes qu'UBS a identifiés à partir des critères mentionnés dans la demande [d'entraide administrative];
- Dans un délai de 60 jours à compter de la réception de la demande d'entraide administrative, l'AFC informe l'*IRS* au sujet a) du nombre de cas pour lesquels l'AFC estime pouvoir accorder l'entraide administrative en vertu de l'art. 26 CDI et b) du nombre de cas qui ne satisfont pas aux exigences de l'art. 26 CDI, de son protocole et de l'accord mutuel du 23.1.2003;
- Dans un délai de 90 jours à compter de la réception de la demande d'entraide, l'AFC transmet à l'*IRS* toutes les informations sur les cas qui, selon l'AFC, satisfont aux critères et lui permettent d'octroyer l'entraide administrative et pour lesquels aucun recours n'a été déposé [auprès du Tribunal administratif fédéral];
- Le plus rapidement possible après cela, mais dans un délai de 180 jours à compter d'un éventuel recours déposé [auprès du Tribunal administratif fédéral], l'AFC transmet à l'*IRS* les raisons pour lesquelles l'entraide administrative a été rejetée et l'informe de l'état de tous les autres cas.

571 Courriel du 5.8.2008, CFB, doc. 63 du dossier de conduite du DFF

572 Courriel du 5.8.2008, CFB, doc. 68 du dossier de conduite du DFF

3.3.2.9 Audition le 17 juillet 2008 du *Chief Financial Officer* d'UBS par une sous-commission du Sénat américain

Le 17 juillet 2008 paraissait un rapport d'une sous-commission du Sénat américain sur les banques dans les paradis fiscaux et la conformité de leurs activités avec le droit fiscal américain[573]. Le même jour, cette sous-commission interrogeait en audition publique Martin Liechti et Mark Branson d'UBS en tant que témoins. Martin Liechti avait fait usage de son droit de se taire. Mark Branson, à l'époque *Chief Financial Officer* d'UBS Global Wealth Management & Business Banking, Global WM & BB, avait présenté des excuses pour les fautes commises par UBS et annoncé le retrait d'UBS du secteur des affaires transfrontalières avec des clients privés américains. Il avait également déclaré qu'UBS avait décidé de travailler avec les autorités de poursuite américaines, notamment afin d'identifier les quelque 19 000 comptes en Suisse de clients américains non déclarés au fisc américain[574]. A la suite de ses auditions, la pression exercée sur l'*IRS* pour qu'il obtienne des autorités suisses la transmission des données correspondantes est encore montée.

3.3.2.10 L'AFC entre en matière sur la demande d'entraide administrative déposée par l'*IRS*

De mi-juillet à début août 2008, l'AFC avait procédé à l'examen préliminaire de la demande de l'*IRS* et était parvenue à la conclusion que celle-ci remplissait les conditions d'entrée en matière. L'AFC avait en outre estimé que la demande était suffisamment concrète pour ne pas devoir être cataloguée comme une *fishing expedition*[575]. Le 29 juillet 2008, elle informait UBS par téléphone de cette demande et priait la banque de lui remettre les informations nécessaires. UBS avait demandé une ordonnance de production de pièces de la part de l'AFC, ce que celle-ci a édicté le 7 août 2008. A partir de là, la banque devait identifier ses clients qui répondaient aux critères concrets définis par l'*IRS* dans sa demande et transmettre les dossiers correspondants à l'AFC.

Selon les indications de la BNS, le 5 août 2008, des représentants de la *Federal Reserve Bank* de New York avaient, lors d'une visite à la BNS, averti d'une possible escalade du conflit. Ils avaient clairement fait comprendre que les autorités américaines étaient décidées à introduire une plainte pénale, même si dans un tel cas l'existence de la banque était remise en question. En outre, ils avaient clairement laissé transparaître qu'ils considéraient la procédure d'entraide comme étant inadéquate, puisque malgré tous les efforts déployés, aucun nom de client n'avait été transmis.

573 *United States Senate, Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, Tax haven banks and U.S. tax compliance, Staff report*, 17.7.2008

574 Ibid., p. 8

575 Voir procédure d'entraide administrative 2008/2009 concernant UBS (projet AHUSA), rapport final de l'AFC du 27.5.2009, p. 11 (n'existe qu'en allemand).

A partir du 8 août 2008 et jusqu'à la fin de l'année 2008, UBS remettait les documents demandés à l'AFC qui les examinait en suivant une procédure standardisée[576]. Il s'agissait de vérifier si l'escroquerie en matière de contributions était avérée dans chaque cas d'espèce[577]. Fin 2008, l'AFC avait reçu 348 dossiers[578]. Les CdG n'ont pas approfondi la question du rythme auquel les documents parvenaient à l'AFC. Les documents qu'elles ont pu examiner leur ont toutefois donné certaines indications à ce sujet[579].

Au cours du mois d'août 2008, l'AFC et l'*IRS* ont eu plusieurs contacts dans le cadre de conférences téléphoniques[580]. Le 26 août 2008, lors d'une conférence téléphonique, l'*IRS* se renseignait auprès de l'AFC au sujet des délais concernant les autres 1600/1700 données de clients ne possédant pas de titres américain; l'*IRS* voulait savoir si l'AFC considérait que les conditions de fraude fiscale étaient remplies pour ces cas et, le cas échéant, si ces données pouvaient tomber sous l'entraide administrative. L'*IRS* s'intéressait en outre à la question de savoir si l'AFC était en mesure de traiter un si grand nombre de dossiers et dans quels délais. L'AFC avait promis une réponse ultérieure, estimant qu'elle devait tirer la question au clair. Selon une première estimation, le traitement d'un si grand nombre de dossiers nécessitait environ une centaine de juristes supplémentaires, ce qui allait être très problématique[581]. Selon l'AFC, l'*IRS* s'était déclarée satisfaite du déroulement de l'entraide administrative[582].

3.3.2.11 Extension du nombre de cas concernés par l'entraide administrative

Le 29 août 2008, l'*IRS* a encore précisé sa demande d'entraide administrative. Celle-ci ne se limitait dorénavant plus aux seuls détenteurs de titres américains, mais englobait aussi les contribuables assujettis au fisc américain qui répondaient aux critères de la demande formulée par l'*IRS*, tout en ne détenant pas de titres américains. En accord avec l'*IRS*, l'AFC avait, dans un premier temps, accordé la priorité aux dossiers des contribuables détenant des titres américains[583]. A ce moment-là,

576 Lorsque les conditions de l'art. 26 CDI étaient remplies pour un cas d'espèce, l'AFC invitait la banque à informer le client correspondant de l'ordonnance de production de pièces. Le client avait ensuite 20 jours pour indiquer à UBS un mandataire ad litem en Suisse. L'AFC traitait ensuite le dossier et rendait une ordonnance de clôture envoyée au mandataire ad litem. La personne concernée avait ensuite 30 jours pour recourir contre cette décision de clôture auprès du Tribunal administratif fédéral.

577 Au sujet de l'escroquerie en matière de contributions voir l'art. 14 de la loi fédérale du 22.3.1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS **313.0**).

578 Ces dossiers représentaient un volume d'environ 1500 classeurs; voir procédure d'entraide administrative 2008/2009 concernant UBS (projet AHUSA), rapport final de l'AFC du 27.5.2009, p. 11 (n'existe qu'en allemand).

579 Ainsi, une lettre que le cabinet *WLRK* a adressée au *DOJ* le 14.8.2009 mentionne que le 8 août 2008, UBS avait transmis à l'AFC les dossiers relatifs à 30 comptes.

580 En règle générale tous les 15 jours; voir procès-verbal de l'audition par les CdG de Jürg Giraudi, chef de la Division des affaires internationales de l'AFC, du 27.11.2009, p. 12.

581 Courriel du 27.8.2008, AFC, annexe du doc. 76 du dossier de conduite du DFF.

582 Voir procédure d'entraide administrative 2008/2009 concernant UBS (projet AHUSA), rapport final de l'AFC du 27.5.2009, p. 27 (n'existe qu'en allemand).

583 Ibid., p. 12.

UBS avait estimé à environ 1600 le nombre de comptes concernés par l'extension de la demande d'entraide administrative de l'*IRS*[584].

3.3.3 Rôle des autorités au cours de cette phase

3.3.3.1 En général

A partir de la séance du 7 mars 2008 du futur groupe de travail Karrer, le DFF, le DFJP et le DFAE avaient été impliqués dans le dossier concernant les activités transfrontalières d'UBS avec des clients privés américains. Cette implication avait eu lieu d'abord dans le cadre d'un groupe informel et à partir du 16 mai 2008 dans le cadre du groupe de travail institué par le chef du DFF.

Lors des auditions effectuées par les CdG, les membres de ce groupe de travail qui ont été entendus ont indiqué qu'ils rendaient régulièrement et directement compte des travaux et des conclusions du groupe à leur chef de département respectif[585].

Durant la période sous revue, la CFB avait poursuivi ses travaux relatifs à l'entraide administrative accordée à la *SEC*. La demande d'entraide administrative que l'*IRS* avait déposée auprès de l'AFC le 16 juillet 2008 avait ouvert une deuxième procédure formelle.

Au cours de cette phase, le TAF n'avait en aucune manière été impliqué, alors même qu'il fallait s'attendre à des recours contre les ordonnances de clôture de l'AFC dans la procédure d'entraide administrative[586]. Ni l'AFC, ni aucun membre du groupe de travail Karrer n'avaient contacté le TAF durant cette phase. Pour sa part, ce dernier n'avait pas non plus contacté les autorités concernées.

3.3.3.2 Commission fédérale des banques

Jusqu'à la mise en place formelle du groupe de travail Karrer le 16 mai 2008, la CFB avait, dans les faits, assuré la conduite du dossier. Lors de la séance du 7 mars 2008, elle avait informé les représentants des trois départements concernés (DFF, DFJP et DFAE) que le dossier prenait de telles proportions qu'il débordait de son champ de compétences. D'un commun accord, les membres du groupe de travail avaient certes décidé de suivre l'évolution de l'affaire, mais, à ce moment-là, aucun d'entre eux ne voyait de raison justifiant une intervention de l'administration fédérale centrale dans ce dossier. Après l'arrestation de Martin Liechti aux Etats-Unis, le groupe de travail Karrer avait changé d'opinion lors de sa séance du 16 mai 2008.

Depuis le 7 mars 2008, la CFB avait suivi ce dossier dans le cadre de l'exercice de son mandat de surveillance des grandes banques. Elle avait en particulier suivi

584 Ibid., p. 27

585 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Alexander Karrer, chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire, DFF, du 24.3.2010, p. 7 et procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Rudolf Wyss, vice-directeur suppléant de l' OFJ, DFJP, du 27.11.2009, p. 14.

586 Le président du Tribunal administratif fédéral a déclaré aux CdG que c'est en lisant la presse qu'il avait été informé de la demande d'assistance administrative déposée par l'*IRS*; voir procès-verbal de l'audition par les CdG de Christoph Bandli, président du TAF, du 19.3.2010, p. 6.

l'enquête du cabinet d'avocats américain mandaté par UBS pour l'assister dans le dossier relatif à ses activités transfrontalières et les relations qu'elle avait entretenues avec des clients privés américains.

Le 23 mai 2008, disposant d'indices lui permettant de soupçonner des transgressions du régime de surveillance suisse, la CFB avait ouvert sa propre enquête sur les affaires transfrontalières d'UBS. Elle avait affecté cinq collaborateurs de son secrétariat à cette tâche et mandaté un cabinet d'avocats suisse pour la soutenir. Outre le constat d'éventuelles transgressions du régime de surveillance suisse, la CFB voulait ainsi acquérir une vue d'ensemble complète et approfondie des affaires transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis afin d'être en mesure d'assumer son rôle envers les autorités américaines. Les investigations de la CFB étaient étroitement liées à celles du cabinet d'avocats américain mandaté par UBS. L'enquête de la CFB était d'une part tributaire des investigations du cabinet américain pour ce qui était de l'analyse des relations d'affaires d'UBS et, d'autre part, elle visait à empêcher la direction d'UBS d'influer sur les résultats de l'enquête du cabinet américain. La CFB allait clôre son enquête le 17 décembre 2008; les retards pris dans l'enquête du cabinet d'avocats américain[587] avaient aussi retardé celle de la CFB. La FINMA a publié un rapport succinct sur cette enquête[588].

En ce qui concerne l'entraide administrative accordée à la *SEC* et ses contacts avec les autorités américaines, la CFB s'était efforcée de faire une distinction très nette entre les demandes américaines relatives aux données concernant des clients d'UBS et l'entraide administrative accordée à la *SEC*, étant donné que dans ce second cas, il n'était pas possible de transmettre de telles données. C'est notamment aussi pour cette raison qu'en sa qualité de membre du groupe de travail Karrer, le chef du Service juridique de la CFB avait, au-delà du 16 mai 2008, été fortement impliqué dans le cadre des efforts des autorités suisses visant à convaincre les autorités américaines de soumettre à l'AFC une demande d'entraide administrative en vertu de la CDI.

Le 13 mai 2008, à l'occasion des entretiens réguliers entre la tête de la CFB et le chef du DFF, la CFB avait informé ce dernier sur les événements intervenus jusque-là aux Etats-Unis en rapport avec UBS et les avait qualifiés de graves. Les interlocuteurs furent unanimes: il était indispensable de suivre la situation de très près et le DFF devait coordonner les mesures qui allaient devoir être prises[589].

Le 25 juin 2008, la CFB en tant que telle – jusque-là seul son secrétariat avait été impliqué – s'était pour la première fois penchée sur les relations d'affaires transfrontalières entretenues par UBS avec des clients privés américains en prenant acte de l'ouverture de la procédure administrative[590].

En raison de la configuration des autorités aux Etats-Unis – bien que leurs champs d'activité respectifs se recoupent et qu'elles coopèrent, le *DOJ*, l'*IRS* et la *SEC* bénéficient d'une large indépendance institutionnelle les unes par rapport aux

587 Retards dus aux nouvelles exigences envers la direction d'UBS que le *DOJ* a formulées durant l'enquête interne d'UBS.

588 Enquête de la CFB concernant l'activité transfrontalière de l'UBS avec des clients privés aux USA, rapport succinct de la FINMA du 18.2.2009 (en allemand uniquement); voir résumé en français sur le site Web de la FINMA à l'adresse suivante: www.finma.ch/d/aktuell/Documents/summary-ubs-x-border-20090218-f.pdf

589 Chronologie des événements, UBS *cross-border*.

590 Ibid.

autres – et de la pression politique qui s'exerçait sur elles, il était apparu dans le courant du mois d'août 2008 déjà que le *DOJ* ne considérait pas ses exigences relatives à la transmission de données clients déjà remplies de par le seul fait qu'une demande d'entraide administrative avait été déposée par l'*IRS* auprès de l'AFC. Par conséquent, la CFB n'avait pas simplement pu s'en tenir à la procédure administrative avec la *SEC*, mais continua de jouer, en raison de la demande d'entraide administrative déposée par l'*IRS,* un rôle central du côté des autorités suisses.

3.3.3.3 Groupe de travail Karrer

Le groupe de travail Karrer était issu du groupe informel de représentants des autorités que la CFB avait invités à participer à la séance du 7 mars 2008. Sa composition (autorités représentées, représentants) découlait des recoupements entre les enquêtes conduites par les diverses autorités américaines sur les activités transfrontalières d'UBS avec des clients privés américains et les domaines de compétence des autorités suisses concernées. La composition du groupe de travail n'a pas beaucoup varié au cours du temps. Le MPC n'y avait, pour sa part, participé que brièvement, soit lorsque le groupe s'était penché sur la question de l'entraide judiciaire et avait examiné l'opportunité d'une enquête conjointe des autorités américaines et suisses en vertu de l'art. 271 CP. Les autorités les plus concernées étaient toutes représentées au sein du groupe de travail Karrer.

Dès le départ, ce groupe de travail avait bénéficié d'une assise formelle dans la mesure où il s'était réuni sous les impulsions concertées du responsable de la Division des (AFF) et du chef du DFF. Les travaux de ce groupe étaient coordonnés par le DFF, concrètement par Alexander Karrer, chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF. Le groupe de travail n'avait pas été chargé d'un mandat formel, il s'était lui-même donné sa mission. Le chef du DFF en avait été informé au moyen d'une note datée du 21 mai 2008.

Le groupe de travail Karrer avait perçu, dès sa première séance, la dimension politique des exigences formulées par les autorités américaines envers UBS et les autorités suisses[591]. Ainsi, après avoir été informé par un représentant d'UBS le 7 mars 2008, le groupe de travail Karrer avait compris qu'une citation à comparaître d'UBS aux Etats-Unis créerait un problème politique et ferait fortement augmenter la pression sur le secret bancaire et, partant, sur la Suisse[592]. L'arrestation le 21 avril 2008 du responsable d'UBS pour la gestion de fortune pour tout le continent américain et son interrogatoire poussé par les autorités américaines désireuses d'obtenir des données concernant des clients d'UBS, montrèrent que les craintes du groupe de travail Karrer étaient fondées[593].

Avec l'aide de l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis, notamment les représentants du DFAE, de l'AFC et le responsable du groupe de travail Karrer ont déployé toute une série d'activités intenses, coordonnées par le groupe de travail. Ces activités

591 Les membres du groupe de travail entendus par les CdG ont été unanimes à ce sujet.
592 Note de la CFB du 10.3.2008 intitulée «Informationsbegehren der US Behörden an die UBS AG».
593 Cela ressort notamment d'un échange de correspondance entre les représentants des autorités suisses. Ainsi, dans un courriel du 22.4.2008, l'ambassadeur de la DP V écrit en substance que l'affaire comporte des risques considérables non seulement pour UBS, mais pour l'ensemble de la place financière suisse.

poursuivaient deux objectifs. Les représentants des autorités suisses avaient, d'une part, cherché à approfondir leurs connaissances des tenants et aboutissants de l'affaire en entretenant des contacts avec les autorités américaines et UBS. D'autre part, ils avaient pris des mesures pour remédier, dans le cadre légal prévu, à cette situation intenable pour la Suisse. La volonté des autorités américaines d'obtenir la transmission de données de clients soit directement de la part d'UBS, soit dans le cadre d'une enquête conjointe avec les autorités suisses, appelait une solution qui soit également compatible avec le droit suisse. Le groupe de travail Karrer était parti du principe que les dispositions légales régissant à ce moment-là la question de la transmission des données relatives à des clients d'UBS ne permettaient une telle communication qu'en passant par une demande d'entraide judiciaire ou administrative fondée sur les conventions liant les Etats-Unis et la Suisse. Les investigations du groupe de travail avaient conduit à l'abandon de l'option de l'enquête conjointe des autorités américaines et suisses souhaitée par le *DOJ*.

Les autorités suisses s'étaient très rapidement aperçues que, pour plusieurs raisons, la voie de l'entraide judiciaire ne permettait pas de répondre aux attentes des autorités américaines. Seule l'entraide administrative en vertu de l'art. 26 CDI entrait en ligne de compte. Dès lors, les autorités suisses avaient entamé un travail de persuasion auprès des autorités américaines afin de les convaincre de passer par une demande d'entraide administrative à déposer auprès de l'AFC. Bien qu'il n'eût pas été possible de venir complètement à bout des doutes du *DOJ* quant à l'opportunité de la voie administrative et que ce dernier avait, dans un premier temps, déposé une demande d'entraide judiciaire en juin 2008, les autorités suisses étaient tout de même parvenues à convaincre l'*IRS* de déposer une demande d'entraide administrative auprès de l'AFC.

A ce moment-là, le groupe de travail avait jugé qu'une intervention politique de membres du gouvernement suisse auprès des instances américaines était inopportune[594]. Des membres du groupe de travail Karrer ont déclaré aux CdG qu'à l'époque, UBS mentionnait encore régulièrement que la banque ne désespérait pas de parvenir à conclure avec les autorités américaines un accord remplissant toutes les exigences des Etats-Unis. Devant les CdG, UBS a contesté cette description des faits. Notamment, il ne lui aurait pas été possible de négocier un accord contenant une remise de données de clients hors de l'entraide administrative.

Le groupe de travail Karrer a été actif dans sa forme et dans sa composition initiales jusqu'à environ début juillet 2008[595].

3.3.3.4 Département fédéral des finances

Administration fédérale des contributions

Le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC, autorité compétente en matière d'examen des demandes d'entraide administrative dans le domaine fiscal, avait été l'un des acteurs des débuts. Il avait également participé de manière prépon-

594 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Alexander Karrer, chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire, DFF, du 24.3.2010, p. 7.

595 Doc. 57 du dossier de conduite du DFF (dernière invitation à une séance du groupe de travail Karrer).

dérante aux efforts visant à convaincre le *DOJ* et l'*IRS* à déposer une demande d'entraide administrative.

Dès le 16 juillet 2008, date à laquelle l'*IRS* avait déposé sa demande d'entraide administrative auprès de l'AFC, et jusqu'à fin août 2008, l'AFC, et plus particulièrement sa Division des affaires internationales, avait été l'une des actrices principales des autorités suisses.

Pour l'AFC, cette demande d'entraide administrative constituait une première dans la mesure où elle ne mentionnait aucun nom de personne visée. Dans un premier temps, il lui était donc difficile, voire impossible de quantifier son ampleur. L'AFC avait dû commencer par examiner la recevabilité de la requête formulée par l'*IRS*. Lorsque cette recevabilité avait été établie, elle avait rendu une ordonnance de production de pièces qu'elle avait fait parvenir à UBS le 7 août 2008. Dès le 8 août 2008, UBS avait commencé à transmettre de volumineux dossiers de clients à l'AFC. Dans le courant du mois d'août 2008, il était apparu que le nombre de dossiers répondant aux critères formulés par l'*IRS* dans sa demande d'entraide administrative allait se situer entre 200 et 300. Après la concrétisation de la demande à laquelle l'*IRS* avait procédé le 29 août 2008, quelque 1800 cas supplémentaires, dont l'examen fut toutefois reporté, étaient encore venus s'y ajouter. Pour traiter les cas entrant dans le champ de l'entraide administrative, l'AFC avait opté pour une stratégie fondée sur le classement des dossiers en catégories. L'idée à la base de cette démarche était de maîtriser le grand volume de cas de manière efficace et rapide en rendant des ordonnances pilotes pouvant, en cas de recours, donner lieu à des arrêts principaux du TAF. Pour cela, il fallait toutefois que l'AFC dispose au préalable d'informations suffisantes sur les caractéristiques des dossiers pour pouvoir former des catégories.

Pour l'AFC, la demande d'entraide administrative de l'*IRS* avait constitué un défi non seulement juridique, mais aussi logistique. Dès le début, l'AFC s'était rendue compte que les ressources affectées jusque-là à l'entraide administrative n'allaient de loin pas suffire et qu'elle aurait besoin d'une organisation de projet adaptée pour pouvoir traiter la demande déposée par l'*IRS*.

Comme exposé ci-dessus, lors de la réception de la demande d'entraide administrative déposée par l'*IRS*, l'AFC partait du principe qu'elle concernait plusieurs centaines de cas[596]. Au cours des années précédentes, tous pays confondus, l'AFC avait en moyenne été saisie de trois demandes d'entraide administrative par an, toutes traitées par un seul et même collaborateur de l'AFC[597]. Dans un premier temps, la direction de l'office avait affecté un collaborateur supplémentaire pour renforcer la division concernée. Début juillet 2008, la division avait nommé un chef de projet et l'office avait une fois de plus renforcé son effectif en puisant dans ses propres ressources. En août 2008, l'AFC avait encore transféré du personnel de ses divisions principales pour l'affecter à la Division des affaires internationales. Durant cette phase déjà, l'AFC s'était rendue compte qu'il était difficile de trouver le personnel

596 Procès-verbal de l'audition par les CdG d'Urs Ursprung, directeur de l'AFC, du 18.2.2010, p. 6 et procès-verbal de l'audition par les CdG de Jürg Giraudi, directeur de la Division des affaires internationales, AFC, du 27.11.2009, p. 8 (200 à 300 cas). Il y en a eu 348 en fin de compte.

597 Les demandes d'entraide administrative entrent dans le champ de compétence de la Division des affaires internationales de l'AFC qui compte environ 15 collaborateurs.

adéquat[598]. Par ailleurs, faute de personnel suffisant, l'OFJ a répondu par la négative à la demande du chef de la Division des affaires internationales qui désirait étoffer son équipe en s'adjoignant la collaboration d'experts de l'entraide judiciaire de cet office[599].

Le directeur de l'AFC a notamment donné aux CdG les raisons suivantes pour lesquelles l'effectif de la division chargée de traiter la demande d'entraide administrative n'avait pas été augmenté durant cette première phase déjà: 1. le nombre de cas n'avait pu être estimé que grossièrement, 2. la question de l'admissibilité d'une demande d'entraide non nominative devait être examinée préalablement, 3. l'AFC avait dû procéder à des investigations préliminaires approfondies pour parvenir à rendre des ordonnances pilotes fondées, 4. il était régulièrement question qu'UBS parviendrait encore à conclure un accord avec les autorités américaines[600].

Selon les déclarations du directeur de l'AFC, l'objectif de l'office était de rendre les premières ordonnances de clôture dans un délai de trois mois. A ce sujet, les CdG constatent un écart par rapport aux attentes de l'*IRS* qui étaient de 60 jours.

L'AFC a reconnu le caractère prioritaire de la demande d'entraide administrative, et partant la nécessité de faire aboutir la procédure rapidement, à la fin du mois d'août 2008. Le directeur de l'AFC a précisé que, lors d'un entretien qu'il avait eu à ce moment-là avec le chef du DFF, ce dernier l'avait assuré qu'il pourrait disposer des ressources nécessaires[601].

Chef du DFF

Le chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF, Alexander Karrer, qui présidera par la suite le groupe de travail a déclaré devant les CdG avoir dès le début, soit en mars 2008 déjà, tenu le chef du DFF au courant de l'évolution du dossier, ceci d'abord oralement, puis par écrit[602] [603]. Le groupe de travail n'avait été institué qu'après l'accord oral du chef du DFF. Ce dernier n'avait pas assigné de mandat écrit au groupe de travail. Alexander Karrer l'a en revanche informé par note le 21 mai 2008 sur les objectifs poursuivis[604].

Le 13 mai 2008, comme cela a déjà été mentionné plus haut au paragraphe consacré à la CFB, cette dernière avait informé le chef du DFF de manière circonstanciée sur les événements qu'elle avait qualifiés de graves.

Selon les indications du DFF et de la FINMA, le chef du DFF aurait informé le collège du Conseil fédéral au sujet des enquêtes que les autorités américaines

598 Voir procédure d'entraide administrative 2008/2009 concernant UBS (projet AHUSA), rapport final de l'AFC du 27.5.2009, pp. 25 et 27 (n'existe qu'en allemand).
599 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Rudolf Wyss, vice-directeur suppléant de l'OFJ, DFJP, du 27.11.2009, p. 17.
600 Ibid, pp. 6 s.
601 Ibid. pp. 10 et 13.
602 Le dossier de conduite du DFF comporte les documents suivants: note du 21.5.2008 à l'attention du chef du DFF (doc.16), courriel du 6.6.2008 à l'attention du chef du DFF (doc.38).
603 Procès-verbaux des auditions par les CdG de M. Alexander Karrer, chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire, DFF, du 3.11.2009, p. 5 et du 24.3.2010, p. 3.
604 Doc. 16 du dossier de conduite du DFF.

avaient ouvertes à l'encontre d'UBS le 21 mai 2008[605]. Les documents du collège gouvernemental ne donnent aucune information à ce sujet, raison pour laquelle ce point n'a pu être approfondi plus avant par les CdG.

Il semblerait en outre que le chef du DFF et le président de la Confédération de l'époque aient eu une discussion au sujet de ce dossier dans la perspective de la rencontre de Pascal Couchepin avec le président de la Réserve fédérale des Etats-Unis[606].

Le 1er juillet 2008, le chef du DFF a informé la CER-E au sujet des procédures en cours aux Etats-Unis.[607]

Comme cela a aussi été mentionné plus haut, le directeur de l'AFC et le chef du groupe de travail Karrer[608] avaient rendu le chef du DFF attentif au problème découlant du manque de ressources de l'AFC. Celui-ci a accordé les ressources nécessaires à la fin du moins d'août 2008.

Selon les déclarations du chef du groupe de travail Karrer, le chef du DFF lui avait demandé de le prévenir si le groupe de travail estimait qu'une intervention politique à son échelon devenait nécessaire[609].

Lors de son audition par les CdG, le chef du DFF a présenté son idée fondamentale du rôle de l'Etat en ce qui concerne la remise de données aux autorités américaines et la recapitalisation d'UBS par la Confédération en automne 2008: à son avis, la Confédération ne pouvait prendre des mesures qu'en «toute dernière extrémité»[610].

3.3.3.5 Département fédéral des affaires étrangères

Division politique V

Au DFAE, le traitement du dossier incombait à la DP V[611]. La DP V est chargée de la coordination de politiques sectorielles. Elle garantit la cohérence des positions de la Suisse dans des domaines politiques concrets et assure une coordination efficace entre le DFAE et les autres départements concernés en vue de sauvegarder les intérêts du pays. Elle assure, en liaison avec les départements concernés, en particulier le DFF et le DFE, la coordination des aspects politiques des affaires économiques et financières extérieures et participe activement aux discussions et aux négociations relatives à la place financière suisse[612].

605 Chronologie des événements, UBS *cross-border*.
606 Doc. 51 du dossier de conduite du DFF.
607 Chronologie des événements, UBS *cross-border*.
608 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Alexander Karrer, chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire, DFF, du 24.3.2010, p. 13.
609 Ibid., p. 7.
610 *«Im allerletzten Notfall»*; procès-verbal de l'audition du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.4.2010, p. 13
611 Outre l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis, dont le rôle sera examiné ci-après, la DP II a également été appelée à se pencher, ponctuellement toutefois, sur ce dossier. La DP II est chargée de coordonner, à l'échelle de la Confédération, et de développer la politique de la Suisse vis-à-vis du continent américain, raison pour laquelle elle a également été associée au flux d'informations.
612 Voir site Web du DFAE (http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/dfa/orgcha/sectio/pad/pad5.html)

La DP V avait participé au groupe de travail Karrer dès le départ. Elle était représentée lors de sa première réunion le 7 mars 2008. Avec l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis, dont elle était la principale interlocutrice pour ce dossier, la DP V avait participé activement aux évaluations politiques et, toujours avec le concours de l'ambassade de Suisse, contribué à établir des contacts entre les autorités américaines et suisses. Il ressort des documents disponibles et des auditions effectuées par les CdG que l'importance du rôle de la DP V a commencé à diminuer à partir de l'été 2008. Elle était certes encore en grande partie associée au flux d'informations jusqu'à mi-juillet 2008, mais son rôle durant cette période a été plutôt passif[613]. Les CdG ne sont pas parvenues à apprécier clairement la mesure dans laquelle la DP V participait encore au flux d'informations au-delà de mi-juillet 2008. Bien qu'en septembre 2008 elle apparaisse encore ponctuellement dans les échanges de courriels portés à la connaissance des CdG, il n'est plus possible de considérer que la DP V était encore associée de façon systématique au dossier à partir du moment où le groupe de travail Karrer n'a plus existé sous sa forme initiale, soit à partir de l'été 2008[614].

Ambassade de Suisse aux Etats-Unis

Bien que l'ambassade de Suisse ait eu des contacts réguliers avec les représentants d'UBS chargés des relations avec le Parlement américain, elle n'avait pas été informée des enquêtes ouvertes par les autorités américaines à l'encontre de la grande banque avant la séance du 7 mars 2008 à Berne. A partir de ce moment-là toutefois, elle avait été l'une des actrices principales des autorités suisses. L'ambassade avait commencé à s'impliquer activement dans le dossier lors de l'arrestation de Martin Liechti à qui elle avait notamment apporté la protection consulaire à laquelle il avait droit. Au sein de l'ambassade, ce sont l'ambassadeur et le Service économique et financier de l'ambassade qui s'étaient occupés de près de ce dossier. L'ambassade de Suisse avait également associé son avocat-conseil américain à ses travaux.

Eu égard à l'importance du secteur financier pour l'économie suisse, l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis, comme toutes les autres ambassades de Suisse dans le monde, est chargée de surveiller en permanence les événements qui pourraient influer sur le secteur et le régime financiers suisses. Dans le cadre de cette mission, l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis avait non seulement suivi de très près tout ce qui touchait aux enquêtes ouvertes par les autorités américaines à l'encontre d'UBS, mais elle a également procédé à des analyses régulières du cadre politique américain. Ses appréciations et rapports étaient transmis aux autorités suisses concernées dont la DP V était toutefois la principale destinataire[615].

Dans le cadre de sa mission de base, mais aussi sur mandat de la DP V, l'ambassade a entretenu des relations régulières avec les représentants des autorités américaines compétentes et a facilité des contacts entre les autorités suisses et américaines.

613 Dossier de conduite du DFF

614 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Josef Philipp Renggli, chef de la Section des affaires financières du DFAE, du 2.11.2009, p. 3 et procès-verbal de l'audition par les CdG de Michael Ambühl, secrétaire d'Etat du DFAE, du 18.11.2009, p. 12.

615 Comme c'était, par exemple, le cas de la note d'information rédigée par l'ambassade de Suisse le 17.7.2008 sur la *Levin bill* et l'audition à la même date de Martin Liechti et Mark Branson par la sous-commission permanente des enquêtes du Sénat américain.

Cheffe du DFAE

Les CdG se sont aussi intéressées à la question de savoir dans quelle mesure la cheffe du DFAE avait été personnellement tenue au courant de l'évolution du dossier. Lors de l'audition de l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis, ce dernier avait déclaré aux CdG que la cheffe du DFAE avait toujours montré de l'intérêt pour ce dossier et qu'elle avait été tenue au courant au moyen de notes que la DP V et l'ambassade des Etats-Unis lui faisaient parvenir à ce sujet et que, à certains moments, elle avait même demandé à être quotidiennement tenue informée des développements de l'affaire[616].

A cet égard, les CdG ont relevé que le secrétaire d'Etat du DFAE n'a pratiquement pas été concerné par le dossier avant le 18 février 2009, date à partir de laquelle il a assumé un rôle important dans l'apaisement des tensions qui grevaient les relations entre les Etats-Unis et la Suisse dans le domaine fiscal[617].

On relèvera encore que, suite à la pression que l'UE a exercée au printemps 2008 sur le secret bancaire et les régimes fiscaux cantonaux, le DFAE s'était déjà penché de manière approfondie sur cette thématique apparentée. Il aura toutefois fallu attendre le 21 novembre 2008 avant que les résultats de ces travaux, consignés dans une note de discussion, soient communiqués au Conseil fédéral[618].

3.3.3.6 Département fédéral de justice et police

Office fédéral de la justice

L'OFJ compte également parmi les acteurs de la première heure. Son directeur suppléant et le chef de l'entraide judiciaire internationale de l'office ont en effet participé dès le 7 mars 2008 aux séances du groupe de travail Karrer[619], étant donné que la voie de l'entraide judiciaire était l'une des deux options qui avaient été envisagées dans un premier temps. La délégation suisse qui s'était rendue aux Etats-Unis en juin 2008 afin de convaincre les autorités américaines de choisir la voie de l'entraide administrative était, sur ordre de la chef du DFJP, emmenée par le directeur suppléant de l'OFJ.

Après que les autorités suisses avaient abandonné l'option de l'entraide judiciaire, l'OFJ a encore clarifié un certain nombre de questions juridiques en rapport avec ce dossier[620]. Par ailleurs, faute de personnel suffisant, l'OFJ avait répondu par la négative à la demande de l'AFC qui désirait étoffer son équipe en s'adjoignant la collaboration d'experts de l'entraide judiciaire de l'office[621].

616 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Urs Ziswiler, ambassadeur de la Suisse aux Etats-Unis, du 5.3.2010, p. 8

617 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Michael Ambühl, secrétaire d'Etat du DFAE, du 18.11.2009.

618 Voir chap. 3.4.4.6.

619 Le directeur de l'OFJ n'a pas participé aux travaux relatifs à cet objet; voir procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Michael Leupold, directeur de l'OFJ, du 2.11.2009.

620 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Rudolf Wyss, vice-directeur suppléant de l' OFJ, du 27.11.2009, p. 15.

621 Ibid., p. 17.

Cheffe du DFJP

Répondant à une question des CdG, la cheffe du DFJP a confirmé que les services concernés de son département l'avaient informée au sujet de la demande d'entraide judiciaire que les autorités américaines avaient déposée en juin 2008. Elle a en outre précisé qu'elle s'était penchée sur ce dossier en juillet 2008, lorsqu'elle s'était renseignée auprès du représentant du DFJP au sein du groupe de travail Karrer pour savoir si toutes les dispositions avaient été prises pour que les autorités suisses puissent traiter la demande que les autorités américaines avaient entre-temps transformée en demande d'entraide administrative[622]. Dans le courant de l'été 2008, la cheffe du DFJP s'était également renseignée sur le nombre approximatif de cas concernés par la demande d'entraide administrative.

Ministère public de la Confédération

Au cours de la première phase, le MPC s'est penché sur le dossier lorsqu'il s'était agi d'examiner la demande d'entraide judiciaire déposée initialement par les autorités américaines ainsi que les aspects susceptibles de relever du droit pénal des activités d'UBS en Suisse. Il s'était également prononcé sur la question de l'opportunité d'une enquête conjointe des autorités américaines et suisses sur la base de l'art. 271 CP[623]. Par la suite, le MPC a encore été associé ponctuellement au flux d'informations. Tant que le groupe de travail Karrer se réunissait sous sa forme initiale, le MPC a toujours été invité à participer à ses séances[624].

3.3.3.7 Conseil fédéral

Il ressort des auditions des membres du Conseil fédéral et des documents de travail que la Chancellerie fédérale (ChF) a remis aux CdG, que durant la période allant du 21 avril 2008 au 29 août 2008, le chef du DFF n'avait jamais informé le collège gouvernemental sur la problématique créée par les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis et sur les problèmes liés à la remise aux autorités américaines de données concernant des clients d'UBS. Force est donc de constater qu'en tant que collège, le Conseil fédéral ne peut être considéré comme acteur durant la période sous examen.

Comme il ressort déjà de ce qui précède, outre le chef du DFF, département ayant assuré la conduite du dossier, les cheffes du DFJP et du DFAE ont également été tenues au courant, au moins partiellement, de l'évolution du dossier par leurs services qui y étaient associés. A la connaissance des CdG, les deux cheffes de départements concernées n'ont pas non plus thématisé ce dossier dans le cadre du collège du Conseil fédéral. Pascal Couchepin, le président de la Confédération de l'époque, a également été ponctuellement associé au dossier dans la mesure où, en accord avec le chef du DFF, le président du groupe de travail Karrer lui avait fait parvenir une note d'information le 26 juin 2008 en prévision de la rencontre avec M. Ben S. Bernanke, président de la Réserve fédérale des Etats-Unis[625].

622 Procès-verbal de l'audition par les CdG de la conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, cheffe du DFJP, du 29.3.2010, p. 12.
623 Note du Ministère public de la Confédération du 2.6.2008; voir doc. 36 du dossier de conduite du DFF.
624 Dossier de conduite du DFF.
625 Doc. 51 du dossier de conduite du DFF

3.4 Différences fondamentales entre les Etats-Unis et la Suisse: la pression sur la Suisse augmente continuellement (26 août–19 décembre 2008)

3.4.1 Présentation des différentes positions entre les autorités suisses et les autorités américaines

3.4.1.1 Plan de négociations

Le 26 août 2008, deux entretiens téléphoniques avaient eu lieu entre Bruce Swartz de la *Criminal Division* du *DOJ* et le vice-directeur de la CFB. Trois jours après, ce dernier avait résumé, dans un courriel adressé à Bruce Swartz, les deux options possibles que le *DOJ* avait proposées concernant le retrait des activités transfrontalières d'UBS avec des clients domiciliés aux Etats-Unis:

1. Première option: sur demande du titulaire du compte, le compte est clos et le formulaire *W-9* pour les contribuables américains est transmis à l'*U.S. payment agent* à l'*IRS;* le courrier du compte est envoyé à une adresse américaine et les transferts des actifs sont effectués vers un institut financier avec siège aux Etats-Unis.
2. Seconde option: en l'absence d'une telle demande par le titulaire du compte, UBS clôt le compte suisse dans les trois mois et transfère les actifs sur un compte de la société UBS installée aux Etats-Unis. Si le titulaire du compte ne délivre pas de formulaire *W-9* à UBS, le compte doit être liquidé et assujetti à une taxe de 28 %; par la suite UBS devrait livrer un formulaire sur les informations relatives à ce compte (le nom du client y compris) à l'*IRS*.

Dans ce même courriel adressé au procureur de la *Criminal Division*, le vice-directeur de la CFB avait souligné les problèmes juridiques concernant la seconde option. En effet, le droit suisse n'autorisait pas la banque à clore le compte d'un client sans son consentement. Le statut d'autorité de surveillance de la CFB ne lui permettait pas de laisser UBS procéder de la sorte. Selon le vice-directeur de la CFB, ces divergences concernant le retrait des activités transfrontalières d'UBS pour des clients domiciliés aux Etats-Unis allaient vraisemblablement aboutir à un conflit de droit et de juridiction. La CFB était d'avis qu'une telle situation de conflit entre les autorités suisses et les autorités américaines devait être évitée, une impasse juridique entraînant des implications politiques pour les deux pays. La solution proposée par le vice-directeur de la CFB dans son courriel était donc d'améliorer et d'approfondir la compréhension des positions mutuelles pour tenter de trouver une issue incluant les positions juridiques et les contraintes des autorités impliquées. La proposition du vice-directeur de la CFB à Bruce Swartz était la suivante: la CFB et le *DOJ* allaient procéder à un échange d'arguments sur leurs positions respectives. Cette échange ne serait pas contraignant. Concrètement, il proposait la procédure suivante:

1. La CFB explique les raisons pour lesquelles un retrait impliquant une obligation d'informer l'*IRS*, sans le consentement du client ou sans emprunter la voie de la CDI ou de l'EIMP, violerait les obligations contractuelles d'UBS envers des milliers de clients protégés par le secret bancaire, procédé par ailleurs totalement inacceptable pour la CFB au vu de son mandat et de ses responsabilités.

2. Le *DOJ* explique les raisons pour lesquelles un retrait d'UBS des activités transfrontalières aux Etats-Unis sans révélation des noms des clients amènerait la banque à enfreindre le droit américain, la CFB étant vivement intéressée à connaître les bases légales selon lesquelles une sortie, comme le *DOJ* le prétendait, n'était envisageable qu'avec une complète divulgation des noms des clients américains d'UBS à l'*IRS*.

Dans le but d'établir ce partage des positions quant à un retrait d'UBS des activités transfrontalières aux Etats-Unis, il proposait dans son courriel à Bruce Swartz que des *non-papers* soient échangés simultanément à une date convenue dès la semaine suivante. A partir de là, il serait possible pour les deux parties de trouver une solution acceptable. Bruce Swartz avait accepté cette proposition et souhaitait poursuivre les discussions directement après l'échange des *non-papers*, à l'occasion de son prochain voyage en Suisse, à savoir le 18 ou 19 septembre 2008[626].

Entre-temps, le 27 août 2008, lors d'une séance des membres de la CFB, le président de la commission avait informé que sur souhait du vice-directeur, il se récusait par rapport au dossier des activités transfrontalières d'UBS. La raison de cette récusation découlait du fait que pendant l'été 2008, le nom du président de la CFB était apparu sur une liste du *DOJ* concernant des personnes impliquées dans l'affaire des activités transfrontalières d'UBS[627]. Le président de la CFB n'avait cependant jamais été responsable d'activités transfrontalières avec des clients aux Etats-Unis.

Début septembre 2008, un nouveau *Group General Counsel* avait été nommé à UBS. Il s'agissait de Markus Diethelm, lequel, de par ses activités professionnelles antérieures, disposait de connaissances approfondies, non seulement du système juridique américain, mais aussi de celui de la Suisse. Markus Diethelm reprenait les fonctions de David Aufhauser, *General Counsel* de la banque d'investissement, Neil Stocks, *Group Head of Compliance* et Bernhard Schmid, *General Counsel Corporate Center*, qui – depuis la nomination de Peter Kurer le 23 avril 2008 comme président du conseil d'administration – occupait la fonction du *Group General Counsel* de manière intérimaire au sein d'un comité tripartite.

Durant cette période s'étendant de septembre à octobre 2008, Michel Guignard, le *Regional Market Manager* responsable pour l'Amérique du Nord de 2002 à 2007, avait été interrogé par le *DOJ* en même temps que quatre autres conseillers à la clientèle.

Le *DOJ* avait aussi fait connaître son intention d'interroger Peter Kurer, alors président du conseil d'administration d'UBS et ancien *Group General Counsel*, Marcel Rohner, *CEO* d'UBS et Raoul Weil, *CEO* du *Global Wealth Management & Busi-*

626 Courriel vom 29.8.2008, CFB, doc. 71 du dossier de conduite du DFF.

627 D'après les explications de la CFB, le président de la CFB était vraisemblablement dans le viseur du *DOJ* puisque son nom avait figuré parmi les destinataires d'un rapport de conformité au *QIA* de 2001 résultant d'un audit interne du groupe UBS, alors qu'il travaillait encore pour la banque. La carrière professionnelle du président de la CFB est selon les archives d'UBS la suivante: «En 1998, il est devenu membre du *Group Managing Board* et a mené à bien avec succès l'intégration des deux anciennes banques UBS et SBS dans les affaires Clientèle privée et Entreprises. En 1999, il a été nommé chef de la Clientèle Entreprises. Depuis 2002, il dirige le Département Clientèle privée et Entreprises qui est devenu une source de revenu stable pour le groupe UBS.» A partir du 1.2.2005, il avait assumé la fonction de *vice-chairman* d'UBS, responsable de la division *Business Banking Switzerland*. Or, il est à noter que les activités transfrontalières étaient du ressort d'une autre division dont il n'avait pas la responsabilité, à savoir la division *Private Banking International*.

ness Banking, ancien directeur de la division des activités transfrontalières *Private Banking International*. Les négociations entre les avocats d'UBS et le *DOJ* sur les modalités et les conditions de tels interrogatoires s'étaient prolongées, raison pour laquelle le haut management d'UBS ne pouvait plus voyager aux Etats-Unis sans risquer de se faire arrêter par la justice américaine.

Le 5 septembre 2008, un entretien avait eu lieu entre le chef du DFF, le chef du groupe de travail Karrer, le directeur de l'AFF et le président du conseil d'administration d'UBS. Ce dernier avait alors fait part de son point de vue sur les procédures judiciaires américaines intentées contre UBS aux Etats-Unis – les CdG ne possèdent pas d'informations supplémentaires sur le contenu de cette discussion. Cependant, il ressort des dossiers personnels du chef du DFF, que ce dernier aurait affirmé que le DFF devait se porter en défenseur de l'ordre juridique suisse dans le cadre de cette affaire[628].

Le 9 septembre 2008, dans une lettre adressée à la banque, le procureur responsable de la *Tax Division* du *DOJ* avait clairement refusé, tout comme la *SEC* et la *Fed*, la proposition du conseil d'administration d'UBS du 14 août 2008 consistant en un retrait des activités transfrontalières aux Etats-Unis par la voie d'un transfert des comptes américains vers d'autres banques non-américaines (mais sans révélation de noms de clients). Les autorités américaines voulaient avoir accès aux données des clients américains dans tous les cas, c'est-à-dire même dans le cas d'un retrait pur et simple d'UBS du marché américain pour les activités transfrontalières.

L'échange simultané des *non-papers* entre le *DOJ* et la CFB eut lieu par courriel le 15 septembre 2008.

3.4.1.2 Position du *DOJ*

Le *non-paper* du *DOJ* avait été immédiatement transféré le 15 septembre 2008 à tous les membres du groupe de travail Karrer ainsi qu'au MPC; le *DOJ* avait souhaité que son *non-paper* ne soit pas transmis à UBS ou à d'autres autorités suisses, ce qui du côté suisse avait été respecté.

Le *non-paper* du *DOJ* comportait différents points[629]. En introduction, il reprenait le fait qu'une enquête avait été ouverte sur les activités transfrontalières d'UBS concernant la mise en œuvre à grande échelle d'un système de fraude fiscale. Selon le *non-paper*, ce système de fraude se différenciait fondamentalement des cas typiques d'évasion ou de fraudes fiscales. Au yeux du *DOJ,* les trois facteurs suivants en faisaient un phénomène *sui generis,* à savoir[630]:

1. C'est la première fois que le *DOJ* avait des preuves qu'une banque suisse avait sciemment et intentionnellement aidé et incité des clients américains à commettre des fraudes fiscales;
2. C'est la première fois que le *DOJ* avait des preuves qu'une banque suisse avait fait de fausses déclarations à l'*IRS* dans l'intention de frauder les Etats-Unis.

628 Note manuscrite du 5.9.2008, auteur inconnu, doc. 37 des trois classeurs personnels du chef du DFF.
629 *UBS Non-Paper* du 15.9.2008, *DOJ*, doc. 71 du dossier de conduite du DFF.
630 C'est-à-dire «d'un genre qui leur est propre».

3. Il s'agissait d'un problème *sui generis* du fait qu'UBS avait acquis en 2001 le statut de *QI* en signant un tel accord avec l'*IRS;*

Le *non-paper* rappelait en outre que le statut de *QI* accorde des avantages aux instituts financiers, mais qu'il implique aussi des obligations d'informations et de retenues d'impôts à la source pour le compte de l'*IRS*. UBS aurait violé cet accord en envoyant ses employés aux Etats-Unis pour conseiller à des milliers de clients américains de camoufler à l'*IRS* leurs actifs estimés à 20 milliards de dollars. Les indices en possession du *DOJ* semblaient montrer qu'UBS aurait elle-même profité de plus de 200 millions de dollars par an grâce à ce système de fraude. Les infractions devaient être considérées comme graves étant donné qu'UBS était clairement informée des lois fiscales américaines en vigueur et des obligations stipulées par le système *QI*.

Parmi d'autres, ces infractions mentionnées dans le *non-paper* étaient les suivantes:

- UBS n'a pas demandé les formulaires nécessaires aux clients américains ou aux détenteurs de capitaux américains. UBS n'a donc pas pu effectuer les retenues d'impôts à la source sur la base de ces formulaires.
- UBS n'a donc pas non plus effectué les déclarations correspondantes aux formulaires.
- UBS n'a pas respecté les règles de ventes d'actifs.
- UBS n'a pas effectué de retenues d'impôts lors de ventes massives d'actifs.
- UBS a aidé des clients, qui ne voulaient pas être déclarés à l'*IRS*, à détenir des titres américains, contrairement au système *QI*.
- UBS a maintenu des comptes non-déclarés pour des clients américains.
- UBS a aidé ses plus riches clients américains à réaliser des montages financiers, notamment à l'aide de structures *offshore* basées dans d'autres paradis fiscaux.
- Pour ses clients disposant de montages financiers de types *offshore*, UBS a falsifié les formulaires de déclaration à l'*IRS,* en faisant passer des clients américains pour des clients non-américains.

Selon le *non-paper* du *DOJ*, étant donné l'extrême gravité de ces violations – au point même que le conseil d'administration d'UBS aurait affirmé qu'il faudrait des années pour quantifier les manquements en matière d'informations et de retenues d'impôts – le secret bancaire suisse ne pouvait être invoqué pour valider ce système. Pour ces raisons, le *DOJ* se disait convaincu que le secret bancaire n'avait pas été conçu pour protéger de tels abus.

Le *non-paper* du *DOJ* présentait donc deux conclusions: d'abord, le gouvernement suisse devait se rallier à la position du *DOJ* selon laquelle le secret bancaire suisse n'était pas applicable dans le cas des informations des comptes en question, et par conséquent que ces informations pouvaient être transmises aux autorités américaines, soit directement ou soit par les canaux d'entraide. Ensuite, le gouvernement suisse devait à l'instar du *DOJ* exiger d'UBS la divulgation des informations relatives à ces comptes comme faisant partie du plan de retrait des activités bancaires transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis.

Finalement, le *non-paper* rappelait que sans entente entre les autorités suisses et les autorités américaines, le *DOJ* prendrait des mesures unilatérales à l'encontre d'UBS.

Le fait que, malgré les efforts déployés par la CFB pour qu'UBS fournisse ces documents, le *DOJ* ne croyait pas à la volonté de coopération d'UBS dans les délais requis était également souligné. Le *DOJ* se montrait également convaincu qu'une procédure judiciaire aux Etats-Unis aboutirait à une condamnation d'UBS et pourrait, par là-même, mener à d'autres procédures de rejet du secret bancaire. Le *non-paper* demandait au gouvernement suisse de ne plus tolérer qu'UBS continue à invoquer et à compromettre le secret bancaire suisse dans le seul but de protéger un système délibéré et flagrant d'évasion et de fraude fiscale.

3.4.1.3 Position de la CFB

Le *non-paper* suisse dans sa version première, envoyé et daté du 15 septembre 2008[631], débutait par la décision d'UBS du 14 septembre 2008 de proposer un retrait de ses activités transfrontalières aux Etats-Unis. Un tel retrait avait été refusé par le *DOJ* dans une lettre datée du 9 septembre 2008. Le *DOJ* suggérait que par la signature du *QIA* par UBS, les titulaires de comptes auprès d'UBS devaient renoncer à leurs droits découlant du secret bancaire et donc accepter la divulgation des informations les concernant. Dans ce contexte, la CFB indiquait que les instituts financiers ayant une licence en Suisse étaient tous soumis à l'obligation de garder secrètes les informations relatives à leurs clients quelle que soit leur nationalité et envers n'importe quelle autorité, qu'elle soit étrangère ou même suisse. Cette obligation du maintien du secret bancaire suisse perdurait au-delà de la clôture même d'un compte. Selon le droit suisse, l'art. 47 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne stipulait qu'une violation du secret bancaire pouvait entraîner de lourdes sanctions, à savoir des peines pécuniaires ou même privatives de liberté.

Le *non-paper* de la CFB soulignait également que le secret bancaire suisse ne constituait pas un obstacle à ce qu'une autorité étrangère dépose une demande de production de documents dans le cadre légal des procédés de l'entraide administrative. Cette coopération était par ailleurs réglée par des traités multilatéraux et bilatéraux conformes au droit suisse. En résumé, UBS n'avait le droit de divulguer les noms ou les données bancaires de ses clients uniquement sur la base d'une autorisation explicite de ses clients ou par la voie de l'entraide judiciaire ou administrative.

Puis, le *non-paper* de la CFB poursuivait avec une analyse du système *QI* du point de vue du droit suisse. Tout d'abord, la CFB constatait que le *QIA* était un accord entre les banques suisses et l'*IRS* régi par le droit américain et par conséquent non contraignant pour le gouvernement suisse. Selon la CFB, le système *QI* réglait explicitement les procédures à suivre par les banques ayant un statut de *QI* et soumises au secret bancaire suisse. Dans le cas concret du retrait d'UBS de ses activités transfrontalières aux Etats-Unis, le *QIA* ne spécifiait en aucun cas qu'en autorisant

631 *Non-paper* du 15.9.2008, CFB, doc. 40 des trois classeurs personnels du chef du DFF.

une vente d'actifs[632] le client par là-même renoncait explicitement ou implicitement au secret bancaire[633].

En se basant sur les communications d'UBS à ses clients américains qui incluaient le choix d'options pour satisfaire aux conditions du *QIA*, le *non-paper* de la CFB postulait qu'il n'était pas permis de tirer la conclusion qu'un client qui continuait de maintenir une relation d'affaires avec UBS et qui ne voulait pas céder ses actifs, renoncait implicitement au secret bancaire, un renoncement implicite n'étant par ailleurs pas prévu par le droit suisse.

Ensuite, le *non-paper* de la CFB faisait référence aux négociations entre l'*IRS* et les instituts financiers, dont l'Association suisse des banquiers, qui avaient conduit à la rédaction de la section 6.04 du *QIA* relative au secret bancaire. Le DFF avait délivré le 7 novembre 2000 une autorisation selon l'art. 271 ch. 1 du code pénal suisse[634], qui permettait aux banques de remplir les devoirs de *QI* sur territoire suisse. Sans cette autorisation du DFF, diverses obligations à remplir vis-à-vis de l'*IRS* n'auraient pas pu être acceptées sans violer le droit suisse. En outre, le DFF avait ajouté la précision suivante au texte de l'autorisation: «Diese Bewilligung entbindet die mit der Anwendung der *Qualified Intermediary Withholding Agreements* befassten Personen nicht davon, die Bestimmungen der schweizerischen Rechtsordnung und im Besonderen jene über den Geheimnisschutz einzuhalten.»[635]. Le *non-paper* faisait référence à cette mention pour signaler que le *QIA* ne prévalait pas sur le secret bancaire suisse.

En conclusion, le *non-paper* de la CFB insistait sur le fait que si UBS divulgait des données clients au *DOJ* ou à l'*IRS* sans avoir reçu le formulaire correspondant ou du moins une dérogation explicite au secret bancaire de la part du client, UBS violerait le secret bancaire. En de telles circonstances, la CFB se verrait dans l'obligation, en raison de son statut d'autorité de surveillance, de rendre des décisions pour prévenir d'éventuelles violations du droit suisse et de prononcer des sanctions à l'encontre des banques et de leurs employés.

Par la suite, cet échange de *non-papers* allait être suivi d'une rencontre le 19 septembre 2008 à Berne avec le procureur américain, le *Deputy Assistant Attorney General* Bruce Swartz de la *Criminal Division* du *DOJ*, afin de discuter des

632 C'est sans tenir compte des *deemed sales rules*.

633 *«(1) If QI is prohibited by law, including by contract, from disclosing to a withholding agent or to the IRS on Form 1099 the account holder's name, address, and TIN, for reportable payments paid to the account holder, then QI must–*
(i) Request from the account holder the authority to make such a disclosure;
ii) Request from the account holder the authority to sell any assets that generate, or could generate, reportable payments; or
(iii) Request that the account holder disclose himself by mandating QI to provide a Form W-9 completed by the account holder. (…)
(3) Until QI receives a waiver of all prohibitions against disclosure or authorization to sell all assets that generate, or could generate, reportable payments, or a mandate from the account holder to provide a Form W-9, QI shall backup withhold on all reportable payments…». QIA, Sec. 6.04. Legal Prohibitions Against Disclosure of U.S. Non-Exempt Recipients.

634 Original: DFF, «Bewilligung gemäss Art. 271 StGB betreffend *«Qualified Intermediary Withholding Agreements»*, welche zwischen der US-Bundessteuerbehörde und schweizerischen Banken oder Effektenhändlern abgeschlossen werden» du 7.11.2000 adressé à l'Association suisse des banquiers.

635 Ibid.

positions suisses et américaines quant à la stratégie de retrait d'UBS de ses activités transfrontalières aux Etats-Unis.

Dans cet intervalle de temps, à savoir entre l'échange des *non-papers* et la rencontre avec le procureur américain, le bureau d'avocats new-yorkais *WLRK* avait présenté à la CFB les résultats de l'enquête interne d'UBS le 18 septembre 2008 à Berne. Selon la CFB/FINMA, un représentant du *DOJ* était présent lors de cette présentation. La CFB avait admonesté UBS et son bureau d'avocats pour les mutiples non-respects des délais qui avaient pourtant été conjointement convenus.

Le *non-paper* de la CFB avait été retravaillé après le premier échange de *non-papers* du 15 septembre 2008. Ce *non-paper* de la CFB retravaillé datait du 19 septembre 2008[636]. Par rapport au premier *non-paper* du 15 septembre 2008, il y avait quelques infimes différences et précisions qui cependant ne changaient en rien la position de la CFB. Cette dernière version a également été transmise au *DOJ*.

3.4.1.4 Première information du Conseil fédéral

Il ressort des comptes-rendus de la ChF que c'est le 19 septembre 2008, à l'issue d'un tour d'horizon de la crise bancaire, que le chef du DFF aurait pour la première fois informé le collège du Conseil fédéral – brièvement – sur les difficultés d'UBS relatives à ses activités transfrontalières avec des clients privés américains.

A cette occasion, le chef du DFF aurait expliqué qu'UBS avait un problème judiciaire aux Etats-Unis où la grande banque était accusée de participation systématique à des systèmes de fraude et d'évasion fiscales et que l'affaire avait atteint l'échelon politique. Il aurait souligné que l'AFC était l'autorité suisse compétente pour traiter les demandes d'entraide administrative et qu'elle avait comme objectif déclaré d'édicter une décision qui puisse faire l'objet d'un recours le plus rapidement possible. Il aurait également précisé que les Etats-Unis n'acceptaient pas la stratégie de sortie d'UBS du secteur américain des affaires transfrontalières. Le chef du DFF aurait mentionné que les Etats-Unis demandaient les coordonnées de 20 000 clients d'UBS sur la base des informations que le *whistleblower* Bradley Birkenfeld avait transmises au *DOJ*. Il aurait en outre annoncé que le rapport d'enquête de la CFB sur les affaires transfrontalières d'UBS avait été provisoirement achevé, qu'il était possible que les Etats-Unis augmentent fortement la pression exercée sur UBS (citation à comparaître) et qu'un entretien avec Henry Paulson, secrétaire au Trésor américain était planifié. Le chef du DFF aurait estimé qu'il était important de pouvoir éviter de devoir recourir à une stratégie de sortie.

A la suite de ces explications, l'un des membres du collège gouvernemental aurait voulu savoir quelles pourraient être les conséquences d'une citation à comparaître. Les CdG ne sont pas parvenues à savoir si le chef du DFF a répondu à cette question.

A l'issue de cette discussion, le collège du Conseil fédéral aurait chargé le chef du DFF de préparer des scénarios permettant, le cas échéant, de réagir rapidement.

Lorsqu'il a été entendu par les CdG, le chef du DFF n'est pas parvenu à se rappeler s'il avait ou non eu le temps de transmettre ce mandat aux services concernés de son

636 *«Non-paper to DoJ on Swiss legal framework as it affects the implementation of UBS'exit strategy»* du 19.9.2008, CDB, doc. 72 du dossier de conduite du DFF.

département durant la brève période qui a séparé la séance du Conseil fédéral de son accident cardiovasculaire.

Le 25 septembre 2008, Alexander Karrer a adressé une note d'information à la cheffe du DFJP qui assurait la suppléance du chef du DFF afin de la mettre au courant des derniers développements du dossier et de faire un état des lieux de la situation. Cette note ne contenait aucun indice se référant à ce mandat. Outre la procédure d'entraide administrative en cours auprès des autorités administratives, cette note attirait l'attention de la chef du DFJP sur les contacts politiques entre autorités américaines et suisses qui pourraient s'avérer nécessaires selon l'évolution du dossier[637].

D'après les éléments en leur possession, les CdG ont constaté qu'il aura fallu attendre le 20 octobre 2008, soit un mois de plus, avant que la CFB n'aborde à l'échelon de l'administration fédérale la question de scénarios de rechange par rapport à la procédure d'entraide administrative[638].

Eu égard à ce qui précède, les CdG ont conclu que le mandat que le collège gouvernemental avait donné au DFF (consigner les scénarios de rechange envisageables) n'a jamais été exécuté en tant que tel[639].

3.4.1.5 Positions divergentes

Le 19 septembre 2008, le procureur américain de la *Criminal Division* du *DOJ* rencontre d'une manière informelle le chef du groupe de travail, Alexander Karrer, ainsi que le vice-directeur de la CFB, accompagné d'une collaboratrice de la CFB en charge des affaires américaines. Les informations obtenues par les CdG sur cette rencontre tenue à Berne sont fort laconiques. La chronologie établie par la CFB/FINMA fait référence à la rencontre dans les termes suivants: «Es ist beiden Seiten klar, dass die Positionen in den ausgetauschten *Non-papers* sich diametral entgegenstehen; Diskussion über das weitere Vorgehen»[640]. Les CdG ne disposent pas des conclusions de cette rencontre qui concernait le retrait d'UBS de ses activités transfrontalières aux Etats-Unis.

Le 20 septembre 2008, le chef du DFF est victime d'un arrêt cardiaque; dès lors et jusqu'au 3 novembre 2008, il est remplacé à la tête de son département par la cheffe du DFJP.

A partir du 22 septembre 2008, une vingtaine de collaborateurs d'UBS[641] sont entendus par la CFB dans le cadre de sa propre enquête sur les activités transfronta-

637 Doc. 75 du dossier de conduite du DFF

638 Note d'information de la CFB du 20.10.2008 adressée au chef de la Division des affaires internationales de l'AFC, au président du groupe de travail Karrer, au représentant de la DP V au sein du groupe de travail Karrer, au directeur suppléant de l'OFJ et à l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis; voir doc. 80 du dossier de conduite du DFF

639 Lors de la séance du collège gouvernemental, le chef du DFF a distribué deux notes, dont l'une, intitulée «Charybdis», contient la description rudimentaire de trois options alternatives. Voir chap. 3.4.4.5, paragraphe concernant le chef du DFF.

640 Chronologie des événements, UBS *cross-border*, 19.9.2008.

641 Il s'agit de Peter Kurer, Marcel Rohner, Raoul Weil, Martin Liechti, ainsi que d'autres responsables (anciens ou actuels) et conseillers à la clientèle du domaine des activités transfrontalières pour les Etats-Unis.

lières d'UBS aux Etats-Unis. Ces auditions ont été menées de manière informelle, il n'y a donc pas eu de procès-verbal, bien que la CFB ait pris des notes. Selon ses explications, il n'y a pas eu de procès-verbal en raison du manque de temps et de ressources.

Le 25 septembre 2008, le chef de la sous-division Finance et économie de la Division politique V du DFAE envoie un courriel à tous les membres du groupe de travail Karrer, à l'exception du directeur suppléant de l'OFJ, portant sur un article de presse présentant une proposition concernant l'affaire UBS aux Etats-Unis. En effet, aux alentours du 22 septembre 2008, un procureur américain avait évoqué la possibilité de lancer un *Voluntary Disclosure Program* en relation avec l'affaire UBS. Ce programme d'amnistie prévoyait des sanctions plus légères pour les fraudeurs américains qui se déclaraient d'eux-mêmes auprès de l'*IRS*. Il s'agissait d'ouvrir une fenêtre d'opportunité aux fraudeurs avant la fin du retrait d'UBS de ses activités transfrontalières aux Etats-Unis. Cette position semblait intéressante aux yeux du chef de la section question financière du DFAE dans le cadre de l'affaire UBS. Les CdG ignorent si cette possibilité a été étudiée par les acteurs suisses concernés.

Le même jour, le 25 septembre 2008, le chef du groupe de travail, Alexander Karrer, envoie une note de huit pages à la cheffe du DFJP, à laquelle sont annexés les *non-papers* suisses et américains sur la problématique du retrait d'UBS de ses activités transfrontalières aux Etats-Unis[642].

La note avait été préparée par le groupe de travail Karrer. Elle faisait le point sur l'évolution des éléments les plus importants de l'affaire, à savoir:

1. les trois enquêtes américaines, *DOJ*, *IRS* et *SEC;*
2. la coopération des autorités suisses avec les autorités américaines;
3. l'enquête interne d'UBS;
4. les auditions de la sous-commission du Sénat américain;
5. la stratégie de retrait d'UBS de ses activités transfrontalières aux Etats-Unis;
6. une courte ananlyse de la situation générale.

La note présentait de façon générale les événements qui avaient eu lieu auparavant. Dans le chapitre concernant la coopération des autorités suisses avec les autorités américaines, Alexander Karrer faisait part du mécontentement des autorités américaines au sujet de la coopération d'UBS tout autant que de celle des autorités suisses. Le chef du groupe de travail continuait en insistant sur le fait que les autorités suisses avaient montré dès le début leur disposition à coopérer avec les autorités américaines, par la voie de l'entraide administrative ou judiciaire. Il soulignait encore le fait qu'à travers les efforts du groupe de travail Karrer et la coopération de la CFB et de l'AFC par les deux canaux de l'entraide administrative, les autorités suisses avaient réussi à éviter des mesures unilatérales de la part des autorités américaines à l'encontre d'UBS pour exiger une transmission de données de clients.

Il évoquait aussi les risques de réputation pour UBS et la place financière suisse, si le différend fiscal entre les autorités suisses et américaines venait à s'ébruiter publiquement. Un tel scénario donnerait du poids à toutes les forces qui voulaient pousser la Suisse à abandonner le secret bancaire pour raisons fiscales[643]. En outre, la note

642 Note de l'AFF du 25.9.2008, doc. 75 du dossier de conduite du DFF.
643 En allemand (version originale): «Aufgabe des steuerlichen Bankgeheimnisses».

faisait référence aux prochaines rencontres d'UBS, l'une du 26 septembre 2008 avec le *DOJ* sur la question du retrait des activités transfrontalières aux Etats-Unis et l'autre, du 17 octobre 2008, avec les autorités américaines et la CFB, pour la présentation des résultats de l'enquête interne d'UBS menée par le bureau *WLRK*.

De plus, la note faisait également le point sur l'entraide administrative de l'AFC pour le compte de l'*IRS* qui se poursuivait avec une première décision prévue au début octobre 2008; les personnes concernées disposant dès lors de 30 jours pour faire recours auprès du TAF. Toutefois, la note constatait que des ressources supplémentaires étaient requises. Le fait que la CFB avait transmis à la *SEC* dans le cadre de l'entraide administrative les informations bancaires demandées, ceci toutefois sans transmision de donnée de clients d'UBS était également mentionné. La *SEC* avait ensuite transmis les informations reçues au *DOJ*.

En conclusion, la note présentait une solution en cas de développement de la situation. Celle-ci consistait à entreprendre des démarches politiques auprès des autorités américaines dans le but d'éviter une escalade de l'affaire par le *DOJ*. Il incomberait alors au DFF de coordonner ces prises de contact, notamment avec l'ambassade des Etats-Unis en Suisse, le Trésor américain et le *Federal Reserve Board*. En dernier lieu, des contacts politiques seraient pris au niveau des ministres, respectivement des chefs de département. Suite à une question des CdG, la cheffe du DFJP avait répondu qu'elle avait décidé, d'entente avec les personnes concernées du DFF, de la manière de poursuivre l'affaire et plus particulièrement de la manière dont les discussions avec les représentants de l'*IRS* et du *DOJ* devaient être conduites[644].

Dans un courriel de la banque UBS[645] daté du 26 septembre 2008 et envoyé au chef du groupe de travail et au vice-directeur de la CFB, le *Head Litigation Corporate Center* faisait part de ses réflexions sur la situation. Plus particulièrement, il faisait référence à la procédure juridique du *DOJ*, celui-ci prévoyant plusieurs auditions de collaborateurs d'UBS, notamment de l'ancien *Head North America International* d'UBS (de 2002 à septembre 2007). La stratégie de retrait d'UBS était également évoquée ainsi que la préparation de la présentation des résultats définitifs de l'enquête interne d'UBS. La perspective future selon UBS y était aussi esquissée avec l'impératif de conclure un accord avec l'administration américaine encore en place; pour UBS, le procureur américain Kevin Downing de la *Tax Division* du *DOJ,* lequel disposait alors d'un large champ d'actions dans le cadre de son enquête, pouvait cependant constituer un obstacle à une solution rapide. D'après UBS, le gouvernement américain se montrait intéressé à une solution rapide. La banque estimait cependant disposer d'une fenêtre temporelle pour mener les négociations à bien. En conclusion, le courriel signalait qu'UBS saluerait vivement l'engagement actif du gouvernement suisse dans l'intérêt d'UBS et de la place financière suisse. Dans ce courriel, UBS soulignait par ailleurs la nécessité de prendre des contacts avec le Trésor américain, la *Fed* et le *Department of State* (Département des affaires étrangères américaines) au niveau de hauts fonctionnaires de l'Etat d'abord, puis rapidement au niveau des deux gouvernements.

644 Procès-verbal de l'audition par les CdG de la conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, cheffe du DFJP, du 3.5.2010, p. 4.

645 Courriel du 25.9.2008, UBS, doc. 76 du dossier de conduite du DFF.

Dès le 30 septembre 2008, l'ambassadeur de Suisse à Washington D.C., qui était au plus proche du dossier aux Etats-Unis, avait informé par un courriel[646] les membres du groupe de travail Karrer sur l'état des négociations d'UBS avec le *DOJ*. Ce courriel s'appuyait sur les échanges de l'ambassadeur avec le *Group General Counsel* d'UBS.

Le *Group General Counsel* d'UBS se serait entretenu seul avec Kevin Downing, le procureur de la *Tax Division* du *DOJ;* ce dernier s'étant montré favorable à une solution de coopération. Toujours selon l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis, le *Group General Counsel* aurait notamment négocié le retrait d'UBS des activités transfrontalières. Il aurait proposé que les autorités américaines renoncent à la divulgation de toutes les données de clients au profit de ceux des comptes présentant les sommes les plus élevées, en tentant de faire fonctionner des dispositifs d'incitations positives ou négatives pour générer des déclarations volontaires. Kevin Downing se serait déclaré disposé à étudier ces propositions.

Cependant, dans le même courriel, l'ambassadeur aux Etats-Unis estimait que les autorités américaines n'allaient prendre position sur ces propositions d'UBS qu'après la présentation des résultats de l'enquête interne d'UBS, le 17 octobre 2008.

Il proposait également qu'en marge de leur prochain déplacement à Washington pour les rencontres du FMI et de la Banque mondiale, les autorités suisses en question discutent avec les autorités américaines de l'affaire des activités transfrontalières d'UBS.

Par ailleurs, l'ambassadeur suisse était d'avis que l'affaire n'avait pas encore atteint le degré de maturité nécessaire pour envisager des contacts au niveau des deux gouvernements. Il proposait une stratégie de communication officielle mettant l'accent sur la coopération des autorités suisses et d'UBS, la procédure d'entraide administrative qui engageait des moyens exceptionnels, etc. Des messages étaient à adresser en particulier aux autorités américaines: par rapport au *DOJ*, il s'agissait d'insister sur le respect du droit d'un Etat ami et sur les canaux de collaboration ouverts. Par rapport au Trésor américain et l'*IRS*, il fallait mettre l'accent sur le fait qu'une coopération engagée apporterait plus de déclarations fiscales et par conséquent plus d'entrée de fonds. Et, enfin, pour la *Fed*, il fallait souligner l'importance d'UBS pour la stabilité du système financier suisse et américain.

3.4.2 Rencontres avec des représentants du *DOJ* et du Trésor les 10 et 17 octobre 2008

3.4.2.1 Rencontre avec des représentants du *DOJ*

D'après une note du 14 octobre 2008[647], rédigée par le chef du groupe de travail Karrer et adressée à la cheffe du DFJP, à la CFB, à l'ambassade de Suisse à Washington D.C., à l'AFC et à la BNS, l'ambassadeur Alexander Karrer lui-même, l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis, accompagné de deux représentants de l'ambassade, avaient rencontré le 10 octobre 2008 à Washington D.C. l'*Associate*

646 Courriel du 30.9.208, Ambassade suisse aux Etats-Unis, doc. 77 du dossier de conduite du DFF.

647 Note du 14.10.2008, AFF, doc. 78 du dossier de conduite du DFF.

Attorney General, Kevin O'Connor, lui-même accompagné de Bruce Swartz de la *Criminal Division* et de Kevin Downing de la *Tax Division*.

D'après la note mentionnée, lors de cette rencontre, Kevin O'Connor se serait prononcé pour un rapide règlement du cas, ce qui dans le contexte de la crise financière était important autant pour la Suisse que pour les Etats-Unis. En outre, il aurait repris les positions exprimées dans le *non-paper* du *DOJ* et ajouté qu'en dépit de la bonne collaboration entre les autorités suisses et les autorités américaine, on était encore loin des résultats escomptés par le *DOJ*. La présentation de l'enquête interne d'UBS prévue pour le 17 octobre 2008 à New York se rapprochant, il aurait relevé que le *DOJ* se verrait prochainement confronté à la question de savoir s'il allait porter plainte contre UBS. Selon la note d'Alexander Karrer, Kevin O'Connor ne souhaitait pas que le conflit de droit entre les deux ordres juridiques en place soit porté devant un tribunal américain, même si Kevin O'Connor se montrait confiant que dans un tel cas de figure le *DOJ* se verrait conforté dans sa position.

Par ailleurs, Kevin O'Connor aurait souhaité que les autorités suisses portent plainte contre UBS au vu des soupçons qui pesaient sur la banque; ainsi les autorités suisses auraient elles-mêmes accès aux données des comptes. Toujours d'après la note, il aurait également fait remarquer que le *DOJ* se devait de présenter des résultats, car la sous-commission du Sénat conduite par le sénateur Levin avait créé des attentes au Sénat américain envers l'Administration américaine. Alexander Karrer aurait alors expliqué qu'il voyait une solution par la coopération, le cadre juridique ne laissant pratiquement pas d'autre choix. D'autre part, il aurait exprimé son incompréhension quant au fait qu'aux yeux des autorités américaines des comptes de contribuables américains pour lesquels il n'y avait ni titres américains ni structures *offshore* en présence, pouvaient constituer des délits. Puis, les propositions d'UBS sur son retrait des activités transfrontalières auraient été évoquées, Kevin Downing les refusant en bloc.

Dans la note du 14 octobre 2008, le chef du groupe de travail avait donc conclu que le *DOJ* se trouvait probablement à un tournant où il ne disposait plus d'autres éléments pour faire avancer son enquête.

Les attentes du Sénat américain engendraient une pression sur le *DOJ* et des résultats devaient être présentés avant qu'un changement de l'Administration américaine ait lieu. Dans cette optique, la *subpoena* contre UBS devrait dès lors être édictée avant la fin de l'année 2008. Du côté des autorités suisses, il fallait donc accélérer l'entraide administrative et prendre contact avec le Trésor américain ainsi que la *Fed* au vu des turbulences extrêmes des marchés financiers que la *subpoena* allait engendrer.

L'ensemble de ces événements avaient été rapportés à la cheffe du DFJP, qui remplaçait alors le chef du DFF. Les CdG ignorent quelles décisions la cheffe du DFJP a pris à ce sujet.

Le 14 octobre 2008, le *District Attorney* de New York faisait usage d'une *Grand Jury Subpoena* contre UBS avec délai au 31 octobre 2008 pour fournir entre autres des preuves et documents relatifs à des comptes non-déclarés, comme des fondations ou des trusts ouverts à partir du 1er janvier 2001 par des clients américains auprès d'UBS en Suisse, ainsi que des documents sur les déplacements, les téléphones, les courriels, les correspondances, les agendas, les carnets de rendez-vous de Bradley Birkenfeld et des autres conseillers à la clientèle d'UBS depuis cette date. La *sub-*

poena exigeait d'autre part d'UBS les données des clients des comptes non-déclarés, à savoir les *non-W-9*.

Le *District Attorney* de New York conduisait également une enquête sur des cas d'évasion fiscale dans l'Etat de New York. Si UBS ne donnait suite à la *subpoena* à l'échéance fixée, les responsables d'UBS se verraient accusés d'outrage criminel à la Cour.

3.4.2.2 Séance du Conseil fédéral du 15 octobre 2008 consacrée à la recapitalisation d'UBS

Le ch. 7 de la proposition du DFF du 14 octobre 2008 relative aux mesures de stabilisation du système financier, élaborée sous l'égide de la cheffe du DFJP, comportait un paragraphe consacré à la poursuite d'UBS par les autorités judiciaires américaines.

Ce paragraphe se rapportait explicitement à l'enquête pénale du *DOJ* contre UBS, ses organes et ses clients américains pour transgression du droit fiscal américain. Il mentionnait notamment que le *DOJ* avait demandé à UBS (Suisse) des informations relatives à un grand nombre de clients américains de la banque et que ces informations faisaient l'objet de la demande d'entraide administrative déposée par l'*IRS* et en instance auprès de l'AFC. Il ressort également de ce passage que les autorités américaines avaient fait part de leur frustration quant à la durée et aux restrictions matérielles de cette procédure et menaçaient de contraindre UBS (Suisse) à livrer les données en question en recourant à des sanctions à l'encontre des unités américaines d'UBS. Etait également relevé le fait qu'une remise de données concernant certains clients d'UBS par ce biais, c'est-à-dire en dehors d'une procédure d'entraide administrative ou judiciaire déposée en Suisse, contrevenait au secret bancaire, ce que les autorités suisses avaient déjà très clairement expliqué aux autorités américaines. Le paragraphe en question mentionnait que, jusqu'à ce moment-là, il avait été possible d'empêcher que les Etats-Unis prennent des mesures unilatérales, mais que les derniers entretiens en date avaient une nouvelle fois permis de constater que les autorités américaines continuaient d'insister pour obtenir, en dehors des procédures d'entraide administrative ou judiciaire suisses, l'accès aux données relatives aux clients privés américains d'UBS concernés par la sortie annoncée d'UBS du marché des affaires transfrontalières, et en avaient fait un préalable à un éventuel accord dans cette affaire. La procédure fiscale américaine comportait un risque de crise politique très élevé et pourrait empêcher UBS de travailler sur le sol américain voire, en cas de plainte pénale, aller jusqu'à menacer l'existence même de la banque. Le paragraphe conclut en notant que, selon l'évolution du dossier, des interventions en haut lieu seront nécessaires pour parvenir à une solution rapide du problème.

Selon les informations en leur possession, les CdG ont constaté que le collège du Conseil fédéral ne s'était jamais penché sur ce sujet lors des préparatifs qui ont précédé la décision du 15 octobre 2008. Il n'avait pas non plus pris de décision à ce sujet. Il semblerait plutôt que ces informations se soient perdues ou aient été oubliées dans la confusion autour du sauvetage d'UBS. Par ailleurs, le chef du DFF n'avait pas non plus repris cette problématique après son retour aux affaires le 3 novembre 2008.

3.4.2.3 Rencontre avec des représentants du Trésor

Le 17 octobre 2008, l'AFC avait édicté une première décision contre un client américain d'UBS. A partir de là, le client disposait de trente jours pour faire recours auprès du TAF.

Le même jour, une rencontre avait eu lieu entre le chef du Service économique et financier de l'ambassade de Suisse et des représentants du Trésor américain. Le représentant de l'ambassade avait attiré l'attention sur la situation de la Suisse, qui dans le cas de menaces ou de mesures unilatérales contre UBS, risquait sa propre stabilité étant donné la taille systémique de la banque pour la Suisse. Il complétait en expliquant les mesures exceptionnelles que les autorités suisses avaient prises pour stabiliser UBS dans le cadre de ses pertes sur le marché américains des *subprimes*.

L'argumentation des autorités suisses était axée autour de considérations de type économique et financière, étant donné que la crise financière venait d'atteindre son paroxysme avec la faillite de la banque d'investissement américaine *Lehman Brothers*.

Dans son appréciation de cette réunion, le chef du Service économique et financier de l'ambassade de Suisse s'était étonné de la retenue du Trésor américain au sujet des problèmes d'UBS avec le *DOJ,* bien que le message concernant l'importance systémique d'UBS avait visiblement été entendu.

Les autorités suisses espéraient que cette action de sensibilisation aux intérêts communs en relation avec UBS allait se répandre au sein du Trésor[648].

3.4.2.4 Présentation des résultats de l'enquête interne d'UBS

Egalement ce 17 octobre 2008, à New York, l'étude d'avocats *WLRK* avait présenté les résultats de l'enquête interne d'UBS, qu'elle avait conduite depuis le début de l'année 2008.

D'après le compte rendu et l'évaluation de la rencontre établis par le vice-directeur de la CFB[649] et envoyé aux membres de l'ancien groupe de travail Karrer, la présentation avait duré quatre heures et avait réuni trente-deux personnes provenant du *DOJ*, de l'*IRS*, de la *SEC*, du *Federal Reserve Board of Directors*, de la *New York Fed*, de la CFB et d'UBS.

Sur la base de son enquête, l'étude d'avocats *WLRK* était arrivée à la conclusion que premièrement, un faible nombre d'employés d'UBS avaient aidé des clients américains, peu nombreux eux aussi, à contourner les exigences du *QIA* par la voie de structures *offshore*. Deuxièmement, les restrictions de la *SEC* en matière d'activités transfrontalières avec des personnes américaines portant sur des titres américains avaient également été violées. Troisièmement, les obligations d'informations et de prestations clairement spécifiées par le *QIA* n'avaient pas été observées par UBS. Cependant, aux yeux de l'étude d'avocats *WLRK*, le haut management de la banque ne pouvait pas être tenu pour responsable des violations concernant les obligations relatives au *QIA*. Au contraire, selon l'étude d'avocats *WLRK*, le haut management

648 Note du 17.10.2008, Ambassade de Suisse aux Etats-Unis, doc. 79 du dossier de conduite du DFF.
649 Note du 20.10.2008, CFB, doc. 80 du dossier de conduite du DFF.

aurait tout fait pour renforcer la conformité des activités transfrontalières avec des clients américains aux règles du *QIA*.

Puis, toujours selon le compte rendu de la CFB, les représentants d'UBS et l'étude d'avocats *WLRK* étaient sortis pour laisser les autorités américaines et suisses discuter entre elles. Les autorités américaines ne partageaient pas les conclusions de l'enquête au sujet de la responsabilité du haut management. Elles étaient plutôt de l'avis qu'UBS avait systématiquement violé le droit américain et que la question de l'implication du management d'UBS n'avait toujours pas été clarifiée de manière adéquate. Pour les autorités américaines, le management supérieur au niveau de Martin Liechti aurait eu connaissance de certaines pratiques, raison pour laquelle sa responsabilité en la matière semblait avérée. En effet, les autorités américaines reprochaient au haut management d'UBS que les mesures prises par la banque n'avaient pas été assez radicales et que leur mise en œuvre avait trop tardé.

Les autorités américaines voulaient donc éclaircir ce point en interrogeant directement aux Etats-Unis le haut management d'UBS, notamment Peter Kurer, Marcel Rohner et Raoul Weil.

Désormais, il était clair pour la CFB que le *DOJ* voulait obtenir des données de clients rapidement et tant que cela ne serait pas le cas, UBS allait rester sous pression.

La CFB avait aussi conclu que le *DOJ* était vraisemblablement sous la pression du Sénat américain, et notamment de la sous-commision d'enquête permanente menée par le sénateur Levin, qui poursuivait son enquêtes quant à la conformité aux lois fiscales américaines des pratiques d'activités transfrontalières de banques ayant leur siège dans des paradis fiscaux, notamment en Suisse et au Liechtenstein. Un rapport des résultats d'enquête de cette sous-commission présentant les pratiques d'UBS et de LGT avait été publié en même temps que les auditions de représentants de ces banques par cette même sous-commission, à savoir le 17 juillet 2008.

D'après le compte rendu de la CFB, le bureau d'avocats *WLRK* avait rendu un rapport minutieux. Et tout comme le *DOJ*, la CFB était de l'avis que les mesures visant à rétablir la conformité des pratiques au droit américain avait été modérées et que leur mise en œuvre n'avait eu lieu qu'avec hésitation. La CFB parvenait, sur la base de l'enquête interne d'UBS, à la conclusion que ni la garantie d'activité irréprochable de Marcel Rohner, ni celle de Peter Kurer n'étaient remises en question[650].

En ce qui concernait Raoul Weil, la situation était moins claire pour la CFB et elle s'était proposée d'approfondir l'examen de son implication.

La CFB avait par ailleurs ajouté, à l'adresse des autorités américaines, qu'UBS ne disposait pas de marge de manœuvre pour transmettre des données de clients, et qu'il s'agissait par conséquent d'un problème entre deux ordres juridiques différents.

L'autorité de surveillance suisse avait aussi souligné que le retrait des activités transfrontalières d'UBS était à distinguer de la transmission de données de clients et que le droit suisse ne conférait à aucune autorité suisse la possibilité de lever le secret bancaire.

650 Note du 20.10.2008, CFB, doc. 80 du dossier de conduite du DFF, p. 3.

Le compte rendu de la CFB note que lorsqu'UBS et ses avocats étaient à nouveau revenus après la discussion entre les autorités américaines et les autorités suisses, la banque avait été informée que d'autres documents allaient être demandés, et que le *DOJ* voulait interroger le haut management d'UBS.

Le *Group General Counsel* d'UBS avait fait savoir que des négociations allaient être nécessaires pour arriver à s'arranger sur ce point. Finalement, d'après le compte rendu de la CFB, les autorités américaines avaient clairement fait savoir qu'un accord allait dépendre de la seule transmission de données de clients américains[651].

Lors de son audition par les CdG, le *Group General Counsel* d'UBS a expliqué que la position du *DOJ* avait été intransigeante. Alors que le procureur de la *Criminal Division* avait accepté de coopérer par la voie de l'entraide administrative et tenté d'amener la *Tax Division* à accepter la collaboration par cette même voie, les résultats de l'entraide administrative n'avaient abouti qu'à deux décisions de l'AFC. Au vu de ce résultat peu convaincant, le *DOJ* s'était trouvé conforté dans son opinion initiale selon laquelle il fallait exiger fermement et rapidement la remise de données de clients d'UBS hors de la voie de la procédure d'entraide administrative[652].

3.4.3 Insuffisance de la procédure d'entraide administrative: escalade du conflit

3.4.3.1 La CFB émet par écrit les premières propositions d'action

Comme il a été mentionné précédemment, Alexander Karrer, chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF, à la suite de la rencontre entre des représentants des autorités suisses et des représentants du *DOJ* le 10 octobre 2008, avait conclu dans une note d'information du 14 octobre 2008 à la cheffe du DFJP que tout devrait être mis en œuvre pour accélérer la procédure d'entraide administrative de l'AFC de façon à ce que les informations sur les clients puissent être communiquées à l'*IRS* en automne 2008. En outre, il avait considéré comme nécessaire que les autorités suisses entretiennent plus de contacts avec les autorités américaines.

Après avoir assisté à la présentation de l'enquête interne d'UBS le 17 octobre 2008 à New York, le directeur adjoint de la CFB avait clairement estimé que les autorités suisses devaient prendre des mesures supplémentaires en tant que représentantes de l'AFF: selon lui, le *DOJ* n'était pas prêt à mener à leur terme des négociations avec UBS avant que les données relatives aux clients ne soient transmises aux autorités américaines ou, au moins, que les autorités suisses n'aient pris l'engagement d'opérer un tel transfert, ce qui dépassait le cadre existant de la procédure d'entraide administrative de l'AFC. Dans sa note du 20 octobre 2008 au responsable de la Division des affaires internationales de l'AFC, à Alexander Karrer, au représentant de la Division politique V, au directeur adjoint de l'OFJ et à l'ambassadeur de la

651 Note du 20.10.2008, CFB, doc. 80 du dossier de conduite du DFF.
652 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Markus Diethelm, *Group General Counsel* d'UBS, du 6.4.2008, p. 14.

Suisse aux Etats-Unis[653], le directeur adjoint de la CFB avait nettement fait ressortir que les autorités suisses devaient rapidement discuter des quatre options suivantes:

1. persister sur la voie de l'entraide administrative et communiquer cette position au niveau administratif et gouvernemental le plus élevé;
2. s'engager par écrit envers les autorités américaines, même en cas d'accord entre les autorités américaines et UBS, à poursuivre avec la même énergie la procédure d'entraide administrative de l'AFC;
3. proposer aux autorités américaines, après une première décision positive du TAF dans le cadre du recours contre les décisions de clôture de l'AFC, de transmettre tous les noms de clients répondant aux mêmes critères sortant de la procédure légale prévue et ce, soit avec une décision de clôture de l'AFC, mais sans l'effet suspensif d'un éventuel recours, soit sans décision de clôture;
4. transmettre sans délai un nombre déterminé de noms en s'appuyant sur la compétence du Conseil fédéral en cas d'urgence prévue dans la Constitution.

Selon le directeur adjoint de la CFB, les options 3 et 4 devaient dépendre d'un accord entre les autorités américaines et UBS. Parallèlement, il estimait nécessaire de décider s'il ne valait pas mieux intervenir rapidement au niveau gouvernemental le plus élevé[654].

Le 17 octobre 2008, l'AFC avait rendu sa première décision de clôture dans le cadre de la procédure d'entraide administrative[655]. Selon le président du TAF, le tribunal en avait été informé par les médias[656], à la suite de quoi il avait été convenu d'une rencontre avec le directeur de l'AFC et le responsable de la Division des affaires internationales de l'AFC afin de discuter de la marche à suivre – comme c'est le cas dans les procédures collectives. Peu avant la date, la rencontre avait été annulée après que le directeur de l'AFC avait informé le tribunal que, en raison de cette rencontre, les parties examineraient une demande de récusation des membres du TAF y participant. Une rencontre de remplacement à un niveau hiérarchique moindre avait eu lieu le 25 novembre 2008[657]. Il n'est plus possible de savoir avec exactitude qui a pris l'initiative de cette rencontre[658]. Du côté de l'AFC, les CdG ont été informées qu'une première prise de contact avait eu lieu en septembre 2008 avec le TAF[659].

653 Doc. 80 du dossier de conduite du DFF.
654 En raison notamment des élections américaines du 4.11.2008.
655 Cf. chronologie des événements, UBS *cross-border*.
656 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Christoph Bandli, président du TAF, du 19.3.2010, p. 2.
657 Ibid., p. 3.
658 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Christoph Bandli, président du TAF, du 19.3.2010, p. 3 et procès-verbal de l'audition par les CdG d'Urs Ursprung, directeur de l'AFC, et d'Eric Hess, directeur suppléant de la Division des affaires internationales, AFC du 18.2.2010, p. 13.
659 Ibid.

3.4.3.2 Version finale des propositions d'action à l'intention de la cheffe du DFJP

Les options proposées par la CFB ont été discutées le 20 octobre 2008 par les destinataires de la note. La note et les propositions prises en considération ont ensuite été adaptées et envoyées au directeur de l'AFF en vue de son entretien du 22 octobre 2008 avec la cheffe du DFJP[660]. Les documents envoyés contenaient des explications notamment sur la présentation des résultats de l'enquête interne d'UBS faite à New York. L'évaluation globale de la situation restait également inchangée dans cette nouvelle note. En outre, il y était fait mention de ce que le *DOJ* menaçait une nouvelle fois d'édicter une *subpoena* dans le but de forcer la remise des données de clients.

Les propositions d'action ci-après, discutées par les représentants de la CFB, de l'AFC, de l'OFJ, de la PA V du DFAE et de l'ambassadeur de Suisse y avaient également été présentées:

- Option 1: correspondait à l'option 1 de la première note. Les explications mentionnaient qu'une première décision du TAF ne serait prise qu'en février 2009 et que le traitement des autres cas pourrait prendre encore jusqu'à un an. Les autorités américaines estimaient que la procédure était trop longue et n'accepteraient pas qu'il ne soit pas possible de communiquer davantage de données de clients. Cette option était considérée comme légalement non problématique.
- Option 2: correspondait à l'option 2 de la première note. Cette option ne constituait pas non plus, selon les rédacteurs de la note, de gros problème du point de vue légal, mais elle n'apportait pas de solution au délai de remise des données.
- Option 3: invoquer l'état de nécessité pénale d'UBS et organiser le transfert de données de clients par celle-ci.
- Option 4: correspondait largement à l'option 3 de la première note. La possibilité de recours contre la décision de clôture devait demeurer tandis que l'effet suspensif d'un éventuel recours devait être supprimé.
- Option 5: correspondait à l'option 4 de la première note. Décision du Conseil fédéral basée sur l'art. 184, al. 3, Cst. (droit de prise de décisions du Conseil fédéral pour la sauvegarde des intérêts du pays). Avec de bons arguments, une telle mesure pouvait être considérée comme *contra legem* et donc illicite.
- Option 6: communication de données de clients en fonction des intérêts. Il s'agissait en l'occurrence d'une proposition des autorités américaines allant à l'encontre de la législation suisse.

Les représentants de l'ancien groupe de travail Karrer, qui avaient discuté des options, avaient pesé le pour et le contre des différentes propositions et favorisaient les options 3 (état de nécessité pénale) et 4 (possibilité de recours sans effet suspensif) – malgré les énormes risques juridiques et politiques en Suisse. Ces deux options présentaient selon eux l'avantage d'une solution immédiate. Si une de ces options était choisie, il aurait fallu mettre en place un contact direct entre le ministre de la

660 Doc. 81 du dossier de conduite du DFF,.

justice de la Suisse et celui des Etats-Unis. Toute offre de la Suisse devait clairement dépendre d'une solution globale. La décision concernant la procédure choisie ainsi qu'un contact à l'échelle des ministres de la justice devait, dans l'idéal, être prise dans la semaine du 27 au 31 octobre 2008, puisque le 4 novembre 2008 avaient lieu les élections aux Etats-Unis.

La note avait été donnée à la cheffe du DFJP. La possibilité d'une rencontre au plus haut niveau avait été examinée. A ce moment-là, l'ambassadeur de la Suisse aux Etats-Unis avait déjà demandé si le ministre des finances américain était disponible pour un entretien. La rencontre entre le directeur de l'AFF et la cheffe du DFJP le 22 octobre 2008 avait en outre montré que la troisième option (état de nécessité pénale) n'était pas opportune en raison des risques juridiques et politiques[661].

L'examen d'un expert en droit externe avait indiqué peu après que l'option 4 ne pouvait elle non plus être conservée, car la suppression de l'effet suspensif du recours contre une décision de clôture de l'AFC n'aurait très probablement pas le soutien du TAF[662].

Dans un courriel daté du 27 octobre 2008, c'est-à-dire au début de la période définie dans la note pour la décision et la prise de contact au plus haut niveau, le directeur adjoint de la CFB avait informé les membres du groupe de travail Karrer encore impliqués que la cheffe du DFJP et le directeur de l'AFF n'iraient pas aux Etats-Unis et que seul le vice-président de la BNS se rendrait au Département des finances américain et à la *Fed*. L'auteur du courriel avait exprimé comme conclusion personnelle que la voie de l'entraide administrative (options 1 et 2) continuait à représenter la seule solution et qu'UBS serait toujours sous forte pression aux Etats-Unis[663].

Les documents à la disposition des CdG mentionnent que les autorités américaines avaient été informées de la situation concernant la procédure d'entraide administrative de l'AFC le 31 octobre 2008 dans le cadre d'une conférence téléphonique entre l'AFC et l'*IRS* (et un représentant du *DOJ*)[664]. A cette occasion, l'*IRS* avait informé l'AFC que, les entretiens entre UBS et le *DOJ* ayant échoué, la patience de ce dernier atteignait ses limites[665].

En octobre 2008, la *Fed* avait averti la CFB qu'une procédure rapide était indispensable. Si la remise des données n'avait pas lieu, il fallait compter avec une mise en accusation de la banque avant même la fin de l'année[666].

661 Note d'information du directeur du DFF du 23.10.2008 au responsable de la Division des affaires internationales de l'AFC, au vice-président de la BNS, au chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF, à la secrétaire générale du DFF, au représentant de la PA V du DFF, au directeur adjoint de l'OFJ, à l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis et au directeur adjoint de la CFB; doc. 84 du dossier de conduite du DFF.

662 Note d'information du DFF du 23.10.2008 à la cheffe du DFJP, au directeur de l'AFF et aux destinataires de la note précédente. Cf. doc. 85 du dossier de conduite du DFF.

663 Doc. 86 du dossier de conduite du DFF.

664 A ce moment-là, trois décisions de clôture avaient été publiées et le délai de recours auprès du TAF – 30 jours – ne prenait fin qu'à la mi-novembre 2008. L'AFC avait alors reçu d'UBS 216 dossiers, et se préparait à traiter 36 d'entre eux. Cf. doc. 89 du dossier de conduite du DFF.

665 Doc. 89 du dossier de conduite du DFF.

666 Cf. chronologie des événements, UBS *cross-border*.

Le 3 novembre 2008, après son absence pour cause de maladie, le chef du DFF avait repris la gestion du DFF et donc le dossier relatif aux affaires transfrontalières d'UBS avec des clients privés aux Etats-Unis.

Le 4 novembre 2008 avaient lieu les élections présidentielles et parlementaires aux Etats-Unis. Le démocrate Barak Obama était élu président. L'administration Bush est restée en place jusqu'au 20 janvier 2009.

D'après un courriel d'UBS au directeur adjoint de la CFB et au chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF, le *DOJ* lui avait confié le 7 novembre 2008 qu'il attendait toujours une réponse de la part des autorités suisses concernant l'accélération de la procédure d'entraide administrative. Il avait mis en garde contre le fait qu'un «événement» se produirait dans la semaine[667]. De son côté également, le *DOJ* avait considéré que le retrait d'UBS des affaires transfrontalières avec des clients privés aux Etats-Unis impliquerait pour les autorités américaines la perte d'informations importantes[668].

3.4.3.3 Lettre du chef du DFF et de la cheffe du DFJP du 10 novembre 2008 à leurs homologues américains

Le 10 novembre 2008, soit quatre jours après les élections aux Etats-Unis, le chef du DFF et la cheffe du DFJP avaient adressé une lettre au ministre des finances et au ministre de la justice de l'administration Bush[669]. Ils y avaient souligné que le gouvernement suisse était fortement préoccupé par les trois enquêtes américaines en cours à l'encontre d'UBS, car certains services impliqués cherchaient à obtenir des noms de clients en dehors de la procédure d'entraide administrative existante et donc en contradiction avec la législation suisse.

Ils avaient assuré au nom du gouvernement suisse prendre très au sérieux les reproches adressés à UBS et les enquêtes des autorités américaines. Ils avaient ensuite listé les efforts effectués par les autorités suisses pour satisfaire les Etats-Unis dans le cadre de l'entraide administrative. Ils avaient également souligné la volonté de collaborer d'UBS et garanti qu'aucun document ne serait détruit par celle-ci. En outre, ils avaient assuré aux ministres américains que le gouvernement suisse n'avait aucun intérêt à couvrir des cas de fraude fiscale et qu'il poursuivrait donc la procédure d'entraide administrative même après un éventuel accord d'UBS avec les Etats-Unis.

Enfin, ils avaient suggéré aux deux ministres américains de continuer à faire valoir le besoin d'information des autorités américaines de façon coopérative et dans le cadre de l'entraide administrative basée sur la CDI et de renoncer à des actions unilatérales contre UBS pour obtenir des noms de clients. De telles actions non seulement allaient à l'encontre des intérêts des deux pays, mais pourraient également porter préjudice à la collaboration, jusque-là étroite, sur le cas en question.

La lettre contenait aussi une remarque sur l'importance d'UBS pour la stabilité systémique du marché financier et sur les mesures prises par l'Etat suisse pour la

667 Cf. également lettre d'UBS aux CdG du 13.4.2010.
668 Doc. 87 du dossier de conduite du DFF.
669 Doc. 88 du dossier de conduite du DFF.

soutenir. Des mesures unilatérales des Etats-Unis contre UBS pourraient avoir un effet négatif sur les efforts suisses de stabiliser UBS et par conséquent le marché financier.

Cette lettre des deux chefs de département ne reçut jamais de réponse de la part des Etats-Unis[670]. Les représentants des autorités suisses ont indiqué aux CdG que la cause en était le changement d'administration[671].

3.4.3.4 Pression croissante des autorités américaines: mise en accusation de Raoul Weil aux Etats-Unis

Le 12 novembre 2008, Raoul Weil, *CEO GWM&BB* d'UBS a été déféré devant un tribunal de Floride sans que lui-même ou UBS aient été prévenus. L'acte d'accusation se réfèrait à deux responsables anonymes comme complices.

Après une mise au point avec l'avocat de confiance de l'ambassade de Suisse et celui d'UBS, l'ambassade de Suisse a conclu que les autorités suisses devaient dans un premier temps prendre note de cette accusation et en suivre les développements[672].

Le 13 novembre 2008, le chef du Service économique et financier de l'ambassade suisse aux Etats-Unis a rencontré Bruce Swartz, du *DOJ*, lors d'une séance informelle à la suite de laquelle il avait informé les services concernés à Berne. L'entretien n'a rien apporté d'important concernant l'accusation de Raoul Weil. La collaboration avec la CFB a fait l'objet de compliments de la part du représentant du *DOJ*. Par contre, le *DOJ* s'est dit frustré de ce que la procédure d'entraide administrative de l'AFC n'ait pas encore conduit à la remise de noms de clients. L'*IRS* aurait aussi exprimé sa frustration au *DOJ* concernant le déroulement de la procédure d'entraide administrative, contrairement à ce qu'elle avait affirmé lors de son contact direct avec l'AFC le 31 octobre. Il semblerait que le *DOJ* n'avait qu'une faible connaissance de la situation pour ce qui était de la procédure d'entraide administrative et des moyens mis en œuvre en la matière[673].

Cette accusation a augmenté la pression sur UBS et, par conséquent, sur les autorités suisses. Pour les représentants d'UBS auditionnés par les CdG, cet événement montre que l'entraide administrative avait échoué[674].

Dans un point de situation écrit du 14 novembre 2008, le chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF a adressé une mise en garde sans ambiguïté sur l'escalade du conflit dans ce dossier à l'atten-

670 Bien qu'une réponse ait été mentionnée comme étant en préparation à l'occasion de la rencontre entre le responsable de la Division économique à l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis et Bruce Swartz, du *DOJ*, le 13.11.2008. Cf. doc. 93 du dossier de conduite du DFF.

671 Par exemple procès-verbal de l'audition par les CdG d'Urs Ziswiler, ambassadeur de la Suisse aux Etats-Unis, du 5.3.2010, p. 16.

672 Mail du responsable de la Division économique de l'ambassade de Suisse au chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire de l'AFF du 13.11.2008; cf. doc. 92 du dossier de conduite du DFF.

673 Doc. 93 du dossier de conduite du DFF.

674 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Christoph Kurth, *Head Litigation Corporate Center*, UBS, du 6.4.2010, p. 21.

tion du chef du DFF et du directeur de l'AFF entre autres: la situation pour UBS devient «dramatique», une poursuite de l'escalade pourrait conduire la banque à la «faillite», la Confédération se trouverait dans une situation extrêmement délicate et la question du cautionnement de la direction d'UBS se poserait[675]. De son côté, UBS a exigé que les autorités suisses la couvrent en ce qui concerne la remise des données, sans quoi elle risquait un *grounding*, et avait défendu l'opinion selon laquelle le DFF devait mener les négociations avec les Etats-Unis dans le but de trouver une solution globale dès la semaine suivante.

Dans son point de situation, le chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF avait présenté cinq propositions d'action avec leurs avantages et leurs inconvénients:

- Option 1: continuer et accélérer la procédure d'entraide administrative.
- Option 2: changer la direction d'UBS.
- Option 3: communiquer un nombre limité de données de clients en invoquant l'état de nécessité pénale d'UBS.
- Option 4: combiner les options 2 et 3.
- Option 5: régler le cas en échange de la prise en charge par la Suisse de prisonniers de Guantanamo.

Le reste de la procédure a été ébauché comme suit:

- approfondir l'option 3 tout en examinant les mesures d'accélération de la procédure d'entraide administrative auprès de l'AFC.
- organiser une rencontre entre le chef du DFF, la cheffe du DFJP et le président de la CFB pour discuter des options et d'une direction à suivre.
- si l'option 3 était approfondie, envoyer une délégation aux Etats-Unis.
- informer le Conseil fédéral / que celui-ci prenne la décision.
- organiser éventuellement une rencontre au niveau ministériel.

Le 18 novembre 2008 a eu lieu la rencontre programmée entre le chef du DFF, la cheffe du DFJP et les représentants de la CFB et du DFF. L'ordre du jour de la réunion résumait les propositions d'action en deux options principales: maintenir l'entraide administrative ou transmettre les données, dans les cas d'escroquerie manifeste, en dehors de la procédure et dans le cadre d'une solution globale visant au règlement du cas. Le chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire de l'AFC indiquait dans ce document que l'objectif des autorités américaines demeurait peu clair[676]. De même, il fallait décider si l'on pouvait encore soutenir le président du conseil d'administration et le *CEO* d'UBS.

A cette rencontre du 18 novembre 2008, le directeur adjoint de la CFB a présenté au chef du DFF et à la cheffe du DFJP, entre autres, les procédures du *DOJ* et de la CFB, les risques encourus par UBS, les conditions requises pour un accord UBS-

675 Cf. les notes du 14.11.2008 du chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF au chef du DFF, au directeur de l'AFF et à la secrétaire générale du DFF, entre autres.

676 Punition de UBS ou de ses dirigeants? Données de clients? Secret bancaire suisse?; cf. doc. 95 du dossier de conduite du DFF.

DOJ, la position défendue jusqu'alors par les autorités suisses concernant les données de clients, le souhait d'UBS relatif à la suite de la procédure, une évaluation de la CFB et une proposition de marche à suivre. Selon cette présentation, les risques encourus par UBS résidaient dans le fait qu'elle était très exposée aux Etats-Unis et que sa direction subissait une forte pression en raison de l'accusation de Raoul Weil. Sa capacité à diriger l'entreprise en était de ce fait mise en péril. L'évaluation de la CFB mentionnait qu'une accusation contre UBS aux Etats-Unis mettrait en danger l'existence de la banque. Un accord d'UBS avec les autorités américaines dépendrait obligatoirement du transfert immédiat d'un certain nombre de données de clients[677], c'est pourquoi, en se basant sur trois expertises juridiques qu'elle avait mandatées, UBS avait demandé – selon la présentation de la CFB –, que les autorités suisses expriment leur accord quant à la communication d'un certain nombre de données de clients. Du point de vue de la CFB, il fallait une solution rapide au conflit afin de ne pas déstabiliser la banque encore davantage. Ainsi la CFB n'a-t-elle pas considéré l'option de l'entraide administrative, mais défendu l'opinion selon laquelle il convenait de signaler de façon adéquate au *DOJ* la disposition à négocier la remise de données de clients. Dans le même temps, UBS devait être invitée à entamer des pourparlers avec le *DOJ*[678].

A l'occasion de cette rencontre a été discutée l'option de l'utilisation du droit d'urgence par le Conseil fédéral[679]. Selon les informations de la CFB, cette option avait été rejetée par les deux conseillers fédéraux[680]. La banque a été informée qu'elle devait continuer à négocier, mais pas sur la remise des données de clients[681]. Une appréciation juridique du 18 novembre 2008 adressée à la cheffe du DFJP concluait qu'UBS ne pouvait pas invoquer l'état de nécessité pénale[682].

Les 18 et 19 novembre 2008, le TAF a reçu les deux premiers recours contre les décisions de clôture de l'AFC[683].

Lors de la séance de la CFB des 19 et 20 novembre 2008, la commission décidait – à l'exclusion de son président – sur la base de ses investigations qu'il n'y avait pas de justification pour la récusation du président dans le dossier des affaires transfrontalières d'UBS avec les Etats-Unis. Le jour d'avant, c'est-à-dire le 18 novembre 2008, le président de la CFB en avait informé le chef du DFF ainsi que la cheffe du DFJP. Ces derniers avaient alors souhaité qu'il reprenne la conduite de ce dossier de plus en plus difficile.

Par une note de l'AFC du 21 novembre 2008, le chef du DFF avait été informé de l'état de la procédure d'entraide administrative, des ressources à disposition à l'AFC en la matière et de l'agenda provisoire. Il ressortait de ces documents que jusqu'alors, 252 dossiers UBS étaient arrivés à l'AFC; pour 67 dossiers, le traitement était en cours; pour 9, le traitement était achevé, mais aucune décision de clôture

677 Cette affirmation s'appuie sur l'avis de la *Fed*. Cf. doc. 98 du dossier de conduite du DFF.
678 Doc. 98 du dossier de conduite du DFF.
679 Chronologie des événements, UBS *cross-border*.
680 Ibid.
681 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Alexander Karrer, chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire, DFF, du 24.3.2010, p. 15.
682 Doc. 97 du dossier de conduite du DFF.
683 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Christoph Bandli, président du TAF, du 19.3.2010, p. 3.

n'avait été promulguée; dans quatre cas, une décision de clôture avait été publiée. Dans trois de ces quatre cas, le délai de recours était encore valable et, dans un cas, un recours avait été déposé auprès du Tribunal fédéral. L'AFC était alors partie du principe qu'elle aurait avancé dans 40 autres cas d'ici à la fin de 2008 de sorte à ce que des décisions de clôture puissent être promulguées. A partir de 2009, elle prévoyait de régler 40 cas par mois, avec décisions de clôture[684].

A l'époque, quatre collaborateurs de la Division des affaires internationales de l'AFC – en plus de leurs responsabilités ordinaires – et de nombreux collaborateurs d'autres services de l'AFC travaillaient au traitement de ce dossier. Sur les postes supplémentaires approuvés (un administratif et douze juristes), le poste administratif et des effectifs correspondant à 3,4 postes à temps complet avaient pu être recrutés pour le 1er décembre 2008. L'embauche de sept juristes pour le 1er janvier 2009 était alors également en bonne voie[685].

Quatre jours plus tard, le chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF a transmis au directeur de l'AFF et au chef du DFF une information obtenue par le *General Counsel* d'UBS: Kevin Downing, du *DOJ*, était prêt à un accord rapide si des données de clients liées aux dossiers de fraude fiscale en Suisse étaient communiquées en dehors de la procédure d'entraide administrative. Il essaierait également d'impliquer l'*IRS* dans un tel accord. Le fisc américain était à l'époque en train de songer à la mise en place du *John Doe Summons*[686].

Dans le même document, les destinataires ont aussi été informés que le directeur de l'OFJ mettait en doute les conclusions des trois expertises juridiques mandatées par UBS.

La rencontre entre les représentants de l'AFC, le président du TAF et le juge du TAF responsable a eu lieu le 25 novembre 2008. Selon le président du TAF, la procédure n'avait pu être discutée que de façon limitée lors de cette rencontre, mais les représentants de l'AFC ont noté le souhait du TAF de travailler par catégorie avec des cas pilotes[687]. Le TAF était continuellement informé du nombre de décisions de clôture promulguées[688].

3.4.3.5 Séance spéciale du Conseil fédéral du 26 novembre 2008 sur les affaires fiscales internationales en cours, notamment avec l'UE

Le 26 novembre 2008, le Conseil fédéral se réunissait pour une séance spéciale. A été abordée la note de discussion du DFF du 21 novembre 2008 concernant les affaires fiscales en cours avec l'Union européenne.

Le Conseil fédéral avait mandaté ce document au DFF le 22 octobre 2008. Il s'agissait d'analyser, en collaboration avec le DFAE et le DFE, les défis notamment fiscaux que devaient relever la place financière et la Suisse en tant que lieu

684 Doc. 102 du dossier de conduite du DFF.
685 Ibid.
686 Doc. 102 du dossier de conduite du DFF.
687 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Christoph Bandli, président du TAF, du 19.3.2010, p. 3.
688 Ibid., p. 10.

d'implantation d'entreprises et d'indiquer diverses possibilités pour la suite de la procédure.

Dans l'introduction de la note de discussion, il était signalé, entre autres, qu'à la suite de la crise financière et en plus des mesures d'urgence prises pour stabiliser les marchés financiers, des discussions avaient eu lieu sur le renforcement de la réglementation des marchés financiers en vue d'éviter le plus possible de futures crises. Plusieurs voix auraient parlé en faveur d'une réforme fondamentale du système financier international. Le sommet du G-20, le 15 novembre à Washington, avait renforcé la tendance à accorder, dans l'architecture financière internationale, davantage de place aux grands pays émergents aux dépens des petits Etats industrialisés.

La note de discussion mettait également en éclairage les dossiers fiscaux bilatéraux avec l'UE et présentait des propositions d'action en la matière. Elle thématisait la collaboration internationale dans les questions fiscales, notamment l'entraide administrative, que ce soit en général, dans le contexte de l'OCDE, dans celui de l'UE ou en relation avec les Etats-Unis.

Concernant les Etats-Unis, il était signalé que l'article de la CDI Suisse – Etats-Unis sur l'entraide administrative constituait la base légale la plus importante pour l'échange d'informations dans les questions fiscales. Contrairement à ce qui se fait avec tous les autres Etats membres de l'OCDE, la CDI avec les Etats-Unis prévoit depuis 1951 l'octroi d'une entraide administrative en vue de l'application du droit interne dans des cas de «*tax fraud or the like*». En janvier 2003, les Etats-Unis et la Suisse ont conclu pour la première fois une convention définissant et éclaircissant par des exemples les termes «fraudes et délits semblables». Le principe de la double incrimination s'en est trouvé garanti matériellement. Ainsi, aucune information liée à des banques ne peut être échangée avec les Etat-Unis dans des cas d'évasion fiscale et ce, en raison de la CDI. Par ailleurs, le *QI-Agreement* joue un rôle dans les relations avec les Etats-Unis. Il ne s'agit pas là de contrats entre Etats; au début des années 2000, l'*IRS* a conclu des *QI-Agreements* avec les banques de toutes les places financières importantes du monde. La réglementation de ces accords implique que seules les banques non domiciliées aux Etats-Unis et qui ont conclu un *QI-Agreement* avec l'*IRS* peuvent réduire selon la CDI l'impôt à la source américain pour leurs clients. Dans ce cas, les banques étrangères prélèvent l'impôt à la source au taux réduit et le transmettent à l'*IRS* via des bureaux de paiement aux Etats-Unis. Les banques disposant du statut *QI* s'engagent à identifier les personnes physiques et juridiques investissant dans des titres américains et à tenir une documentation détaillée et à jour. Les contribuables américains ayant en dépôt des titres américains sont signalés à l'*IRS* par les banques. Les banques suisses ont conclu le *QI-Agreement* sous respect du secret bancaire. Ainsi, une banque suisse ne doit communiquer de données de clients à l'*IRS* qu'avec l'autorisation expresse du client. Si un contribuable américain refuse que des informations soient transmises, la banque ne peut plus investir pour ce client dans des titres américains ni en détenir pour lui. Le *QI-Agreement* a pour les Etats-Unis l'objectif de forcer au respect des CDI et d'exclure les fraudeurs fiscaux américains d'un engagement dans des titres américains.

A la question de savoir si les Etats-Unis, avec le système *QI*, n'avaient pas l'avantage par rapport à l'UE et à l'accord sur la fiscalité de l'épargne, il a été répondu que les deux systèmes ne pouvaient simplement pas être comparés. Le système *QI*, de droit privé, implique que tous les contribuables américains ayant des titres américains en dépôt soient déclarés au fisc américain; il n'implique pas de

retenue sur les revenus découlant de titres non américains. Le système *QI* a donc pu être facilement contourné jusqu'à présent, en renonçant aux investissements en titres américains. Il ne permet la saisie que de clients honnêtes en matière fiscale. A l'inverse, l'accord sur la fiscalité de l'épargne de l'UE concerne toutes les obligations produisant des intérêts. Il est plus efficace dans son application, puisqu'il conduit pour le fisc étranger à des recettes fiscales supplémentaires dans tous les cas, même en cas de non déclaration. Les clients honnêtes en matière fiscale sont donc imposés aux Etats-Unis comme dans l'UE. Dans le cas de ceux qui ne sont pas honnêtes, les recettes fiscales sont perdues pour le fisc américain, mais pas pour l'UE.

Aux Etats-Unis, l'évasion et la fraude fiscales sont devenues des questions politiques cruciales vu l'importance des déficits budgétaires, du gros besoin de financement dans les domaines de l'enseignement et de la santé, de la crise financière et de la phase de faiblesse conjoncturelle qui y était liée. Plusieurs interventions ont été déposées pour remédier à la situation. De son point de vue, la Suisse s'inquiètait de ce que certaines des mesures envisagées violaient la CDI en vigueur ou risqueraient de le faire.

La collaboration entre la Suisse et les Etats-Unis via l'entraide administrative et judiciaire dans les questions fiscales était globalement qualifiée de bonne. Aucune demande de nouvelle révision de la CDI n'avait été faite. Le cas d'UBS montrait cependant que le *DOJ* n'avait pas l'intention de respecter les canaux fixés dans les contrats entre Etats pour l'échange d'informations. Sans requête fondée sur des éléments concrets et sous la menace de mesures coercitives unilatérales contre UBS, le *DOJ* exigeait la remise de toutes les données de clients concernant les comptes en Suisse. Les autorités suisses responsables n'avaient pas répondu à cette demande, mais poursuivi la procédure d'entraide administrative sur la base de la CDI. Selon celle-ci, il s'agissait d'examiner dans chaque cas s'il y avait fraude fiscale au sens de la convention; par ailleurs, l'examen effectué par le Tribunal administratif fédéral restait ouvert pour la personne concernée.

Le directeur du DFF a également indiqué que la procédure américaine ne devait pas être interprétée comme une attaque à l'encontre du secret bancaire suisse, mais comme une tentative des autorités américaines de prouver au Congrès l'efficacité d'un système de prélèvement des impôts inefficace. De même, les autorités judiciaires essayaient d'alimenter par des preuves en provenance de Suisse une procédure pénale déjà engagée. Si le cas ne pouvait pas être canalisé, il existait le risque que le secret bancaire en général devienne une cible et que les Etats-Unis exigent une révision de la CDI avec la Suisse. L'*IRS* avait déjà fait des premières propositions visant à combler les lacunes de la procédure *QI*. Si l'obligation d'informer était étendue à tous les comptes de contribuables américains, il ne serait plus possible pour les banques suisses de donner le choix à leurs clients américains: renoncer au secret bancaire suisse ou renoncer à détenir des titres américains dans leurs dépôts suisses – et conserver le secret bancaire.

Jusqu'alors, la Suisse avait pu protéger le secret bancaire dans le domaine des impôts directs grâce à de nombreuses conventions. Elle n'était obligée à aucun échange de données de clients tant que le seuil de la fraude n'était pas franchi. La solution suisse était toutefois contestée et attaquée au niveau international, même si aucune contre-mesure coordonnée de plusieurs pays n'avait encore eu lieu. Malgré les critiques envers l'implication internationale de la Suisse, le DFF n'estimait pas nécessaire de modifier la politique menée jusqu'alors. Il lui semblait cependant

indispensable d'intensifier la communication avec l'extérieur sur le secret bancaire en général, notamment en rapport avec la collaboration internationale en matière fiscale.

Le Conseil fédéral a demandé au DFF de signaler à l'UE sa volonté de discuter d'améliorations à apporter à l'accord sur la fiscalité de l'épargne en mentionnant qu'il attendait que, de son côté, elle veille à ce que tous les Etats membres participent activement à l'amélioration de l'accord et à ce qu'elle mène des négociations dans ce but avec d'autres places financières importantes hors de l'UE. Le DFF a aussi été mandaté pour communiquer à l'UE que la Suisse était prête à appliquer unilatéralement l'accord bilatéral anti-fraude avant sa ratification par l'ensemble des Etats membres. Enfin, le DFF devait, en collaboration avec le DFE et le DFAE, intensifier la communication sur les instruments bilatéraux et multilatéraux permettant l'échange d'informations en matière fiscale. Il était possible de faire appel à Présence Suisse pour certaines tâches spécifiques. Toujours en collaboration avec le DFE et le DFAE, le DFF devait remettre au Conseil fédéral, à la fin de janvier 2009, un rapport sur la communication à appliquer.

C'est également lors de la séance spéciale du 26 novembre 2008 que le directeur du DFF a informé oralement le collège du problème des cas de fraude aux Etats-Unis: il a indiqué qu'UBS faisait problème et retardait les solutions, ce pour quoi la pression des autorités américaines augmentait. A l'AFC, 26 collaborateurs étaient chargés de la procédure d'entraide administrative et en contact régulier avec le *DOJ*. L'*IRS*, lui, faisait preuve d'un peu plus de patience. Un premier cas était en cours au TAF. Le directeur du DFF a déclaré qu'il considérait que le cas UBS relevait de sa compétence en tant que chef et qu'il ferait le point de façon hebdomadaire. Selon lui, UBS devait prendre des mesures d'urgence. Un mandat à l'OFJ visant à examiner les possibilités d'agir en cas de grand danger dans une situation exceptionnelle a également été évoqué.

Le collège a ensuite eu une discussion sur le rôle d'UBS, au cours de laquelle une certaine grogne envers la banque a dominé. Le collège n'a donné au DFF aucune tâche concrète ni pris aucune décision quant à la marche à suivre.

3.4.3.6 L'option de l'état de nécessité pénale passe à l'arrière-plan

Une évaluation juridique de l'OFJ établie le 27 novembre 2008 répondait par la négative à, entre autres, la possibilité d'invoquer l'état de nécessité pénale pour UBS, et considérait la remise «volontaire» de données de clients d'UBS sans l'accord de ceux-ci comme une éventuelle violation de l'art. 271 CP et concluait que la CFB n'avait pas l'obligation d'agir préventivement pour empêcher une éventuelle remise de données. Elle pouvait toutefois prendre des mesures pour ce faire. Le Conseil fédéral avait, lui aussi, la possibilité d'interdire une remise de données sur la base de l'art. 2, let. d, de son ordonnance du 15 octobre 2008 sur la recapitalisation d'UBS[689] [690].

689 Doc. 104 du dossier de conduite du DFF.

690 Le Service juridique du DFF a examiné les conséquences d'une non action de la CFB et du Conseil fédéral dans un tel cas et en a tiré la conclusion qu'il n'en découlerait pas de responsabilité de l'Etat. Cf. doc. 109 du dossier de conduite du DFF.

3.4.3.7 Le *DOJ* augmente la pression et menace de porter plainte

Le 28 novembre 2008, le directeur du DFF avait été informé par la BNS des entretiens de celle-ci avec le président de la *Fed*, Ben Bernanke, le 1er novembre 2008 et avec le président de la *Federal Reserve Bank of New York*, Timothy Geithner, le 20 novembre 2008. Au cours de ces entretiens, la BNS avait attiré l'attention sur le risque d'une déstabilisation d'UBS et sur les risques pour la stabilité des systèmes financiers suisse et américain qui y étaient liés. Dans un deuxième entretien, les interlocuteurs américains avaient signalé qu'UBS avait violé la législation américaine de façon extrêmement grave et que la patience des autorités était à bout[691].

A la fin du mois de novembre 2008, une séance interne au DFF avait eu lieu, réunissant notamment le directeur du DFF et le chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF. D'après la note de préparation de cette séance, une remise de données de clients d'UBS n'était légalement possible que dans le cadre de l'entraide administrative et juridique, ce qu'il faudrait communiquer à la CFB et à UBS[692]. En outre, le document examinait les conséquences d'une éventuelle remise de données par UBS[693].

Une rencontre du directeur adjoint de la CFB, du directeur de la Division des affaires internationales de l'AFC, du directeur adjoint de l'OFJ et du chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF avec Bruce Swartz, du *DOJ*, aux Etats-Unis avait été envisagée pour la mi-décembre 2008, puis finalement rejetée à cause de l'état trop peu avancé des négociations d'UBS avec le *DOJ* / l'*IRS*[694].

Le 6 décembre 2008, le directeur adjoint de la CFB avait fait un point personnel de la situation à l'intention du président de la CFB, du directeur de la CFB, du chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF, du directeur de l'AFF et du vice-président de la SNB. Il y avait constaté, entre autres, que le *DOJ* n'avait pas réussi à impliquer l'*IRS* jusqu'alors et que ce dernier continuait à s'intéresser à tous les clients d'UBS présentant des structures *offshore* (environ 1 900 cas). Les avocats d'UBS aux Etats-Unis étaient en train de négocier; en même temps, UBS cherchait en Suisse à justifier par de nouvelles expertises juridiques la remise de données de clients en dehors de l'entraide administrative. Les autorités fédérales s'informaient certes auprès de toutes les parties, mais n'entreprenaient globalement rien. A part la procédure d'entraide administrative avec la *SEC*, ce constat valait également pour la CFB. Ces attitudes revenaient à tolérer les négociations hasardeuses de la banque sur la remise éventuelle de données de clients en dehors de l'entraide administrative. Les autorités fédérales (à l'exception de la CFB) et UBS faisaient preuve d'une grande aversion à invoquer concrètement l'état de nécessité, bien que cela soit, de son point de vue, la seule solution relativement défendable sur le plan juridique. Concernant le retrait d'UBS des activités transfron-

691 Lettre de la BNS aux CdG du 13 avril 2010, p. 2.
692 Le conseil d'administration de UBS a adopté, les jours suivants, une position claire en la matière et décidé que UBS ne devait pas violer le droit suisse. Cf. mail du président de la CFB du 6.12.2008; doc. 110 du dossier de conduite du DFF.
693 Doc. 105 du dossier de conduite du DFF,.
694 Doc. 110 du dossier de conduite du DFF.

talières avec des clients privés aux Etats-Unis, il avait appelé à examiner également des solutions radicales afin d'avancer dans ce domaine[695].

Le 8 décembre 2008, des représentants de la *Fed* avaient confirmé à la BNS et à la CFB que le *DOJ* allait engager une mise en accusation si les données de clients n'étaient pas transmises[696].

Les négociations d'UBS aux Etats-Unis se poursuivaient à ce moment-là. A l'occasion d'une rencontre entre le *General Counsel* d'UBS et le *DOJ* le 8 décembre 2008, ce dernier avait estimé que le gouvernement suisse n'avait pas mesuré l'urgence de la situation. Le *DOJ* avait menacé plusieurs fois d'accuser UBS d'entrave à la justice, de porter plainte contre d'autres cadres ou, comme *ultima ratio*, d'examiner l'engagement d'une procédure d'accusation contre la banque. Lors de cette réunion, le *General Counsel* a expliqué «que lui et plusieurs membres du conseil d'administration indépendants avaient mené une série d'entretiens avec des membres éminents de l'AFF, de la BNS et de la CFB et qu'il était certain que, si nous pouvions viser une solution globale avec l'ensemble des autorités américaines, il serait possible de livrer des noms au *DOJ* beaucoup plus rapidement que dans le cadre de la procédure actuelle de CDI»[697]. Lors de cette rencontre comme lors de celle du 18 décembre 2008 avec le *DOJ*, ce dernier avait défendu la position claire et nette que la banque ne disposait plus de temps et qu'une solution devait être trouvée rapidement. Dans ce délai, UBS a également essayé d'esquisser les conditions d'un *Deferred Prosecution Agreement* (*DPA)* entre la banque et le *DOJ*[698].

Le *General Counsel* d'UBS avait informé la CFB le 9 décembre 2008 que la procédure d'accusation par le *DOJ* n'était pas sur le point d'être engagée, mais que, sans remise rapide des données, il faudrait compter avec une telle action avant Noël. La banque avait donné au *DOJ* des informations sur une catégorie de 180 clients qui, selon elle, pourraient être mis en accusation par le *DOJ* aux Etats-Unis. Ces informations étaient en cours d'examen par le *DOJ*. Si le contenu de ces données de clients se révélait intéressant, une solution pourrait être trouvée – selon le *DOJ* – en quelques heures. La CFB avait défendu l'opinion selon laquelle les entretiens avec les autorités américaines devaient être poursuivis. Elle avait cependant posé la question de savoir combien de temps la CFB et les autorités suisses devaient tolérer qu'UBS négocie le transfert de données de clients en dehors de l'entraide administrative et si même elles devaient tolérer un tel comportement[699].

3.4.3.8 Option d'une décision du Conseil fédéral sur la base de la Constitution fédérale

Dans un mail d'information du 10 décembre 2008 au président de la CFB, le directeur adjoint de la CFB a constaté que l'évaluation que la CFB avait faite de la situation à la mi-octobre s'était confirmée et qu'aucune solution n'avait encore été trouvée vu que les données n'avaient pas été transmises. Plusieurs options ne pouvant

695 Ibid.
696 Chronologie des événements, UBS *cross-border*.
697 Ibid.
698 Cf. lettre de UBS aux CdG du 13.4.2010.
699 Cf. doc. 111 du dossier de conduite du DFF.

plus être envisagées[700], le Conseil fédéral devait examiner de nouveau la possibilité d'un transfert des données en se basant directement sur la Constitution fédérale[701].

Le même jour, le conseil d'administration d'UBS avait envoyé un courrier aux présidents de la CFB et de la BNS. Il y était fait mention de l'insatisfaction du *DOJ* concernant le déroulement de la procédure d'entraide administrative. Il ressortait de la rencontre des avocats américains de la banque avec le *DOJ*, le 8 décembre 2008, qu'une mise en accusation de la banque et des membres les plus élevés de sa direction pouvait avoir lieu avant Noël. UBS se trouvait dans une situation intenable: pour respecter la législation américaine, elle devait violer la législation suisse et inversement. Etant donné cette situation et l'importance d'UBS pour la Suisse, le conseil d'administration demandait à la CFB et à la BNS de prendre des mesures concertées[702].

Le 11 décembre 2008, en marge de la réunion du comité de pilotage KLL avaient lieu des entretiens entre le directeur du DFF, le président de la BNS et le président de la CFB. En guise de préparation, la CFB avait mis les propositions d'action à jour et les avait également fait parvenir, entre autres, à la cheffe du DFJP[703]. Le document contenait une analyse de la situation qui soulignait que, sans remise de données de clients, UBS ne pourrait pas passer d'accord et que le conflit était en train d'escalader. Un engagement renforcé des autorités était absolument nécessaire. La CFB présentait trois propositions d'action:

- Option 1: persister sur la voie accélérée de l'entraide administrative. Evaluation de la CFB: peu prometteur.
- Option 2: couvrir la remise de données de clients par UBS en dehors de l'entraide administrative, mais dans le cadre d'un accord. Base: l'état de nécessité créé par les autorités américaines. Evaluation de la CFB: provoquerait de vives réactions en Suisse et à l'étranger, la pression sur le secret bancaire augmenterait.
- Option 3: négocier au niveau des autorités et remettre les données de clients dans le cadre d'une solution plus large et à la condition qu'un accord soit conclu concernant UBS. Evaluation de la CFB: stratégie dynamique comportant des impondérables, mais dans l'intérêt à long terme de la place financière suisse.

Lors de la rencontre entre le directeur du DFF, le président de la BNS et le président de la CFB, l'option 2 avait été complétée, puis transmise par écrit à la cheffe du DFJP: une variante 2 b avait été envisagée, selon laquelle les autorités suisses exigeraient la communication des noms de clients d'UBS et les transmettraient aux autorités américaines. Cette procédure reposerait sur une décision du Conseil fédéral basée directement sur la Constitution fédérale[704].

700 La confirmation écrite de la voie de l'entraide administrative envers les autorités américaines n'a pas eu d'effet, la communication immédiate des noms de clients de tous les cas d'entraide administrative en cours après une première décision positive du TAF a été évaluée par l'AFC comme trop risquée et rejetée, l'invocation de l'état de nécessité pénale a été rejetée par la cheffe du DFJP et le directeur du DFF; cf. doc. 112 du dossier de conduite du DFF.

701 Cf. doc. 112 du dossier de conduite du DFF.

702 Lettre du 10.12.2008 de Sergio Marchionne aux présidents de la BNS et de la CFB; cf. doc. 113 du dossier de conduite du DFF.

703 Cf. doc. 114 du dossier de conduite du DFF.

704 Cf. doc. 115 du dossier de conduite du DFF.

Le directeur du DFF avait été informé par l'AFC le 12 décembre 2008 de l'état et de l'agenda de la procédure d'entraide administrative[705].

3.4.3.9 Séance du Conseil fédéral du 12 décembre 2008

3.4.3.9.1 Entretien annuel avec le président de la BNS

L'entretien annuel du Conseil fédéral avec le président de la BNS figurait à l'ordre du jour de la séance ordinaire du Conseil fédéral du 12 décembre 2008,. Cet entretien annuel permet essentiellement au Conseil fédéral d'obtenir une estimation de première main de la situation économique.

L'analyse de la situation du président de la BNS, basée sur son exposé du 11 décembre 2008, comprenait une rétrospective de l'année 2008 et des perspectives pour 2009.

A cette occasion, le président de la BNS informait le Conseil fédéral de sa profonde inquiétude quant aux dernières évolutions du conflit fiscal entre UBS et les autorités américaines: il notait qu'une accusation était imminente, puisque les autorités américaines n'avaient pas reçu d'UBS les données de clients exigées. Cette information lui a été confirmée par le président de la *Fed* au cours d'un entretien téléphonique. D'après les propres explications de celui-ci, les autorités américaines ne croyaient en effet plus à une collaboration efficace de la part des autorités suisses.

Le président de la BNS avait plaidé pour un délai auprès du président de la *Fed*, en mentionnant les demandes d'entraide administrative en cours; une accusation d'UBS constituerait une menace sérieuse pour la stabilité de la place financière de la Suisse comme des Etats-Unis.

Par ailleurs, lors de cet entretien, un rendez-vous téléphonique avait été conclu entre le chef du DFF et l'*Attorney General*.

Enfin, le président de la BNS avait indiqué au Conseil fédéral qu'une accusation pouvait entraîner la faillite d'une banque, le marché anticipant un retrait de licence. UBS ne pouvait pas se permettre une telle situation. Elle devait se plier aux exigences américaines, d'autant plus qu'elle avait sciemment aidé ses clients à frauder le fisc. Ce faisant, elle avait violé le droit suisse et mis en cause la stabilité du secret bancaire. Il en découlerait d'autres difficultés pour la Suisse et le Conseil fédéral allait devoir intervenir.

705 Il en ressortait que, jusqu'alors, 308 dossiers UBS étaient arrivés à l'AFC; pour 93 dossiers, le traitement était en cours; pour 22, le traitement était achevé, mais aucune décision de clôture n'avait été promulguée; pour 6, une décision de clôture avait été promulguée; pour 5, elle était en préparation. Dans deux cas, les conditions de l'entraide administrative n'étaient pas remplies. L'AFC avait alors prévu qu'elle aurait avancé dans 15 autres cas d'ici à la fin de 2008 de sorte à ce qu'une décision de clôture puisse être promulguée. A partir de 2009, elle prévoyait de régler 30 cas par mois, avec décisions de clôture. Cf. doc. 117 du dossier de conduite du DFF.

3.4.3.9.2 Première discussion concrète du Conseil fédéral sur les activités transfrontalières d'UBS

A la fin de la séance ordinaire du Conseil fédéral du 12 décembre 2008, à la rubrique «tour de table» («Umfrage»), le chef du DFF avait informé le collège de la situation d'UBS.

D'après les documents de la ChF[706], c'est la première fois qu'une discussion de fond avait alors eu lieu au sein du collège gouvernemental. Ce dernier avait subitement réalisé l'urgence de la situation et la nécessité d'agir.

Lors de cette discussion, il a été reproché au chef du DFF, entre autres, d'avoir informé le collège trop tard de la problématique des données de clients, ce que le chef du DFF a contesté. Un membre du collège gouvernemental a apporté en complément d'information que la CFB considérait la situation comme également urgente et qu'une décision du Conseil fédéral était attendue avant Noël. Un autre membre du collège attirait l'attention sur le fait que l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis avait, elle aussi, qualifié la situation de très sérieuse.

Ensuite, le collège gouvernemental a discuté différentes esquisses de solutions: selon l'une d'entre elles, UBS devait elle-même communiquer les noms. Un membre du collège estimait qu'il fallait immédiatement entreprendre quelque chose. Un autre membre était d'avis qu'UBS devait communiquer elle-même les noms – il était hors de question que le Conseil fédéral le fasse lui-même ou prenne l'initiative que cela se fasse. Un autre membre était d'accord sur le principe que le Conseil fédéral devait agir mais qu'il ne fallait pas permettre qu'UBS livre des noms de clients à l'administration Bush. Un autre membre exprimait le point de vue que la direction d'UBS avait le choix entre une condamnation aux Etats-Unis ou une condamnation en Suisse pour violation du secret bancaire.

Un membre du collège a proposé d'intervenir auprès du TAF pour accélérer la procédure, mais un autre membre a fait valoir que le principe de séparation des pouvoirs l'interdisait. Il ne restait plus que la solution qu'UBS communique elle-même les noms des clients. Selon les dires d'un autre membre, la paralysie persistante d'UBS compliquait encore les choses. Un autre membre estimait qu'il fallait apporter la preuve que la Suisse était active. Un autre membre était d'avis qu'il fallait gagner du temps, afin que le Conseil fédéral puisse se forger une opinion sur ce qu'il comptait faire. A cela, il avait été objecté qu'il était bien trop tard et que seule l'option passant par l'art. 184, al. 3, Cst. était encore possible. Cette solution fut fermement rejetée par un autre membre du collège. Du coup, un autre membre réitérait la possibilité d'un entretien avec le TAF.

Au terme de la discussion, le collège décida finalement de reprendre le sujet le 16 décembre 2008.

Les CdG relèvent que le Conseil fédéral, lors de cette première discussion, n'a pas thématisé le fait qu'UBS cherchait depuis quelque temps déjà à négocier, mais sans grand succès, un accord avec les autorités américaines. Selon les constatations des CdG, le chef du DFF n'a fait aucune indication à ce sujet lors de la séance du 12 décembre 2008.

706 Rapport de la DélCdG au groupe de travail Surveillance des marchés financiers «Einsichtnahme in die Aufzeichnungen/Notizen des Bundesrates», du 24.3.2010, p. 6–8.

Le chef du DFF avait par ailleurs acquis la conviction qu'il devait tenter d'exercer son influence pour amener une solution politique[707]. Il avait donc prévu de mener, le 15 décembre 2008, un entretien téléphonique avec le chef du *DOJ* et le département des finances américain[708]. D'après un projet de *speaking note* préparant cet entretien dans le dossier de conduite du DFF, la discussion aurait dû se faire sur la base du contenu de la lettre du 10 novembre 2008 de la cheffe du DFJP et du chef du DFF[709]. Selon le chef du DFF, les interlocuteurs américains auraient répliqué que la procédure d'entraide administrative en cours durait trop longtemps et qu'elles attendaient la remise de données de clients avant la fin 2008[710]. Le chef du DFF était d'avis que cet entretien téléphonique avait permis de repousser quelque peu le délai des autorités américaines pour la remise de données de clients[711]. Le même jour, le chef du DFF tentait de contacter le ministre du Trésor Paulson, mais celui-ci n'aurait plus été joignable en raison du changement d'administration.

3.4.3.9.3 Séance du Conseil fédéral du 16 décembre 2008: poursuite de la discussion

Le Conseil fédéral a poursuivi la discussion le 16 décembre 2008 à 7 heures. D'après les documents de la ChF, le chef du DFF aurait décrit la situation au moyen des deux pages A4 «Charybde» et «Scylla». Il ne s'agissait pas là d'une proposition ou d'une note de discussion au sens propre, mais de documents personnels du chef du DFF sous forme de notes par mots clés.

Le document portant le nom de «Scylla» contenait des mots clés sur UBS et sur la CFB. Le chef du DFF y expliquait qu'UBS tirait un bilan intermédiaire tous les vendredis. Le conseil d'administration avait siégé pendant le week-end. Il n'y avait pas de nouveau problème au niveau de l'entreprise: UBS allait passer le cap de l'année 2008. Des réserves n'avaient été constituées que pour le cas où le remboursement des crédits ne devait pas être possible. Les pertes trimestrielles se montaient à 4,5 milliards. Il n'y avait pas d'autres pertes. Une équipe chargée du risque avait été mise en place.

Toujours selon les notes du chef du DFF, la CFB était également d'avis qu'UBS n'était pas directement menacée. Il était possible que la CFB exige davantage de capital en 2009. Elle exprimait en outre la nécessité pour UBS de vendre certaines parties d'entreprise: les activités aux Etats-Unis et l'*asset management*. Ces ventes étaient indispensables. La dénonciation des Etats-Unis constituait, pour la CFB, la plus grande menace.

Concernant la fusion, le chef du DFF a indiqué clairement que seule une vente à une banque étrangère entrait en considération, mais que le contrat avec la BNS l'interdisait. Des entretiens avec cette banque avaient eu lieu, mais avaient été interrompus.

707 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.4.2010, p. 25.
708 Ibid., p. 16.
709 Doc. 116 du dossier de conduite du DFF.
710 Chronologie des événements, UBS *cross-border*.
711 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.4.2010, p. 16.

Une fusion avec le CS était également possible. Dans un tel cas, il fallait cependant compter avec des problèmes en matière de droit de la concurrence. En résumé, il a été consigné que des entretiens entre la CFB et UBS avaient cours.

Le chef du DFF avait ensuite présenté le document portant le titre «Charybde» et contenant des mots clés sur les domaines suivants: UBS, DFF et CFB/BNS/DFF. Concernant la menace des Etats-Unis, il aurait expliqué que les expertises d'UBS attestaient l'état de nécessité. Le président du conseil d'administration Peter Kurer se retirait. Le *DOJ* n'était pas prêt à attendre la fin de la procédure d'entraide administrative de la Suisse. Au DFF, 300 demandes étaient en cours; leur traitement pourrait bien prendre plus d'un an. Une autorisation de transmettre les cas au *DOJ* en dehors de l'entraide administrative n'était pas envisageable pour le DFF.

D'après les notes, des entretiens avaient eu lieu entre le DFF et le *DOJ*. Le procureur américain O'Connor aurait déclaré qu'il avait déjà été en contact avec UBS il y a plus d'un an et que, pendant des mois, rien ne s'était plus passé. Le *DOJ* était intéressé par les aspects juridiques, mais aussi financiers. Les Etats-Unis avaient de lourdes charges financières et étaient très sensibles sur le sujet de la fraude fiscale, raison pour laquelle ils cherchaient partout de l'argent. O'Connor ne souhaitait pas mettre les représentants d'UBS en accusation. Il s'agissait avant tout de l'identité des fraudeurs américains. Si UBS entreprenait quelque chose dans les prochains jours, une solution serait trouvée à la fin de l'année. Le procureur O'Connor indiquait également que les autorités suisses seraient informées avant un *indictment*. Le chef du DFF aurait communiqué au procureur que le gouvernement suisse condamnait le comportement d'UBS et le jugeait honteux. Un deuxième entretien avec l'*IRS* (Mc Gormick) n'avait par contre pas été fructueux. L'*IRS* était plus conciliant que le *DOJ;* il aurait soutenu le Conseil fédéral.

Pour finir, le chef du DFF avait présenté les trois options retravaillées:

1. persister sur la voie de l'entraide administrative.
   a) accélérer par tous les moyens, durée encore 1 an;
   b) créer un précédent au TAF [solution privilégiée d'UBS / de la CFB];
2. remettre les données des clients en dehors de l'entraide administrative, à la condition qu'une solution globale soit ainsi trouvée.
   a) procédure du côté de la CFB basée sur les art. 25 et 26 LB: [raisons sérieuses, prise de mesures protectrices].
   b) demander à la CFB, de la part du Conseil fédéral, de communiquer les données par décision s'appuyant directement sur la Constitution fédérale.
3. négocier au niveau des autorités: volonté d'adapter la CDI entre la Suisse et les Etats-Unis (1–2 ans). Il s'agissait de la solution choisie par le Liechtenstein: accorder l'entraide administrative même en cas de fraude fiscale, mais uniquement sur soupçon concret et en cas de connaissance des noms des personnes soupçonnées.

Le chef du DFF aurait proposé au collège de procéder selon la variante 2 a, c'est-à-dire la remise des données de clients par la CFB en se basant sur les art. 25 et 26 LB. Cette variante aurait été discutée avec la CFB et celle-ci se serait déclarée d'accord de procéder ainsi. La CFB pourrait se voir confier un mandat dont l'intitulé serait plus ou moins le suivant: après des entretiens intensifs menés avec la CFB et la BNS pour se défendre contre une plainte pénale du *DOJ* mettant l'existence d'UBS en

péril, le Conseil fédéral a demandé à la CFB de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter une plainte pénale et ce, dans l'intérêt de la Suisse.

Dans la discussion qui avait suivi, la majorité du collège a approuvé la variante de la CFB. Un membre aurait défendu l'opinion selon laquelle il fallait définir encore une variante dans laquelle l'Etat ne jouerait aucun rôle. Les éventuelles conséquences d'une communication des données par UBS elle-même furent également discutées. Cette solution avait été estimée aussi mauvaise qu'une intervention du Conseil fédéral basée sur la Constitution fédérale. Avait également été mentionné le fait que la CFB devrait être poussée à la variante 2 a et qu'elle ferait une proposition définitive le 19 décembre 2008[712]. Des critiques ont été prononcées à l'égard des dirigeants d'UBS, considérés comme indéfendables; il était juste que, en prévision de l'assemblée générale d'UBS en mai, la CFB envisage un changement de conseil d'administration. Suite à cette discussion, le Conseil fédéral repoussa sa décision définitive sur la question au 19 décembre 2008.

3.4.3.10 Rapport d'enquête de la CFB du 17 décembre 2008

L'enquête de la CFB avait été conclue par un rapport traité le 17 décembre 2008 par la CFB[713]. Cette enquête avait été engagée le 23 mai 2008 après que la CFB eut constaté des indices de violation du droit de surveillance suisse[714]. Cinq collaborateurs de la CFB et un cabinet d'avocats suisse étaient impliqués dans cette enquête. Il s'agissait d'analyser les événements du point de vue du droit de surveillance suisse et de répondre aux quatre questions ci-dessous[715]:

1. UBS et ses collaborateurs ont-ils activement pris part aux fraudes fiscales de leurs clients?
2. UBS a-t-elle fourni, dans le cadre de ses engagements en tant que *QI* ou autrement, des explications ou des rapports mensongers aux autorités américaines, plus exactement à l'*IRS?*
3. UBS a-t-elle violé le *QIA* et, si oui, à quel degré de gravité?
4. Comment UBS et ses collaborateurs ont-ils géré les risques juridiques découlant des activités transfrontalières avec les Etats-Unis et en liaison avec le *QIA*?

Concernant les dossiers de clients, l'enquête de la CFB s'était appuyée sur les résultats de l'enquête d'UBS effectuée par un bureau d'avocats américain. Cette enquête interne à UBS a impliqué une centaine de personnes. La CFB a mené des entretiens

712 Au cours des auditions menées par les CdG, les représentants de la CBF ont déclaré que la CFB avait élaboré cette proposition sans que les autorités n'aient exercé une quelconque influence, et que la CFB estimait que cette proposition était bonne.

713 «UBS et son activité transfrontalière avec des clients privés aux USA», rapport de la CFB sur l'application du *Qualified Intermediary Agreement* et sur la fourniture par UBS de services transfrontaliers aux Etats-Unis du 17.12.2008, 161 pages, non publié (ci-après «rapport final de la CFB»).

714 Cf. chap. 3.3.3.2.

715 Rapport final de la CFB, p. 25. En introduction, le rapport final de la CFB a analysé l'évolution des activités transfrontalières d'UBS, des conditions-cadres juridiques et des mesures prises en conséquence par UBS.

informels[716] avec 20 collaborateurs d'UBS, dont 5 conseillers à la clientèle. Les personnes suivantes ont été interrogées: Peter Kurer, Marcel Rohner, Raoul Weil, Martin Liechti et Hansruedi Schumacher.

Le cabinet d'avocats suisse chargé d'effectuer l'enquête avait reçu pour mandat de contrôler la procédure d'enquête[717] d'UBS et de rapporter à la CFB si l'enquête interne à UBS avait la bonne orientation et si les membres de la direction d'UBS n'essayaient pas de l'influencer exagérément. Il avait constaté que la méthode utilisée pour l'enquête était adéquate et qu'il n'y avait pas eu d'influence non autorisée de la direction[718].

Sur la base de nombreuses remarques critiques[719], l'enquête avait abouti aux conclusions suivantes:

– Dans la division Amérique du Nord d'UBS allait de pair avec les obligations d'UBS découlant du *QIA* passé avec l'*IRS* un consensus visant à soutenir les clients américains particulièrement importants dans leur recherche de possibilités permettant à la fois de ne pas se déclarer à l'*IRS* en tant que contribuables et de continuer à détenir des titres américains. Dans 300 cas environ, les collaborateurs de la banque accordaient une aide spéciale. Les conseillers aidaient les clients dans la mise en place de structures *offshore* et acceptaient parfois des explications mensongères dans les formulaires *QIA*. La CFB en a conclu que ces actions dans leur ensemble ne pouvaient être conciliées avec la garantie d'activités irréprochables et qu'elles devaient donc être critiquées selon le droit de surveillance des banques suisse.

– UBS a décidé en 2002 de ne proposer à ses clients américains plus qu'une palette très réduite de services afin d'éviter que les restrictions de la *SEC* et – pour le cas où elles seraient applicables, ce qui n'était pas clair – les *deemed sales rules* soient violées. Cela permettait en outre d'éviter les problèmes des limitations en matière de droit de surveillance, que la *SEC* appliquait aux activités transfrontalières aux Etats-Unis. Les responsables des activités en Amérique du Nord n'ont toutefois pas appliqué ces limitations de manière conséquente. Jusqu'en 2006, ils n'ont pas été soumis à des contrôles indépendants réguliers. Dans de nombreux cas, les conseillers à la clientèle ont contrevenu aux restrictions américaines et justifié un risque juridique élevé pour la banque. UBS a certes identifié les risques juridiques croissants liés aux activités transfrontalières avec les clients américains et les a mentionnés dans des directives internes, mais elle les a longtemps tolérés dans ses résultats et y a réagi trop tard et de façon trop hésitante[720].

Pour ce qui est des quatre questions de l'enquête, la CFB avait constaté que la participation active d'UBS et de ses collaborateurs à des fraudes fiscales ne pouvait être exclue (première question). Concernant les deuxième et troisième questions sur la violation du *QIA* et l'information des autorités américaines, l'enquête avait égale-

716 Selon le représentant de la FINMA, le délai ne permettait pas de procéder à des auditions formelles, qui demandent plus de temps du fait de leur consignation par écrit et des droits procéduraux. Cf. p. ex. procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Urs Zulauf, chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA, du 3.11.2009, p. 8.

717 Peter Kurer et Marcel Rohner s'étaient récusés par rapport à l'enquête interne d'UBS depuis août 2008.

718 Rapport final de la CFB, p. 39.

719 Ibid., p. 151 ss.

720 Ibid., p. 9.

ment conduit à l'identification d'irrégularités. Quant à la question de la gestion par UBS des risques juridiques dans ce domaine, la CFB avait observé que des mesures avaient certes été prises, mais de façon tardive et pas assez conséquente[721].

La CFB avait en outre constaté que l'enquête ne donnait aucun indice selon lequel Marcel Rohner et Peter Kurer auraient eu une connaissance active des violations du *QIA*[722]. La clarification de cette question n'a cependant pas constitué un point central de l'enquête[723].

S'appuyant sur le rapport, la CFB (la commission et non son secrétariat) avait décidé d'arrêter une décision contre UBS et ordonné à la banque, comme mesure protectrice basée sur les art. 25 et 26 LB, de remettre les données de clients si cette action permettait d'éviter une accusation[724]. Dans la décision du 21 décembre 2008, elle avait formellement consigné, entre autres, la gravité des manquements constatés au niveau de la direction et du contrôle des risques, l'interdiction de poursuivre les activités «non-W9» et l'obligation de la banque à mettre en place un système de gestion et de contrôle des risques[725].

Le rapport final de la CFB n'avait pas été mis à la disposition des représentants des autorités impliquées dans ce dossier[726].

3.4.3.11 Décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2008: la balle est dans le camp de la CFB

En prévision de la séance du Conseil fédéral du 19 décembre 2008, le chef du DFF avait remis au Conseil fédéral une note d'information du 18 décembre 2008 portant le titre «Enquêtes des autorités judiciaires américaines contre UBS». La note ne faisait pas état de proposition formelle au collège.

Y étaient détaillées la situation initiale et la pression croissante exercée par le *DOJ* sur UBS. Il y était expliqué que le *DOJ* cherchait depuis l'automne 2007 à savoir si UBS et certains de ses collaborateurs avaient soutenu des clients américains dans des opérations frauduleuses contre le fisc américain, violant ainsi le *QIA* conclu avec l'*IRS* en 2001. Les enquêtes avaient été déclenchées parce que l'*IRS* avait découvert qu'en relation avec l'introduction de la procédure *QI* le 1er janvier 2001, un ressortissant américain avait interposé une société *offshore* à laquelle il avait transféré tous les titres qu'il détenait. Alors que, sur le formulaire A demandé par UBS aux fins de lutte contre le blanchiment d'argent, le client contribuable américain était déclaré comme ayant droit économique, la société interposée s'était elle-même désignée, dans le formulaire américain W-8BEN, comme bénéficiaire effectif pour les titres et les revenus en découlant. La procédure engagée à la suite de cet événement par l'*IRS*

721 Rapport final de la CFB, p. 157 s.
722 Ibid., p. 153 s.
723 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Urs Zulauf, chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA, du 15.4.2010, p. 8 et p. 11. Procès-verbal de l'audition par les CdG de Eugen Haltiner, président de la FINMA, du 22.4.2010, p. 18.
724 Chronologie des événements, UBS *cross-border*.
725 Décision de la CFB du 21.112.2008 concernant UBS et les activités transfrontalières de celle-ci avec des clients privés aux Etats-Unis.
726 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Alexander Karrer, chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire, DFF, du 3.11.2009, p. 9.

avait été close en 2006 par le paiement d'arriérés d'impôts, d'intérêts moratoires et d'amendes pour plusieurs millions. Les investigations ont ensuite été étendues.

Dans les investigations du procureur américain contre l'ancien conseiller à la clientèle d'UBS Bradley Birkenfeld, ce dernier avait déclaré qu'une telle interposition de sociétés *offshore* ne constituait pas un cas isolé à UBS, mais que plusieurs conseillers les proposaient systématiquement et les soutenaient activement dans le but de masquer les vrais bénéficiaires effectifs.

A la suite de cela, UBS avait annoncé vouloir collaborer entièrement avec les autorités et, dans le secteur bancaire privé, ne plus proposer à l'avenir aux clients domiciliés aux Etats-Unis de services transfrontaliers tant que ceux-ci ne seraient pas fournis par des sociétés américaines régulières.

A partir de mars 2008, la CFB avait été graduellement informée par UBS de la procédure en cours aux Etats-Unis. En mai 2008, elle avait engagé une procédure administrative contraignante à l'encontre d'UBS. Elle y avait examiné les faits du point de vue du droit de surveillance suisse. Entre-temps, le secrétariat de la CFB avait clos le rapport et présenté à la commission des mesures éventuelles relevant du droit de surveillance. Selon lui, la CFB n'était finalement pas parvenue à savoir avec certitude dans quelle mesure les plus hauts cadres d'UBS étaient impliqués. Le rapport de la CFB clarifierait ce point.

L'*IRS* considérait l'interposition d'une société *offshore* liée à une déclaration erronée dans le formulaire W-8BEN comme un comportement frauduleux au sens de l'art. 26 de la CDI Suisse – Etats-Unis et du ch. 10 du procès-verbal l'accompagnant. En date du 16 juillet 2008, l'*IRS* avait donc adressé à la Suisse une demande d'entraide administrative dans laquelle il a exigé des documents bancaires sur les contribuables (américains) impliqués dans les faits (interposition de sociétés *offshore*).

Les autorités suisses avaient collaboré étroitement avec les autorités américaines et ce, depuis le début. La demande d'entraide administrative avait précédé la demande d'entraide juridique que le *DOJ* avait fait parvenir à l'OFJ le 11 juin 2008 et qui exigeait la transmission de toutes les données de clients ainsi que d'autres documents bancaires internes. En accord avec les autorités américaines, cette demande d'entraide juridique avait été ajournée jusqu'à prochain ordre, et c'est la voie plus simple et plus rapide de l'entraide administrative qui avait été utilisée.

Après examen de la demande d'entraide administrative, l'AFC avait conclu que l'interposition d'une société *offshore* en relation avec d'autres éléments (p. ex. la création de la société au moment de l'entrée en vigueur du *QIA* ou le fait que le bénéficiaire effectif ait accès direct au compte de la société interposée) pouvait fondamentalement être qualifiée de «*tax fraud or the like*» au sens de la CDI Suisse – Etats-Unis. Elle avait donc exigé d'UBS que celle-ci lui remette les documents en question. Selon UBS, une société *offshore* couvrant des investissements en titres américains a été créée dans 347 cas. L'AFC prévoyait que tous les dossiers impliquant des titres américains seraient édités d'ici à la fin de l'année. L'*IRS* et elle n'avaient pas encore déterminé si l'interposition d'une société *offshore* sans titres américains représentait aussi une fraude fiscale au sens de la CDI Suisse – Etats-Unis. UBS comptait environ 1 600 sociétés *offshore* de ce type.

L'AFC avait vérifié sur la base des documents édités si, dans certains cas, les conditions d'une entraide administrative étaient remplies. Sur les 308 dossiers qu'elle

avait à disposition, 115 avaient déjà été confiés à des collaborateurs techniques. Sur ces 115, 70 se trouvaient encore en phase d'évaluation. Dans 10 cas, le traitement avait été reporté, car les indices d'une «*tax fraud or the like*» n'étaient pas manifestes. Dans les cas traités jusqu'alors, deux ne remplissaient pas les conditions d'une entraide administrative selon la conception de l'AFC.

Dans 33 cas, les conditions d'une entraide administrative selon la conception de l'AFC étaient en revanche remplies. UBS avait donc été priée d'inviter les personnes concernées à désigner un mandataire légal chargé de recevoir les communications. Dans 14 cas, une telle personne s'était déclarée; dans 19 cas, aucun mandataire n'avait encore été désigné.

Sur les 14 cas pour lesquels il existait une telle procuration, une décision de clôture avait été prise pour 9. Dans 4 cas, un recours avait été déposé auprès du TAF. Dans les 5 autres cas, le délai de recours était encore valable. Les personnes concernées disposaient de 30 jours pour déposer un recours auprès du TAF contre la décision prise par l'AFC sur les informations à communiquer aux Etats-Unis. C'est le TAF qui décidait en dernier ressort. Ce point de la situation quant à la procédure d'entraide administrative a été effectué à la demande de plusieurs membres du Conseil fédéral[727].

Les données de clients ne seraient transmises dans le cadre de la procédure d'entraide administrative que dans deux cas: soit la personne concernée renonçait à un recours, soit le TAF validait la décision. Une première décision du TAF était attendue pour le printemps 2009.

Concernant la pression croissante exercée par le *DOJ* sur UBS, la note d'information du DFF mentionnait que, le 11 novembre 2008, en relation avec les enquêtes en cours sur les services transfrontaliers, le *DOJ* avait accusé en Floride un membre de la direction d'UBS en la personne de Raoul Weil. Dans l'acte d'accusation, on lui reprochait d'avoir aidé, avec d'autres collaborateurs d'UBS, environ 20 000 clients américains à dissimuler 20 milliards de dollars aux autorités fiscales américaines.

Selon ses propres dires, UBS entendait continuer à soutenir entièrement les enquêtes et à collaborer avec toutes les autorités impliquées afin d'aboutir à une résolution satisfaisante de l'affaire.

Les autorités suisses responsables travaillaient de manière coopérative et intensive avec les autorités américaines. Au cours des semaines précédentes, la cheffe du DFJP et le chef du DFF avaient assuré par oral et par écrit à leurs partenaires américains que la Suisse ne couvrait pas la fraude fiscale. En même temps, ils s'étaient engagés auprès de leurs partenaires américains pour que les procédures conformes à la légalité soient respectées entre les deux Etats. Par ailleurs, des entretiens intensifs entre la CFB et la BNS avaient eu lieu.

L'AFC avait détaché des ressources supplémentaires en personnel pour le traitement des cas complexes. Elle avait prévu de régler 30 cas par mois, avec décision de clôture, à partir du début de la nouvelle année. En même temps, elle avait compté que, à partir de janvier 2009, il faudrait répondre à plusieurs cas de recours adressés au TAF.

727 Procès-verbal de l'audition par les CdG de la conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, cheffe du DFJP, du 29.3.2010.

La justice américaine avait quand même menacé de prendre des mesures coercitives unilatérales contre UBS si celle-ci ne lui remettait pas directement les données de clients. Visiblement, le *DOJ* n'était plus prêt à s'en tenir à la procédure de la CDI Suisse – Etats-Unis. Le DFF poursuivait l'activation de la procédure d'entraide administrative en lui accordant la plus grande priorité.

Comme il ressort des documents de la ChF, cette note d'information n'avait pas été discuté par le collège gouvernemental le 19 décembre 2008[728].

Par sa décision du 19 décembre 2008, le Conseil fédéral s'était contenté de noter que la prise de mesures coercitives unilatérales par le *DOJ* à l'encontre d'UBS menacerait l'existence de celle-ci. Dans l'intérêt de la stabilité du système financier suisse, mais aussi mondial, le Conseil fédéral priait la CFB de prendre toutes les mesures pour éviter une telle situation. En outre, le Conseil fédéral confiait au DFF le soin de continuer à activer la procédure d'entraide administrative en lui accordant la plus grande priorité.

3.4.4 Rôle des autorités durant cette période

3.4.4.1 Généralités

S'agissant du rôle des autorités entre la fin août 2008 et la décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2008, deux constats s'imposent: jusqu'à fin août 2008, les autorités avaient pour priorité la procédure d'entraide administrative de l'AFC. Les demandes d'informations de l'*IRS* et du *DOJ* semblaient être canalisées au regard de leur légalité et c'est l'Administration fédérale centrale qui pilotait le tout, notamment l'OFJ puis l'AFC. La CFB n'était plus au premier plan pour le traitement de ce dossier, du moins en ce qui concerne la transmission de données de clients.

Fin août 2008, cette situation a complètement changé: apparemment, le *DOJ* s'est montré insatisfait de la solution de l'entraide administrative. En conséquence, le dossier a à nouveau changé de mains, la CFB et l'AFF ayant pris le relais de l'AFC pour diriger les opérations. Entre fin août 2008 et décembre 2008, l'AFC, la CFB, l'Ambassade suisse aux Etats-Unis, l'OFJ, l'AFF et même UBS ont tous travaillé en parallèle sur ce dossier, les uns s'appuyant parfois sur les travaux des autres.

Entre fin août 2008 et décembre 2008, la pression des autorités américaines sur UBS et, partant, sur les autorités suisses, a fortement et constamment augmenté, jusqu'à ce que des mesures visant à transmettre des données hors du cadre de la procédure d'entraide administrative deviennent quasiment inévitables et que le Conseil fédéral apporte formellement son soutien à la CFB.

Plusieurs représentants des autorités ont déclaré avoir reçu jusqu'à la fin de l'été des signaux sporadiques de la part d'UBS selon lesquels un accord pouvait encore être trouvé entre UBS et les autorités américaines sans que des données de clients doivent être transmises. Cette affirmation contredit celles que les représentants d'UBS ont faites devant les CdG, selon lesquelles il était pour eux déjà clair depuis longtemps, à savoir au printemps 2008, qu'un accord ne saurait être trouvé sans transmission de données aux autorités américaines. A partir de l'automne 2008, il était

728 Selon les membres du Conseil fédéral, on ne peut conclure qu'aucune discussion a eu lieu au sein du Conseil fédéral simplement du fait qu'il n'y ait pas de notes de la Chancellerie fédérale.

évident, pour tous les acteurs concernés, que la transmission des données était une condition *sine qua non* pour qu'UBS arrive à une solution avec les autorités américaines et que la mise en accusation de la banque et de ses organes soit évitée.

A partir de ce moment, les discussions au sein des autorités suisses et entre ces dernières et UBS ont porté uniquement sur la question de savoir si la transmission de données devait être effectuée dans le cadre de l'entraide administrative ou hors de ce cadre. Cette question reposait en outre sur une autre question, à savoir la rapidité à laquelle ces données devaient être transmises. Il s'est par la suite avéré que la procédure d'entraide administrative ne satisfaisait pas aux exigences du *DOJ* et que, sur le principe, une transmission des données hors du cadre de la procédure d'entraide administrative devait être acceptée en vertu des art. 25 s. LB, afin d'éviter une accusation d'UBS aux Etats-Unis et toutes les conséquences que celle-ci aurait pour la Suisse.

A signaler aussi que les autorités suisses ont évoqué à plusieurs reprises la possibilité selon laquelle le problème devait être résolu par la banque elle-même, étant donné qu'elle en était la cause.

3.4.4.2 Commission fédérale des banques

A la fin août 2008, la CFB a négocié avec le *DOJ* les modalités visant à ce qu'UBS cesse toutes ses activités transfrontalières avec des clients privés aux Etats-Unis. Le *DOJ* a refusé catégoriquement qu'UBS cesse ce genre d'activités sans que les autorités américaines n'obtiennent les noms des clients concernés. C'est pourquoi le *DOJ* a lié la transmission des données à l'obligation faite à UBS de cesser ces activités, et la CFB a été invitée à se pencher à nouveau sur cet aspect du dossier. La situation s'est encore compliquée lorsque le *DOJ*, dans son *non-paper* du 15 septembre 2008, a déclaré douter de la volonté d'UBS à coopérer. De son côté, la CFB a expliqué au *DOJ* que la législation suisse ne permettait pas à UBS de livrer elle-même des noms aux autorités américaines. A juste titre, la CFB a régulièrement informé Alexander Karrer des développements de la situation, et ce dernier a été invité à la rencontre de septembre 2008 avec Kevin Downing du *DOJ*. Durant cette période, la CFB n'était donc pas seulement en négociation avec la *SEC*, mais également avec le *DOJ*.

En parallèle, la CFB devait également poursuivre ses travaux sur la procédure d'entraide administrative de la *SEC*.

Dans le même temps avait lieu l'enquête de la CFB concernant les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis, qui avait débuté en mai 2008 et qui était menée par cinq collaborateurs de la CFB et un cabinet d'avocats suisses; cette enquête s'est conclue en décembre 2008 par un rapport de 160 pages et une décision de la CFB. Cette dernière a également suivi de près l'enquête interne d'UBS portant sur 100 personnes et menée par un cabinet d'avocats américains sur mandat d'UBS. Le 17 octobre 2008, la CFB a assisté à la présentation des résultats de l'enquête d'UBS à New York.

A la suite de cette rencontre à New York, la CFB a constaté qu'il était urgent que les autorités suisses prennent des mesures: pour elle, il était clair que des données devaient être transmises rapidement. Elle a préparé quatre options d'action à l'intention des autorités suisses: pour la première fois, un document écrit présentait

la marge de manœuvre dont disposaient les autorités, et ce document provenait de la CFB. Ces options d'action se situaient toutes dans le domaine de compétence du Conseil fédéral ou du DFF, et non dans celui de la CFB. Après une première discussion et une adaptation des options d'action par des membres de l'ancien groupe de travail Karrer et l'ambassadeur suisse aux Etats-Unis, c'est le vice-directeur de la CFB qui a fait parvenir ces options d'action au directeur de l'AFF pour sa rencontre avec la cheffe du DFJP. C'est également lui qui, à ce moment, avait soulevé la question d'une intervention rapide au niveau supérieur du gouvernement et considéré une décision allant dans ce sens comme urgente. Toutefois, aucune intervention n'a eu lieu durant cette période.

La pression du *DOJ* s'est fait de plus en plus forte, ce qu'ont confirmé la *Fed* et UBS. Après la mise en accusation de Raoul Weil le 12 novembre 2008, Alexander Karrer de l'AFF a pris les fonctions de «conseiller»: c'est lui qui a décrit la situation alarmante aux chefs du DFF et du DFJP et qui leur a à nouveau soumis des options d'action. Le 18 novembre 2008, la CFB a participé à la rencontre avec les deux chefs de département concernés au sujet des options d'action. Lors de cette rencontre, le vice-directeur de la CFB a présenté la situation telle qu'elle était perçue par la CFB et a explicitement déclaré qu'une transmission rapide des données relatives à des clients d'UBS aux autorités américaines était nécessaire afin de ne pas déstabiliser davantage la banque. Selon lui, la procédure d'entraide administrative n'avait pas l'effet escompté; il a proposé une procédure excluant celle de l'entraide administrative. Pour autant que les CdG soient au courant, les deux chefs de département n'ont pris lors de cette séance aucune décision susceptible de débloquer la situation.

Le 6 décembre 2008, la CFB a fait un bilan interne de ce dossier. Le vice-directeur est parvenu à la conclusion que les autorités, n'avaient rien entrepris d'essentiel; elles n'avaient fait que s'informer. En ce qui concerne l'arrêt par UBS de ses activités transfrontalières, il a préconisé l'examen de variantes radicales afin de progresser dans ce domaine. Deux jours après, la *Fed* a informé la CFB de la gravité de la situation.

Parallèlement, UBS a poursuivi ses négociations aux Etats-Unis afin d'obtenir un accord avec les autorités américaines. A l'issue de ces discussions, il s'est à nouveau avéré que les négociations n'aboutiraient – et qu'UBS n'éviterait une mise en accusation – qu'à condition que les données concernées soient rapidement transmises aux autorités américaines. Lors de la discussion entre les présidents de la CFB, de la BNS et le chef du DFF le 11 décembre 2008, la CFB a dépeint la gravité de la situation et des options d'action actualisées ont à nouveau été présentées. Au cours de cette rencontre, il a également été question de publier des données de clients en vertu du droit de nécessité. Le 12 décembre 2008, lors de sa première discussion de fond concernant ce dossier, le Conseil fédéral s'est notamment penché sur les réflexions de la CFB, sans toutefois prendre de décision; en revanche, la discussion a été ajournée au 16 décembre 2008.

Dans l'optique de cette séance du Conseil fédéral, la CFB avait élaboré une nouvelle option d'action, à savoir la transmission de données fondée sur les art. 25 s. LB; ayant donné sa préférence à cette option, le chef du DFF l'a soumise avec succès à l'ensemble du Conseil fédéral. Selon les informations obtenues à cette séance, la

CFB a dû être poussée à faire cette proposition[729]. La décision définitive du Conseil fédéral a été repoussée au 19 décembre 2008, date à laquelle la CFB devait avoir formulé une proposition définitive concernant la marche à suivre. A cette séance, la CFB a ensuite reçu du Conseil fédéral l'autorisation politique (sous la forme d'une décision formelle) de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher toute mesure unilatérale du *DOJ* vis-à-vis d'UBS susceptible de mettre en péril l'existence de la banque.

Afin de trouver une solution à cette situation alarmante – le *DOJ* avait menacé de mettre la banque en accusation si aucune donnée de clients ne lui était transmise d'ici la fin 2008 – la CFB avait estimé en décembre 2008 qu'il était urgent de permettre à UBS de négocier avec les trois autorités américaines; dans le même temps, elle a informé UBS qu'en dernier recours, la banque pourrait compter sur son soutien concernant la transmission des données[730]. Cette solution a permis à UBS de poursuivre ses négociations et de répondre à l'ultimatum posé par le *DOJ*. La CFB n'a toutefois pas pris part à ces négociations.

UBS a régulièrement informé la CFB de l'évolution des négociations, en particulier à partir de décembre 2008.

En ce qui concerne le rôle de la CFB, il est en outre important de souligner que le 27 août 2008, le président de la CFB, sur les conseils du vice-directeur de la CFB, s'est récusé dans cette affaire; il n'a été à nouveau impliqué que le 19 novembre 2008, après qu'il eut été démontré qu'il n'avait eu, pendant ses années à UBS, aucun lien probant avec les activités transfrontalières qu'UBS menait avec des clients privés aux Etats-Unis[731].

3.4.4.3 BNS

Il appartient à la BNS de contribuer à la stabilité du système financier. Sur cette base, la BNS a également un intérêt à ce que l'existence d'UBS ne soit pas mise en péril par les enquêtes américaines[732].

C'était avec un souci grandissant qu'à compter de l'automne 2008, la BNS avait suivi l'évolution de ce dossier, qu'elle abordait régulièrement dans de nombreux contacts avec les autorités suisses comme avec celles des Etats-Unis.

Le 1er novembre 2008, le président de la BNS alors en fonction avait mis à profit un entretien avec Ben Bernanke, président de la *Fed*, pour discuter de l'état de la procédure et de l'influence modératrice de la *Fed* sur les autorités américaines.

Le 20 novembre 2008, le président et le vice-président de la BNS avaient prié le président de la *Federal Reserve Bank of New York* de faire preuve de patience; ils avaient par ailleurs souligné que les déséquilibres pouvaient entraîner des risques pour la stabilité des systèmes financiers suisses et américains. Quant aux partenaires de discussion américains, ils avaient laissé entendre qu'ils considéraient que les

729 Au cours des auditions menées par les CdG, les représentants de la CBF ont déclaré que la CFB avait élaboré cette proposition sans que les autorités n'aient exercé une quelconque influence, et que la CFB estimait que cette proposition était bonne.
730 Procès-verbal de l'audition par les CdG d'Eugen Haltiner, président de la FINMA, du 22 avril 2010, p. 22
731 Cf. note 527.
732 Art. 5, al. 2, let. E, LBN.

violations de la loi commises par UBS étaient graves et que la patience des autorités américaines était à bout.

La BNS avait informé le chef du DFF sur les deux entretiens le 28 novembre 2008.

A l'occasion de diverses conversations avec le juriste en chef de la *Federal Reserve Bank of New-York*, le vice-président de la BNS s'était efforcé de faire comprendre la position de la Suisse, tout en soulignant les risques qu'entraînerait pour la stabilité du système financier, le dépôt d'une plainte pénale contre UBS aux Etats-Unis.

Mais du fait de la séparation stricte des pouvoirs, l'institut américain d'émission ne pouvait, en fin de compte, exercer aucune influence sur les autorités d'enquête des Etats-Unis.

Le 11 décembre 2008, le président de la BNS s'était entretenu avec le chef du DFF et le président de la CFB à propos des diverses options d'intervention. Le 12 décembre 2008, le président de la BNS avait saisi l'occasion de son entretien annuel avec le Conseil fédéral, pour rendre celui-ci attentif au sérieux et à l'urgence de la situation.

A diverses occasions, dès l'automne 2008, dans le cadre du train de mesures en faveur d'UBS, la BNS avait mis ce dossier en discussion, également avec des représentants des banques. Le 10 décembre 2008, elle avait reçu, en même temps que la CFB, une lettre du conseil d'administration d'UBS les informant que la banque était menacée d'une action en justice qui devait être déposée avant Noël 2008 et qu'elle serait alors dans une situation intenable.

La BNS, aussi bien que la *Fed*, estimaient qu'une telle action en justice contre UBS menacerait celle-ci dans son existence même. La *Fed* avait expliqué à de nombreuses reprises et sans équivoque, que les autorités américaines étaient décidées à traîner UBS en justice, si celle-là ne lui transmettait pas des informations bancaires sur ses clients[733].

3.4.4.4 Membres encore engagés de l'ancien groupe de travail Karrer

Durant la période considérée, le groupe de travail Karrer n'existait plus sous sa première forme. Cependant, les représentants des offices fédéraux qui en faisaient partie continuaient d'alimenter le flux d'informations, quoique de façon moins intense et systématique qu'auparavant. Les informations étaient à chaque fois transmises d'une manière ciblée et n'étaient plus discutées par tous les membres du groupe de travail. Celui-ci ne s'était plus réuni non plus. Il y a eu des conférences téléphoniques, mais en général, les documents d'importance centrale étaient simplement remis, au moins en copie, à tous les offices intéressés.

Entre août et décembre 2008, Alexandre Karrer et Urs Zulauf, vice-directeur de la CFB avaient constitué le noyau dur de l'ancien groupe de travail et avaient conservé de nombreux échanges bilatéraux d'informations. Il convient de relever plus particulièrement ici qu'à la suite de la présentation par UBS des résultats des investigations, le 17 octobre 2008 à New-York, les représentants de l'AFC, de l'AFF, de la DP V et de l'OFJ, ainsi que l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis ont discuté un premier

733 Lettre de la BNS aux CdG du 13.04.2010.

projet écrit de la CBF portant sur les options d'intervention possibles. Ils ont adopté ce projet et l'ont présenté, comme proposition consolidée, au directeur de l'AFF et à la cheffe du DFJP.

3.4.4.5 DFF

Administration fédérale des contributions

Depuis la mi-juillet 2008, l'AFC s'était employée intensément à traiter la demande d'entraide administrative de l'*IRS*. Aux dires du directeur de l'office, il était évident dès fin août que le traitement rapide de la demande devrait revêtir une priorité absolue. Il est ressorti des informations fournies par le chef du DFF lors de la séance du Conseil fédéral du 19 décembre 2008, que l'AFC avait reçu 308 dossiers d'UBS; à ce moment-là, 115 d'entre eux avaient été répartis entre les collaborateurs spécialisés, 70 devaient encore être évalués. L'étude de 10 dossiers avait été ajournée, car les indices de l'existence d'une «*tax fraud or the like*» n'étaient pas évidents. Deux cas ne remplissaient pas les conditions d'octroi de l'entraide administrative, et 33 autres les remplissaient. Neuf cas avaient fait l'objet d'une décision finale, dont 4 avaient déposé un recours auprès du TAF. Le délai de recours courait encore pour les cinq autres décisions.

UBS avait dû réaliser un contrôle de sa clientèle sur la base du schéma de la demande d'entraide administrative de l'*IRS*. Ce contrôle avait pris un certain temps et les dossiers des clients correspondant à ce nouveau schéma avaient été transmis au fur et à mesure à l'AFC. Ne fût-ce qu'en raison de la durée de ces contrôles, il n'avait pas été possible de respecter les délais fixés par les autorités américaines dans le cadre de la demande d'entraide administrative de l'*IRS*[734]. L'AFC s'était efforcée de mettre en place une procédure efficace et, en définitive, également rapide, en établissant des catégories de cas et en se fondant sur quelques dossiers modèles, à vrai dire peu nombreux. Quatre premiers dossiers modèles ont fait l'objet d'une décision finale les 17, 24, 31 octobre et le 13 novembre 2008. Etant donné que des recours avaient été déposés contre ces quatre décisions auprès du TAF, il n'a pas été possible de transmettre à l'*IRS* des données sur des clients d'UBS dans la période considérée. L'AFC a assuré les CdG que dans les contacts qu'elle avait eus avec l'*IRS* aux échelons moyens, cette autorité était satisfaite du déroulement de la procédure. Ces déclarations sont en contradiction avec celles des représentants d'UBS, lesquels n'avaient vraisemblablement pas les mêmes interlocuteurs.

Selon une information fournie au chef du DFF le 21 novembre 20008, l'étude des dossiers en question nécessitait bien entre onze et douze postes internes à plein temps (calcul réalisé en termes d'équivalent temps plein). Sur les treize postes supplémentaires autorisés, l'AFC avait pu engager 440 pourcent de postes le 1er décembre 2008 et douze autres postes les 1er janvier et 15 janvier 2009[735]. Le 21 novembre 2008, l'AFC estimait encore qu'elle pourrait liquider 40 cas par mois

734 A supposer que le délai de 90 jours après réception de la demande d'entraide administrative pour la transmission de données sur les clients d'UBS, comme le prévoit le schéma soit respecté et en admettant qu'aucun recours ne soit fait, l'AFC aurait dû recevoir tous les dossiers des clients d'UBS puis aurait dû les traiter et rendre une décision finale sur chacun d'eux jusqu'à mi-septembre 2008.

735 Cf. procédure d'entraide administrative 2008/2009 dans l'affaire UBS SA (Projekt AHUSA), rapport final de l'AFC du 27.05. 2009, p. 29.

dès 2009. Le 12 décembre 2008, elle a dû revoir son évaluation à la baisse et la fixer à 30 cas par mois.

Aux dires d'un représentant de l'AFC, cet office avait pris un premier contact avec le TAF en septembre 2008. D'après le président du TAF, ce contact remontait à octobre 2008 seulement, après que l'AFC eut pris sa première décision finale. Il faut conclure des informations dont disposent les CdG, que les deux organes précités n'ont pu discuter de la procédure à suivre que d'une façon rudimentaire. Le président du TAF a expliqué aux CdG que cela avait beaucoup mieux fonctionné en août 2009, après la conclusion de l'accord entre le gouvernement suisse et le gouvernement des Etats-Unis. Le directeur de l'OFJ l'avait alors renseigné immédiatement et en détail sur le nombre des dossiers à traiter, ainsi que sur l'organisation de projet au niveau de la Confédération. Ces bases avaient permis également au TAF de prendre les dispositions nécessaires en temps utile.

Chef du Département fédéral des finances

Selon les informations qu'il a fournies, le chef du DFF avait renseigné le Conseil fédéral régulièrement, encore qu'il l'ait fait généralement par oral, sur la situation d'UBS.

Quant à savoir s'il en a bien été ainsi également en ce qui concerne la transmission des données des clients, cela ne peut pas être affirmé. Les documents de la ChF ne font état de notes à ce sujet qu'à partir du 19 septembre 2008.

Il faut en déduire que le chef du DFF avait informé brièvement le Conseil fédéral des difficultés d'UBS avec les autorités américaines concernant des affaires transfrontalières de clients privés aux Etats-Unis pour la première fois le 19 septembre 2008. Il n'y a pas de traces d'une discussion au sein du Conseil fédéral mais la ChF a affirmé que le collège gouvernemental avait chargé le DFF d'élaborer par écrit des scénarii pour le cas où il faudrait réagir rapidement. En fin de compte, ce mandat n'a jamais revêtu la forme d'une proposition explicite adressée au Conseil fédéral.

Du 21 septembre au 2 novembre 2008, le chef du DFF n'a pas pu diriger son département pour cause de maladie. Sa suppléante, la cheffe du DFJP avait repris *ad intérim* les rênes du DFF et partant, également le dossier des investigations américaines concernant les affaires transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis. Le DFF avait cependant tenu son chef au courant de l'affaire également durant son absence.

Après son retour, le chef du DFF a adressé le 10 novembre 2008, une lettre au Ministre des finances mais également au Ministre de la justice des Etats-Unis, lettre qui fut contresignée par la cheffe du DFJP. Cette tentative de porter le dossier sur le plan politique n'a pas eu d'effet; elle est restée jusqu'à ce jour sans réponse.

Le 14 novembre 2008, Alexandre Karrer a fait savoir sans détour au chef du DFF qu'il y avait une escalade dans ce dossier et que la situation était devenue dramatique. Les options d'intervention soumises par Alexandre Karrer ont été abordées par le chef du DFF et la cheffe du DFJP sous une forme résumée le 18 novembre 2008 entre autres. Lors de cette séance, la CFB a également présenté une évaluation de la situation; elle signalait qu'un arrangement d'UBS avec les autorités américaines présupposait la remise immédiate de données de clients et qu'à ce moment-là, il était à craindre que la banque ne puisse plus être dirigée. Aux yeux de la CFB, il fallait trouver rapidement une solution en dehors de la procédure d'entraide administrative. Lors de cette séance, les deux chefs de département ont toutefois rejeté

l'application par le Conseil fédéral du droit d'urgence pour transmettre des données de clients d'UBS. Il fallait que la banque continue à négocier, mais pas sur la transmission de données de clients.

Le 21 novembre 2008, l'AFC a informé le chef du DFF de l'état de la procédure d'entraide administrative. Quatre jours plus tard, il a été avisé que Kevin Downing, du *DOJ*, s'était déclaré prêt à passer rapidement un arrangement, au cas où des données de clients seraient livrées en dehors de la procédure d'entraide administrative. Lors de cette information, on a également signalé que l'*IRS* envisageait d'appliquer la *John Doe Summons*.

Le 26 novembre 2008, le DFF, agissant sur mandat du Conseil fédéral in corpore, a présenté à celui-ci un document de discussion portant sur les défis auxquels était confrontée la place financière, industrielle et commerciale de la Suisse, notamment dans le domaine fiscal. Lors de cette séance, le chef du DFF a informé le collège gouvernemental des problèmes que posaient les cas d'escroquerie aux Etats-Unis et de la situation qui en résultait. Il avait déclaré qu'il faisait son affaire de ce dossier, mais qu'à son avis, la balle était dans le camp d'UBS. Le Conseil fédéral n'a donné aucun mandat à ce sujet au chef du DFF.

Le 28 novembre 2008, la BNS a avisé le chef du DFF des avertissements donnés par la *Federal Reserve Bank of New York*, avertissements selon lesquels la patience des autorités américaines était à bout.

A la fin du mois de novembre 2008, lors d'un entretien mené par le chef du DFF avec des collaborateurs de son département, avait été constaté qu'il n'était possible de livrer des données des clients que dans le cadre d'une entraide judiciaire ou administrative et qu'UBS ne pouvait pas transmettre elle-même des données de clients aux autorités américaines. Les conséquences qu'entraînerait la livraison éventuelle de telles données par UBS avaient également été discutées.

En marge de la séance du comité de pilotage KLL du 11 décembre 2008, la CFB a informé le chef du DFF de l'escalade américaine et de la nécessité de livrer des données des clients de la banque, afin qu'UBS puisse parvenir à un arrangement. Des options ont été discutées. La transmission directe de données bancaires a derechef été évaluée sous l'angle de sa conformité à la Constitution fédérale.

Le jour suivant, l'AFC a mis le chef du DFF au courant de la situation de la procédure d'entraide administrative et du calendrier actualisé de celle-ci.

Lors de la séance du Conseil fédéral du 12 décembre 2008, le président de la BNS a expliqué à l'ensemble du collège gouvernemental que le dépôt d'une plainte contre UBS était imminent aux Etats-Unis. A la suite de la séance ordinaire du Conseil fédéral, le chef du DFF a informé ses collègues de la situation d'UBS, à la suite de quoi le Conseil fédéral a mené, pour la première fois, une discussion matérielle approfondie sur ce dossier. Le collège gouvernemental considérait qu'il était urgent d'agir et que le département chargé de gérer ce dossier l'avait informé trop tardivement de l'évolution du dossier. Lors de la même séance, le Conseil fédéral a accepté la proposition de prendre contact avec le TAF pour accélérer la procédure. Diverses options d'intervention ont été discutées mais le Conseil fédéral a renvoyé la décision à sa séance du 16 décembre 2008.

Le 15 décembre 2008, le chef du DFF a appelé le ministres américains de la justice et lui a répété pour l'essentiel le contenu de la lettre du 10 novembre 2008. Les partenaires de discussion américains lui ont communiqué que la procédure d'en-

traide administrative durait trop longtemps et qu'ils attendaient une remise des données des clients d'UBS jusqu'à la fin 2008. Aux dires du chef du DFF, cet appel téléphonique avait permis de prolonger au-delà de la fin de l'année le délai pour livrer les données des clients. Le même jour, le chef du DFF avait tenté, sans succès, d'atteindre le Ministre américain des finances Paulson, celui-ci n'étant pas disponible en raison du changement d'administration américaine[736].

Vraisemblablement durant cette même période, le chef du DFF a demandé au président de la Confédération d'appeler le président des Etats-Unis à ce sujet. Mais le président américain n'était pas disponible pour un tel entretien[737].

Lors de la séance du 16 décembre 2008, le chef du DFF a présenté au Conseil fédéral la situation en fournissant deux documents de travail qu'il avait établis personnellement (*Charybdis/ Scylla*). Alors que le premier document brossait le tableau de l'état financier actuel d'UBS, le second résumait en termes télégraphiques la situation à propos des exigences des Etats-Unis en matière de livraison des données de clients de la banque. Le chef du DFF a notamment expliqué que le *DOJ* n'était pas disposé à attendre la clôture de la procédure d'entraide administrative, celle-ci devant en effet durer plus d'une année. Il a ensuite mis en discussion trois options d'intervention (entraide administrative; remise des données requises soit en application des art. 25 s. de la loi sur les banques (LB), soit directement sur la base de la Cst.; négociation d'une CDI au niveau des autorités). Le Conseil fédéral dans sa majorité avait soutenu la variante à laquelle allait la préférence du chef du DFF, à savoir la remise des données en application des art. 25 s. LB, mais il avait renvoyé au 19 décembre 2008 sa décision définitive.

Lors de la séance du Conseil fédéral du 19 décembre 2008, le chef du DFF s'était contenté de soumettre une note d'information, sans l'assortir d'une proposition. La note expliquait la genèse du problème. Le chef du DFF avait également rendu compte de l'avancement des travaux de l'AFC concernant la procédure d'entraide administrative et de la suite de cette procédure. Il avait signalé que le premier arrêté du TAF était attendu au printemps 2009. Selon les documents à la disposition des CdG, le Conseil fédéral avait décidé sans discussion de demander à la CFB de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir les mesures unilatérales du *DOJ* pouvant menacer l'existence d'UBS. De plus, il avait chargé le DFF de continuer à accélérer la procédure d'entraide administrative en lui donnant la priorité la plus haute.

Devant les CdG, le chef du DFF avait exposé le fait que sa tâche avait consisté à défendre les intérêts de la Confédération et à veiller à ce que celle-ci ne livre elle-même de telles données, dont en définition, il ignorait lui-même le contenu, qu'en cas d'extrême nécessité; si la Confédération devait s'y résoudre, elle devrait impérativement – mais ce n'était pas là l'affaire du Conseil fédéral – disposer d'une base légale suffisante[738]. Mais surtout il n'avait pas voulu que le Conseil fédéral ait à prendre cette décision. Selon le chef du DFF, il aurait été funeste que le Conseil fédéral dise: «Nous livrons ces données à la justice américaine, même si les agissements qu'elles impliquent ne devraient pas obligatoirement être répréhensibles selon

736 Procès-verbal de l'audition du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.4.2010, p. 16.
737 Ibid.
738 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.4.2010, p. 13 et du 5.5.2010, p.12.

le droit pénal suisse, dans la mesure où ils concernent des faits portant sur une soustraction fiscale»[739].

Répondant aux CdG sur la question de savoir s'il avait pris contact avec le TAF, le chef du DFF a répondu qu'en toute conscience il ne l'avait pas fait, par respect pour la séparation institutionnelle des tâches et l'indépendance du TAF qui en découle[740].

Il ressort de l'agenda du chef du DFF qu'il a eu quatre rencontres bilatérales avec Alexandre Karrer durant la période considérée[741].

3.4.4.6 DFAE

Division politique V

Comme mentionné précédemment, la DP V recevait en règle générale toutes les informations. Sur proposition de la CFB, elle avait pu, en particulier, influer sur l'élaboration des premières options d'intervention écrites.

Il convient de mentionner ici également le document de discussion élaboré le 21 novembre 2008 en collaboration avec le DFF concernant les défis auxquels était confrontée la place financière, commerciale et économique de la Suisse, notamment dans le domaine fiscal. Ce document avait été établi pour la séance du Conseil fédéral du 26 novembre 2008. Durant l'année 2008, de semblables travaux préparatoires ont été réalisés par le DFAE à propos des pressions qu'exerçait l'UE sur les paradis fiscaux[742].

Ambassade suisse aux Etats-Unis

L'ambassade suisse a exercé un rôle actif et rendu régulièrement compte à Berne de l'état des négociations entre UBS et les autorités américaines. Elle a entretenu des contacts intenses à cet effet dès octobre 2008, en particulier avec le *General Counsel* d'UBS qui s'était établi à Washington et menait les négociations avec les autorités américaines pour le compte d'UBS.

Cependant, l'ambassade entretenait des contacts directs avec le *DOJ*, qui l'informait de l'évolution du dossier du point de vue américain. Les comptes rendus de l'ambassade[743] étaient en règle générale assortis d'une appréciation de cette évolution. C'est ainsi que dans son courriel du 30 septembre 2008, l'ambassadeur avait, par exemple, expliqué que les autorités américaines attendraient la présentation de l'enquête interne d'UBS le 17 octobre 2008 avant de se prononcer sur les propositions d'UBS. De même, à ce moment-là, l'ambassadeur avait suggéré que les autorités suisses discutent le problème avec les autorités américaines à l'occasion de la prochaine rencontre du FMI et de la Banque mondiale. Fin septembre 2008, l'ambassadeur estimait que le moment n'était pas encore venu d'établir un contact

739 Ibid, p. 21.
740 Procès-verbal de l'audition par les CdG du conseiller fédéral Hans-Rudolf Merz, chef du DFF, du 6.4.2010, p. 13 et du 5.5.2010, p. 9.
741 Lettre du DFF aux CdG du 14.4.2010.
742 Les CdG ignorent quel service du DFAE a exécuté ce travail.
743 Procès-verbal de l'audition par les CdG d'Urs Ziswiler, ambassadeur de la Suisse aux Etats-Unis, du 5.3.2010, p. 20.

entre les deux gouvernements pour cette affaire. Devant les CdG, il expliqua qu'en matière de négociations, il fallait remonter la hiérarchie de bas en haut[744].

Le 10 octobre 2008, des représentants de l'ambassade suisse aux Etats-Unis ainsi que l'ambassadeur Urs Ziwiler avaient accompagné Alexandre Karrer qui rencontrait des représentants de la *DOJ*.

Le 17 octobre 2008, le chef du Service économique et financier de l'ambassade suisse aux Etats-Unis rencontrait des représentants du Ministère des finances américaines pour les informer de l'importance systémique d'UBS pour la Suisse et des mesures prises par l'Etat suisse pour soutenir UBS. Lors de cette rencontre, les américains s'étaient montrés très réservés sur ce dossier.

Comme les autres représentants de l'ancien groupe de travail Karrer encore actifs dans le dossier, l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis avait pris part à la discussion du 20 octobre 2008 concernant les premières options d'intervention proposées par la CFB.

Après le dépôt de la plainte contre Raoul Weil le 12 novembre 2008, l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis a entrepris des investigations aux USA avec l'aide de l'avocat–conseil qu'elle avait sur place. Ces investigations aboutirent à la conclusion que les autorités suisses n'avaient pas besoin d'agir immédiatement, mais qu'elles devaient continuer à suivre le développement de la situation.

Le 13 novembre 2008, le chef du Service économique et financier de l'ambassade suisse aux Etats-Unis a eu une rencontre informelle avec Bruce Schwarz du *DOJ*. La conversation avait révélé que le *DOJ* comme l'*IRS* étaient mécontents du développement de la procédure d'entraide administrative de l'AFC. Ces informations ont été transmises aux membres de l'ancien groupe de travail Karrer.

Lors de la séance du Conseil fédéral du 12 décembre 2008, celui-ci avait appris que l'ambassade suisse aux Etats-Unis considérait également la situation comme très sérieuse.

L'ambassadeur suisse aux Etats-Unis déclara aux CdG que, pour les personnes de l'ambassade qui étaient impliquées dans le dossier, il apparaissait clairement que les autorités américaines entendaient voir rapidement des résultats, en particulier concernant la communication des noms des clients de l'UBS[745].

L'ambassadeur confirma aux CdG qu'il était très difficile d'établir des contacts dans les trois niveaux supérieurs de la hiérarchie des Etats-Unis durant la période de transition d'une administration à l'autre[746].

Il est également important que l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis ait pris très au sérieux les menaces proférées par les Etats-Unis contre UBS et qu'elle ait reconnu aussi les conséquences possibles du dépôt d'une plainte contre la banque. Son avocat-conseil la conforta du reste dans sa conviction. Cette évaluation avait également été transmise à la centrale à Berne[747].

744 Ibid.
745 Procès-verbal de l'audition par les CdG d'Urs Ziswiler, ambassadeur de la Suisse aux Etats-Unis, du 5.3.2010, p. 11.
746 Ibid., p. 16.
747 Ibid., p. 18.

Cheffe du DFAE

Selon les indications de l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis – telles qu'elles ont déjà été présentées dans le chap. 3.3.3.5 – la cheffe du DFAE s'était également préoccupée du dossier à de nombreuses reprises.

Elle a expliqué aux CdG[748] qu'elle avait été informée du dossier pour la première fois le 19 mai 2008. Elle avait reçu une autre note de la DP V le 18 septembre 2008, intitulée «Nouvelles menaces d'actions entreprises unilatéralement par les USA». La cheffe du DFAE avait reçu une troisième note le 12 décembre 2008, de laquelle il ressortait clairement que l'enquête du *DOJ* contre UBS avait pour but l'accès aux noms de détenteurs de comptes américains.

A partir de ce moment-là, c'est-à-dire fin décembre 2008 et début 2009, la cheffe du DFAE avait demandé que l'Ambassade de Suisse à Washington lui fasse parvenir quotidiennement une note pour connaître l'évolution de ce dossier, ce d'autant plus qu'à partir de janvier 2009 elle était en contact avec l'administration américaine, en particulier avec la Ministre des affaires étrangères, Hillary Clinton, qu'elle a par ailleurs rencontré peu de temps après.

Pour les relations internationales avec les Etats-Unis, il s'agissait d'un dossier explosif et l'ambassadeur Ziswiler avait reçu en permanence des instructions, celles-ci passant par la DP V. Par ailleurs, le DFAE avait envoyé à l'Ambassade des *speaking notes* pour ses interventions auprès du *DOJ*, puis plus tard, pour les rencontres avec les autorités américaines.

Selon les explications de la cheffe du DFAE, les discussions avaient d'abord eu lieu au travers du groupe de travail Karrer au printemps 2008. La cheffe du DFAE n'a pas le souvenir qu'il y ait eu au niveau du Conseil fédéral de grandes discussions à ce sujet. A son avis, les discussions et les informations sont intervenues à partir du moment où il avait fallu décider de ce que les autorités suisses voulaient proposer aux Etats-Unis, et qu'elles ont décidé de proposer la procédure de l'entraide administrative. A ce moment-là, le Conseil fédéral en aurait discuté. Elle avait expliqué s'en souvenir parce que l'Ambassade de Suisse à Washington avait beaucoup travaillé pour amener les Etats-Unis sur la voie de l'entraide administrative. Ce n'était pas du tout une évidence et c'était d'autant plus regrettable que la Suisse n'ait pas été en mesure de répondre aux attentes des Etats-Unis, raison pour laquelle cette question avait de nouveau été discutée par le Conseil fédéral à partir de septembre et d'octobre 2008.

Dans le souvenir de la cheffe du DFAE, il y avait ensuite eu la lettre commune des conseillers fédéraux Merz et Widmer-Schlumpf. Le Conseil fédéral avait été informé de cette lettre. A partir de l'automne, il y avait eu des discussions régulières sur l'état d'avancement de la procédure d'entraide administrative au Conseil fédéral. Ce dernier suivait l'évolution des dossiers d'entraide administrative avec impatience et avait le sentiment d'une pression croissante de la part des Etats-Unis, qui s'impatientaient de voir que les dossiers n'arrivaient qu'au compte-gouttes. La cheffe du DFAE a constaté qu'il n'y a pas eu de procès-verbaux de ces discussions au Conseil fédéral, ce qui dans la rétrospective est regrettable; dans le contexte d'alors il s'agissait surtout d'éviter des fuites, car à cette période-là il y en avait de fort nombreuses.

748 Procès-verbal de l'audition par les CdG de la conseillère fédérale Micheline Calmy-Rey, cheffe du DFAE, du 6.5.2010, p.2 ss.

A la demande des CdG, la cheffe du DFAE a confirmé qu'en mai 2008 déjà, le dossier lui paraissait explosif. Pour motiver cela, elle se référa à une note du 19 mai 2008 de l'ambassadeur Anton Thalmann, note dans laquelle celui-ci exposait que ce cas confrontait la Confédération à une pesée d'intérêts délicate. Il pourrait éventuellement s'avérer nécessaire dans l'intérêt d'UBS et en envisageant le pire des scénarii possibles pour le pays tout entier, d'étendre la pratique en vigueur en matière d'entraide administrative. Dans une seconde note du 18 septembre 2008, il était apparu comme indiscutable qu'il ne serait guère possible de ramener les positions diamétralement opposées des deux parties à un dénominateur commun. La note mentionnait que le DFF planifiait pour la première fois, d'informer le Conseil fédéral sur cette affaire lors de la prochaine séance. En octobre 2008, elle avait à nouveau reçu une note dans laquelle le secrétaire d'Etat Ambühl soulignait en toute clarté les risques imminents.

La cheffe du DFAE a par ailleurs expliqué aux CdG qu'à son avis il avait été correct d'essayer d'amener les Etats-Unis sur la voie de l'entraide administrative, qui était la voie normale. Dans ce contexte, elle a rappelé que la demande d'entraide des Etats-Unis était arrivée mi-juillet 2008. Toutefois, elle a concédé que les autorités suisses avaient sous-estimé la lenteur de la procédure administrative et n'étaient pas préparées à traiter un si grand nombre de demandes. Elle a dit s'être sentie mal à l'aise vis-à-vis de ses collègues américaines (Condoleezza Rice et Hillary Clinton) étant donné qu'elle s'était engagée en leur disant de choisir la procédure normale. Il aurait fallu évaluer plus tôt la situation en matière d'entraide administrative et la capacité de traiter efficacement cette procédure. Cela a représenté un défi extraordinaire pour l'AFC, et on aurait dû doter cette administration des effectifs appropriés pour traiter les demandes d'entraide supplémentaires. L'AFF n'était pas préparée à une procédure aussi massive et pour compliquer les choses, la Division des affaires internationales devant traiter ces demandes d'entraide avait été presque entièrement réorganisée en 2006 et en 2008. Le chef de la division, le professeur Waldburger et d'autres membres du personnel avaient quitté la division. Ces départs s'étaient révélés être par la suite des handicaps pour le traitement efficace des demandes.

En ce qui concerne la question de savoir si une approche politique dès le courant de l'automne aurait pu débloquer la situation et éviter que le Conseil fédéral ne se retrouve dans une impasse, la cheffe du DFAE a rappelé que la question avait d'abord été traitée sous l'angle de l'entraide administrative, laquelle semblait alors être la bonne solution. La solution politique d'un accord avec les Etats-Unis pour éviter le «clash» de deux ordres juridiques n'est intervenue qu'après la décision du 18 février 2009.

3.4.4.7 DFJP

Office fédéral de la justice

A l'instar de la DP V du DFAE, l'OFJ avait également reçu toutes les informations sur cette affaire. L'office avait du reste été chargé à diverses reprises d'élucider des questions de droit. C'est ainsi qu'il avait rédigé deux appréciations juridiques concernant la question de l'existence d'un état de nécessité selon le droit pénal (18.11 et 27.11.2008). De même, dans la seconde moitié de novembre 2008, le directeur de l'OFJ s'était exprimé d'une manière critique sur les conclusions de divers avis de droit d'UBS.

A la suite de la présentation le 17 octobre 2008 de l'enquête interne menée par UBS, le directeur suppléant de l'OFJ avait été appelé à se prononcer sur les options d'intervention qu'avait élaborées le vice-directeur de la CFB.

Cheffe DFJP

Du 21 septembre au 2 novembre 2008, la cheffe du DFJP a été appelée à diriger le DFF en raison de l'absence du chef du DFF pour cause de maladie. Depuis fin août 2008 jusqu'à ce moment-là, pour autant que les CdG puissent en juger, la cheffe du DFJP ne s'est pas occupée personnellement de ce dossier.

Elle avait été effectivement mise au courant le 25 septembre 2008, par Alexandre Karrer qui lui avait donné une note d'information détaillée. Répondant à une question des CdG, la cheffe du DFJP a exposé que sur ces entrefaits, elle avait décidé de concert avec les représentants intéressés du DFF des voies et des moyens pour la suite de la procédure, notamment de la manière dont les discussions avec les représentants de l'*IRS* et du *DOJ* devaient être poursuivies[749].

Selon ses dires, la cheffe du DFJP s'est renseignée fin septembre 2008 auprès du DFF sur l'état de la procédure d'entraide administrative. On lui a répondu que les données à ce sujet étaient en préparation[750].

Le 14 octobre 2008, la cheffe du DFJP et d'autres personnes avaient reçu une note d'information à propos de la rencontre d'Alexandre Karrer avec des représentants de l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis et du *DOJ* à Washington, note dans laquelle Alexandre Karrer soulignait qu'il était à l'évidence nécessaire que les autorités suisses agissent. Les CdG ignorent si la cheffe du DFJP a pris des mesures après la lecture de cette note.

Le 23 octobre 2008, la cheffe du DFJP a reçu les options d'intervention élaborées par la CFB et adaptées à l'époque par le groupe de travail Karrer. Le document proposait de prendre une décision procédurale et d'établir des contacts au niveau des ministres de la justice des deux pays et cela, idéalement, avant les élections du 4 novembre 2008 aux USA, c'est-à-dire entre le 27 et le 31 octobre 2008. La cheffe du DFJP était disposée à examiner l'opportunité d'un tel contact. L'ambassade de Suisse avait déjà appris que le Ministre des finances américain n'était pas disponible à cette période. Deux des options d'intervention proposées avaient été rejetées lors d'une discussion entre la cheffe du DFJP et le directeur de l'AFF. A la lecture d'un courriel du 27 octobre 2008 du vice-directeur de la CFB, les CdG ont appris que la cheffe du DFJP ne ferait pas le voyage aux Etats-Unis pour rendre visite au Ministère des finances américain et à la *Fed*[751]. La cheffe du DFJP a expliqué aux CdG qu'elle avait informé le Conseil fédéral et sa Délégation aux affaires économiques de toutes les propositions qu'elle avait discutées avec Alexandre Karrer, le directeur de l'AFF et parfois également avec des représentants de la CFB et de la BNS[752]. Aucun des documents du Conseil fédéral mis à disposition des CdG ne fait état de ces discussions.

749 Procès-verbal de l'audition par les CdG de la conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, cheffe du DFJP, du 3.5.2010, p. 4.
750 Ibid., p. 5.
751 Ces visites ont été faites par le vice-président de la BNS.
752 Procès-verbal de l'audition par les CdG de la conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, cheffe du DFJP, du 3.5.2010 p. 5.

Le 10 novembre 2008 a été envoyée aux Ministres américains de la justice et des finances la lettre signée par la cheffe du DFJP et le chef du DFF.

Le 18 novembre 2008, la cheffe du DFJP a accompagné le chef du DFF pour rencontrer des représentants de la CFB et de l'AFF. Lors de cette séance, un éventuel état de nécessité de droit pénal pour UBS a été débattu. La cheffe du DFJP a ensuite chargé l'OFJ de clarifier cette question. L'application d'un droit d'urgence avait également été discutée. L'accélération de la procédure d'entraide administrative avait constitué l'un des autres sujets importants de cette séance. A ce moment-là, la cheffe du DFJP croyait que la procédure avait progressé bien plus que ce n'était le cas en réalité[753].

A la suite de la rencontre entre le président de la BNS, le président de la CFB et le chef du DFF, la cheffe du DFJP a reçu, le 11 décembre 2008, les options d'intervention dûment adaptées.

La cheffe du DFJP a déclaré qu'à partir de novembre 2008, elle n'avait reçu que peu de renseignements sur ce dossier, raison pour laquelle elle avait complété ses connaissances grâce à des contacts avec le vice-président de la BNS[754].

En réponse à la question des CdG qui voulaient savoir si une analyse écrite des options d'intervention avait été réalisée concernant la livraison des données par le Conseil fédéral, en application de la Constitution fédérale, la cheffe du DFJP a déclaré que cela n'avait pas été fait, car il y avait une solution de rechange fondée sur les art. 25 s. LB[755].

3.4.4.8 Conseil fédéral

C'est à l'évidence le 19 septembre 2008 que le Conseil fédéral a été pour la première fois brièvement informé des difficultés qu'avait UBS avec les autorités américaines à propos de ses affaires transfrontalières avec des clients aux Etats-Unis. Il a donné au DFF le mandat d'élaborer des scénarii par écrit, pour le cas où il faudrait agir rapidement. C'est la CFB et non le DFF qui a élaboré la première version écrite de ces options d'intervention. Mais le Conseil fédéral n'a jamais reçu d'options d'intervention sous une forme élaborée.

Durant tout le mois d'octobre et jusqu'au 26 novembre 2008, le Conseil fédéral ne s'est pas occupé activement des difficultés d'UBS dans ses affaires transfrontalières avec les Etats-Unis.

C'est lors de ses séances des 12 et 16 décembre 2008 qu'il a repris la discussion sur ce dossier. Le 19 décembre 2008, il a décidé de charger la CFB de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir des mesures contraignantes pouvant mettre l'existence d'UBS en péril, mesures que pourrait décider unilatéralement le *DOJ*.

Selon la cheffe du DFJP, ce n'est qu'à la mi-décembre 2008 que le Conseil fédéral a été informé de l'état d'avancement de la procédure d'entraide administrative. Le Conseil fédéral a alors constaté que cette procédure n'avait pas autant progressé qu'il l'avait cru jusque-là[756].

753 Ibid.
754 Ibid., p. 7.
755 Ibid., p. 17.
756 Ibid., p. 5.

Sur requête du chef du DFF, Pascal Couchepin, à l'époque président de la Confédération avait essayé de contacter le président américain au sujet de cette affaire en décembre 2008, mais ses efforts sont restés vains.

Ni le Conseil fédéral, ni le chef du DFF ni non plus la cheffe du DFJP n'avaient fait examiner dans leur département et organes respectifs, l'option de la livraison des données selon les art. 25 s. LB.

3.4.4.9 TAF

S'agissant des contacts entre l'AFC et le TAF, les CdG ont trouvé des déclarations divergentes. Ainsi, une prise de contact a eu lieu ou bien en septembre 2008, ou bien en octobre 2008. Le 25 novembre 2008, le président du TAF et le président de la Chambre fiscale du TAF ont rencontré des représentants de l'AFC. Aux dires du président du TAF, cette rencontre n'a pas permis de débattre de la procédure comme le souhaitait le TAF, mais les membres du tribunal ont indiqué aux représentants de l'AFC comment il convenait de procéder de leur point de vue (établissement de catégories avec des dossiers pilotes). Les CdG ne disposent d'aucune information selon laquelle l'AFC et le TAF auraient à nouveau discuté de la procédure à suivre. En particulier, il n'y a jamais eu de contact à ce sujet entre le chef du DFF et le TAF.

Lorsque le TAF a appris le nombre de décisions finales auxquelles il y avait approximativement lieu de s'attendre, il avait constitué une équipe en vue de traiter les recours éventuels. L'équipe se composait de cinq juges et de deux greffiers de la chambre fiscale, qui furent déchargés du traitement d'autres affaires[757].

Le TAF s'était basé sur les délais fixés dans la demande d'entraide administrative de l'*IRS*, à savoir qu'une décision du TAF devait tomber dans les 180 jours suivant le dépôt du recours. Le TAF n'avait pas non plus reçu du DFF des informations selon lesquelles les décisions devaient être rendues aussi vite que possible[758].

Le président du tribunal a déclaré aux CdG qu'il s'était écoulé beaucoup trop de temps jusqu'à ce que les autorités suisses impliquées se mettent en contact avec le TAF. Par contre, les choses se sont passées beaucoup plus rapidement et efficacement lors de la nouvelle demande d'entraide administrative qu'a déposée l'*IRS* en relation avec la convention étatique en août 2009[759].

3.5 Retrait du Conseil fédéral: la CFB/FINMA prend en charge le dossier (19.12.2008–18.2.2009)

3.5.1 Préparatifs de l'accord *DPA* sur fond de divergences

3.5.1.1 Conclusions de l'enquête de la CFB

Le 21 décembre 2008, la CFB avait adopté une décision à l'encontre d'UBS lors d'une conférence téléphonique. Dans sa chronologie des événements se rapportant à

757 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Christoph Bandli, président du TAF, du 19.3.2010, p.13.
758 Ibid., p. 11.
759 Ibid., p. 4.

l'affaire des activités transfrontalières d'UBS à l'attention des CdG, la CFB a écrit: «Ce faisant, elle [la CFB] a constaté qu'UBS avait contrevenu à ses obligations de garantie d'une activité irréprochable inscrites dans la loi sur les banques[760]. Dans un nombre de cas limité, certains collaborateurs d'UBS sont allés à l'encontre des dispositions du *QIA,* en admettant, comme s'ils étaient suffisants, des documents de clients relatifs à la fiscalité américaine dont ils savaient, ou dont ils auraient dû savoir, qu'ils ne rendaient pas compte de manière exacte du statut fiscal aux Etats-Unis du client en question. De plus, ils ont ignoré pendant un certain temps les restrictions imposées par la *SEC,* prévoyant que les prestations financières transfrontalières destinées à des investisseurs américains soient soumises à autorisation. Ces façons de procéder ont fait courir des risques considérables à UBS, l'exposant non seulement à perdre sa réputation, mais aussi à faire l'objet de poursuites judiciaires, comme l'ont mis en évidence les procédures judiciaires effectivement engagées contre elle par différentes autorités américaines. En revanche, la CFB n'a pas constaté, dans le cadre de son enquête, qu'UBS ait elle-même fait preuve de négligence dans l'application du *QIA*. La commission n'est pas davantage arrivée à la conclusion que la direction générale d'UBS ait eu connaissance des manœuvres susmentionnées commises par des clients américains au détriment du fisc de leur pays, ni de la violation des restrictions imposées par la *SEC,* par certains collaborateurs de la banque, malgré les directives que ceux-ci avaient reçues. Néanmoins, dans sa décision la CFB a interdit à UBS la poursuite d'activités transfrontalières de *private banking* avec des personnes résidant ou domiciliées aux USA. Elle a exigé qu'UBS établisse une estimation des risques encourus, en matière de réputation ou sur le plan judiciaire, à la suite de prestations transfrontalières, qu'elle limite ces risques et que ceux-ci fassent l'objet d'une surveillance; la commission a en outre ordonné que la mise en œuvre de cette décision fasse l'objet d'un contrôle. Enfin, UBS a été tenue de s'acquitter des frais de procédure, d'un montant supérieur à un demi-million de francs. Cette décision a été communiquée à UBS en décembre 2008 et elle est aujourd'hui entrée en vigueur. Lors de la même conférence téléphonique, la CFB a adopté, sous réserve, un projet de décision écrite prévoyant d'exiger de la banque une mesure de protection impliquant pour UBS l'obligation de remettre aux autorités américaines les données d'un nombre limité de clients»[761].

Le 22 décembre 2008, l'équipe du sénateur Carl Levin, qui menait la sous-commission d'enquête permanente du Sénat enquêtant sur les paradis fiscaux et le cas d'UBS, avait pris contact avec l'ambassade de Suisse à Washington D.C. En effet, le sénateur Carl Levin prévoyait d'inviter le gouvernement suisse à dépêcher un représentant pour une audition devant cette sous-commission le 29 janvier 2009.

Le 24 décembre 2008, la décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2008 était envoyée au président de la direction générale de la BNS ainsi qu'au président de la CFB[762].

Parallèlement, du 21 au 23 décembre 2008, UBS avait poursuivi ses difficiles négociations avec les autorités américaines à la suite desquelles, le 27 décembre 2008,

760 Selon art. 3, al. 2, let. c, LB; RS **952.0**.
761 Chronologie des événements, UBS *cross-border*, 21.12.2008 [trad.].
762 Lettre du 24.12.2008 (Annexe: dispositif de la décision du Conseil fédéral du 19.12.2008), DFF, Annexe à la ligne nº 60 du classeur 1 de la FINMA.

l'*IRS* avait pour la première fois déclaré qu'il ne voulait pas participer à une solution globale[763].

3.5.1.2 Proposition d'accord par les avocats d'UBS

Dès le 27 décembre 2008, le bureau d'avocats new-yorkais d'UBS, *WLRK*, avait préparé à l'intention du comité spécial d'UBS en charge de cette affaire, un avant-projet de memorandum pour une solution globale du différent avec les autorités américaines. Ce memorandum était intitulé *Key Points – Potential Global Resolution*[764]. Comme le titre l'indique, il proposait neuf points clés, à savoir:

1. Conclusion d'un *Deferred Prosecution Agreement* (*DPA*) avec le *DOJ* en vue d'éviter une plainte pénale. En lien avec l'exécution de ce *DPA* et conformément à une décision de la CFB, UBS transmet promptement au *DOJ* un groupe de données de clients qui répond au profil requis de «fraudes et délits semblables» en matière fiscale[765].
2. Conclusion d'un accord civil avec la *SEC* en réponse à l'enquête de cette dernière.
3. Conclusion d'une lettre d'accord avec l'*IRS* (i) dans le but d'éviter la mise en œuvre de la *John Doe Summons* pendant la durée d'application du *DPA* (ii) et son retrait dès que les termes du *DPA* sont remplis.
4. L'*IRS* initie diligemment sa mise en conformité volontaire (*Voluntary Compliance Initiative*) pour inciter les clients d'UBS qui sont soumis à la fiscalité américaine de légaliser leur situation.
5. En lien avec 1–3 ci-dessus, UBS initie une mise en œuvre généralisée du programme de retrait conformément au plan de communication convenu et conformément aux autres mesures prévues pour maximiser la promotion de la conformité volontaire pour les clients américains.
6. La CFB enjoint l'ensemble des banques suisses de renoncer à ouvrir des comptes pour des clients américains d'UBS ou du moins à ne pas accepter des transferts d'actifs de la part de clients américains d'UBS.
7. Dans le cadre de la lettre de principe ou d'accord avec l'*IRS*, UBS est d'accord de verser à l'*IRS* (i) une somme à convenir qui correspond aux taxes de prélèvements non perçues (plus intérêts et pénalités) pour un sous-ensemble des comptes de clients ayant été divulgués avec le *DPA;* et (ii) un contingent de paiements préréglés assorti d'un droit de remboursement complet ou partiel pour les sujet soumis au programme de retrait résultant d'un retour des actifs aux Etats-Unis dans le cadre de l'initiative de mise en conformité volontaire. Cet arrangement serait suivi par UBS et l'*IRS* et sujet à vérification.
8. Les autorités suisses et américaines entrent en discussion en vue de négocier une nouvelle CDI.

763 Réponses écrites d'UBS aux CdG du 21.4.2010 suite à l'audition par les CdG de représentants d'UBS du 6.4.2010.
764 Mémorandum du 27.12.2008, *WLRK*, doc. 123 du dossier de conduite du DFF.
765 «*Tax fraud or the like*».

9. Report de l'audition envisagée de la sous-commission d'enquête permanente (*Permanent Subcommittee on Investigations*) agendée pour fin janvier 2009.

Le 1er janvier 2009, la nouvelle autorité de surveillance des marchés financiers a vu le jour sous le nom de FINMA. La nouvelle entité réunit sous un même toit la CFB ainsi que l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (AdC LBA). Le président de la CFB reprenait la présidence du conseil d'administration de la FINMA.

3.5.1.3 Analyse de l'AFF

En vue d'une rencontre prévue le 8 janvier 2009 à Interlaken, l'ambassadeur Alexander Karrer a transmis une note au chef du DFF analysant la situation de l'affaire UBS *cross-border*[766]. Cette note traitait des négociations d'UBS avec le *DOJ,* l'*IRS* et la *SEC*. Un accord global semblait encore plausible, car certaines questions étaient encore ouvertes. Y était également retenu que le conseil d'administration de la FINMA éprouvait des difficultés avec le mandat du Conseil fédéral: il craignait notamment les conséquences négatives pour la FINMA, UBS et la place financière suisse d'une décision de transmission de données de clients. En conséquence, le conseil d'administration de la FINMA souhaitait que cette mesure soit encadrée par un «concept politique» du Conseil fédéral, c'est-à-dire que le Conseil fédéral prenne une part active dans la communication et qu'il décide d'une stratégie quant au secret bancaire, une affaire dépassant de loin le problème avec UBS. Le président de la FINMA allait soulever cette question avec le chef du DFF.

Le document faisait aussi état de l'audition de la sous-commission d'enquête permanente, à laquelle UBS et l'*IRS* avaient été invités. Le but de l'audition était d'émettre des critiques à l'encontre du système *QI*, ce dernier n'étant pas jugé suffisant pour endiguer l'évasion fiscale. Le gouvernement suisse avait également été invité à cette audition. Selon Alexander Karrer, une participation aurait l'avantage de permettre à la Suisse d'exprimer clairement sa position et de se distancer d'UBS. Toutefois, comme il n'était pas d'usage qu'un représentant d'un Etat étranger témoigne devant une sous-commission parlementaire chargée d'une enquête, Alexander Karrer avait déconseillé au chef du DFF de participer à cette audition. Par contre, il proposait que la Suisse réponde par écrit aux questions soulevées par la sous-commission et se distancie clairement d'UBS ou de ses employés tout en confirmant sa disposition à collaborer. Il concluait avec la recommandation qu'il fallait éviter une annonce précipitée de la volonté de la Suisse d'entamer des négociations en vue d'une nouvelle CDI, une telle annonce allant obligatoirement être interprétée comme un pas vers l'abandon du secret bancaire. En cas d'un accord entre UBS et les autorités américaines, la communication devait être convenue entre la FINMA et le DFF.

3.5.1.4 Préparatifs organisés par la FINMA

Le 8 janvier 2009, la FINMA a elle aussi envoyé une note au chef du DFF, à Alexander Karrer et au président de la BNS, concernant l'encadrement politique d'une éventuelle résolution du dossier des activités transfrontalières d'UBS aux

766 Note du 7.1.2009, AFF, doc. 124 du dossier de conduite du DFF.

Etats-Unis[767]. Cette note avait été rédigée par le président de la FINMA ainsi que par le chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA, qui n'est autre que l'ancien vice-directeur de la CFB. La note présente la situation initiale et divers éléments clés, parmi lesquels l'état des négociations d'un accord avec les autorités américaines, accord qui semblait très probable avec le *DOJ*, bien possible avec la *SEC* et difficile avec l'*IRS*. Ce dernier souhaitait exiger les données de 19 000 clients américains avec une *subpoena*. Dans le cadre du *Deferred Prosecution Agreement (DPA)*, un sursis de 18 mois pour la banque serait assorti d'une reconnaissance de dettes, d'un paiement de 200 à 300 millions de dollars sous divers titres, d'un programme de mise en œuvre et d'une poursuite de la coopération. L'élément central et la condition sine qua non de l'accord avec le *DOJ* serait la transmission immédiate d'environ 250 données de clients d'UBS aux autorités américaines en dehors de la voie de l'entraide administrative. D'après cette note de la FINMA, cette transmission serait ordonnée par la FINMA comme une mesure protectrice selon la loi fédérale des banques et des caisses d'épargnes pour éviter un danger imminent d'illiquidités dû à une plainte pénale, comme cela avait été présenté en décembre 2008 par la CFB au Conseil fédéral (ch. 1 et 2 de la décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2008). La note de la FINMA précisait déjà le déroulement prévu de l'opération de transmission de données de clients au *DOJ*. Ce déroulement en huit points était décrit de la façon suivante:

1. Conclusion de l'accord entre UBS et les autorités américaines.
2. Lettre du *DOJ* à UBS, faisant entrevoir à celle-ci une inculpation immédiate en cas de non-application de l'accord.
3. Requête d'UBS à la FINMA demandant à celle-ci de prendre des mesures protectrices; la banque argumente que sans ces mesures son existence pourrait être menacée par l'inculpation susmentionnée.
4. Examen de l'accord et de la requête par la FINMA, d'entente avec le DFF.
5. Approbation de l'accord par la justice américaine.
6. La FINMA ordonne à UBS de transmettre immédiatement les données de clients préalablement définies aux autorités américaines.
7. Les données de clients sont transmises aux autorités américaines par l'intermédiaire de la FINMA.
8. Publication de l'accord et communiqués de presse d'UBS et de la FINMA.

La note de la FINMA faisait également état des réactions possibles à un tel accord. Politiquement, elle mentionnait parmi d'autres les problèmes en lien avec l'abandon du secret bancaire et la mise à genoux devant les Etats-Unis. Juridiquement, la note relevait les problèmes en relation avec la violation du secret bancaire par UBS, la FINMA, le Conseil fédéral, le contournement des procédures de recours des clients concernés par la transmission des données ainsi que les critiques des bases légales de la décision de la FINMA. D'une part, UBS serait libérée d'un problème mettant son existence en danger, d'autre part elle serait critiquée, notamment en Suisse, pour trahison au secret bancaire. La note continuait avec l'énumération des conséquences indirectes de l'accord: ainsi, d'autres clients avec des problèmes fiscaux pourraient se montrer peu rassurés et retirer leurs avoirs, certains gestionnaires de fortune

767 Note du 8.1.2009, FINMA, doc. 88 des trois classeurs personnels du chef du DFF.

critiqueraient UBS, la FINMA et le Conseil fédéral; les autres instituts financiers fortement exposés seraient contraints de s'adapter, comme le Crédit Suisse, qui était déjà en train de mettre un terme à ses relations d'affaires avec des clients américains sans justificatifs fiscaux[768]. La note de la FINMA poursuivait sur la nécessité d'un engagement élevé des autorités politiques dans la communication du *DPA* conclu entre UBS et le *DOJ*. Les lignes de communication de la FINMA étaient décrites de la manière suivante:

«La FINMA justifiera sa façon de procéder et, lors de la publication de l'accord, mettra en œuvre une stratégie de communication active dont les principaux éléments seront les suivants:

- L'ordre donné par la FINMA à UBS de fournir des données de clients représentait une mesure protectrice et de dernier recours afin de protéger la banque et de garantir la stabilité financière; elle visait à éviter une mise en accusation de la banque par les autorités pénales américaines, qui n'étaient pas prêtes à attendre que les procédures en cours d'entraide administrative aboutissent. Une telle mise en accusation aurait en effet menacé l'existence même de la banque.
- Les données fournies concernaient des clients auxquels pouvaient vraisemblablement être reprochées des infractions apparentées à la fraude fiscale.
- La façon de procéder a été déterminée en concertation avec le Conseil fédéral.
- La FINMA rendra publics les résultats de la procédure ouverte par la CFB ainsi que les critiques que celle-ci a formulées dans sa décision à l'égard d'UBS à propos de l'aide que certains de ses conseillers à la clientèle ont apportée à des fraudes fiscales commises par leurs clients américains ainsi qu'à propos de sa mauvaise gestion des risques judiciaires dans les opérations transfrontalières.

Sur le fond, la FINMA *ne s'exprimera pas* sur les répercussions de l'affaire sur le secret bancaire «fiscal» et sur les questions présentées plus haut. Ces sujet sont du ressort des autorités politiques[769]».

La note concluait sur une seconde nécessité, celle de relever l'engagement des autorités politiques dans la stratégie des relations de la place financière suisse notamment avec les Etats-Unis. Elle ajoutait que la pression des Etats-Unis sur la Suisse pour recevoir plus d'informations sur des clients de banques pour raisons fiscales allait sûrement perdurer. La coopération engagée avec les Etats-Unis par les autorités politiques était donc présentée par la FINMA comme indispensable.

3.5.1.5 Prises de contacts diverses auprès des autorités américaines

Le 12 janvier 2009, le président de la *Fed* avait rencontré à Bâle ses homologues suisses, à savoir le président ainsi que le vice-président de la BNS; le président de la

768 «Le CS est actuellement en train de rompre toutes ses relations d'affaires avec des clients américains dépourvus de justificatifs fiscaux» [trad.]. Cf. note du 8.1.2009, FINMA, doc. 88 des trois classeurs personnels du chef du DFF.

769 Ibid. [trad.].

FINMA était également présent. D'après les classeurs personnels du chef du DFF, cette rencontre avait permis de savoir que l'*IRS* ne souhaitait pas être intégré à l'accord *DPA* d'UBS avec le *DOJ*[770].

D'après un fax daté du 12 janvier 2009 de l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis[771] adressé au DFAE, au DFJP, au DFE et au DFF, l'ambassadeur de Suisse à Washington D.C. avait fait part de la rencontre de ce même 12 janvier 2009 avec l'équipe du sénateur Carl Levin. La rencontre portait sur l'invitation au gouvernement suisse de participer à une audition devant la sous-commission d'enquête permanente du Sénat des affaires fiscales en charge du cas UBS. La note de l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis plaidait plutôt pour un refus de participer à l'audition du 29 janvier 2009, mais dans ce cas, le gouvernement suisse se devrait de communiquer son refus de l'invitation à la sous-commission du Sénat, laquelle vraisemblablement en informerait le public de manière critique.

Le 14 janvier 2009, le Conseil fédéral tenait sa séance lors de laquelle le chef du DFF aurait informé sur le rapport intermédiaire de l'entraide administrative. Les CdG ne sont pas parvenues à déterminer si ces informations ont effectivement été données au Conseil fédéral. Les notes prises à cette occasion par la ChF permettent seulement d'affirmer que le chef du DFF a brièvement informé le collège de la situation sur la question des activités transfrontalières d'UBS. D'après ces notes, il a alors expliqué que le *DOJ* tenait toujours à recevoir des noms de clients, tandis que l'*IRS* souhaitait passer par la procédure ordinaire d'entraide administrative. Ces deux autorités américaines étaient donc en désaccord. Le chef du département aurait alors déclaré que, dans le but d'éviter une *subpoena* contre UBS, des entretiens préparatoires avec l'*IRS* étaient prévus, afin d'évaluer l'ouverture des Etats-Unis à des négociations sur la fiscalité de l'épargne; il a précisé qu'un entretien avec Timothy Geithner était prévu sur ce sujet à Davos. D'après les informations recueillies par les CdG, le gouvernement n'a pas poursuivi la discussion sur ce sujet, ni pris de décisions en la matière.

Pendant ce temps aux Etats-Unis, le même jour, un juge de Floride avait émis un mandat d'arrêt à l'encontre de Raoul Weil, le *CEO Global Wealth Management & Business Banking* d'UBS[772].

3.5.1.6 Divergences sur les conditions du *DPA*

Le 16 janvier 2009, le directeur de l'AFC a écrit au chef du DFF – lequel avait mandaté l'AFC d'intensifier les discussions avec l'*IRS* –, ainsi qu'à Alexander Karrer pour faire part de ses remarques quant à des modifications de la CDI[773]. Le directeur de l'AFC mettait en avant dans sa lettre les dangers de négociations de la CDI avec l'*IRS*, alors qu'UBS était encore menacée de procédures judiciaires. Il précisait également que pour de telles négociations ce n'était pas l'*IRS* qui était compétent, mais le Trésor américain. En outre, après un changement de l'Adminis-

770 Note manuscrite du 12.1.2009, auteur inconnu, doc. 90 des trois classeurs personnels du chef du DFF.
771 Fax du 12.1.2009, Ambassade de Suisse – Washington D.C., doc. 91 des trois classeurs personnels du chef du DFF.
772 Chronologie des événements, UBS *cross-border*, 14.1.2009.
773 Lettre du 16.1.2009, AFC, doc. 92 des trois classeurs personnels du chef du DFF.

tration américaine, il fallait attendre un certain laps de temps avant de pouvoir lancer des négociations sur la CDI.

Le 19 janvier 2009, la cheffe du Service juridique du DFF présentait, dans une note[774], une brève analyse juridique sur l'utilisation de l'art. 184, al. 3, Cst. par le Conseil fédéral. Elle rappelait qu'en vertu de cet alinéa, le Conseil fédéral peut, lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, «adopter les ordonnances et prendre les décisions nécessaires». Or, d'après une partie de la doctrine, les ordonnances et décisions autorisées par cette disposition devraient demeurer dans le cadre des dispositions constitutionnelles et de la législation existantes. Elles pourraient ainsi compléter le droit en vigueur, mais ni le remplacer, ni limiter sa portée. Une autre partie de la doctrine est cependant d'avis que le Conseil fédéral doit pouvoir s'écarter des dispositions légales en vigueur, lorsqu'objectivement les circonstances exigent de façon urgente une telle exception. Dans cette perspective, il est habilité à modifier provisoirement une loi formellement en vigueur, mais qui ne permet plus de faire face à une situation concrète. Le gouvernement peut tout au moins intervenir dans ce sens par le biais d'une ordonnance; la doctrine ne traite pas la question de savoir s'il peut le faire par une simple décision. Tous les experts s'accordent cependant à dire que de telles ordonnances (ou décisions) ou, plus précisément, les mesures qu'elles prescrivent, doivent être nécessaires et urgentes et justifiées par des intérêts publics prépondérants; elles doivent en outre respecter le principe de proportionnalité. Les décisions citées par la doctrine concernent notamment l'interdiction de la remise de documents à des tribunaux étrangers ou le blocage de valeurs patrimoniales, mais jamais des décisions ordonnant la publication de documents. En fonction de cette situation juridique, la responsable du Service juridique signalait qu'une telle décision pourrait entraîner des actions en responsabilité contre la Confédération. Le risque serait moins important si le Conseil fédéral agissait par le biais d'une ordonnance.

Le 21 janvier 2009, le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC a eu un entretien téléphonique avec Barry Shott de l'*IRS*, qui a été résumé dans un courriel le jour même[775]. D'après ce résumé, trois points avaient été notamment abordés. Il s'agissait tout d'abord de l'avancement de l'entraide administrative et des premières décisions du TAF qui étaient attendues prochainement; puis de l'accord global d'UBS pour lequel Barry Shott avait avancé que bien que toutes les autorités américaines puissent y être intéressées, le *DOJ* avait une préférence nette pour un accord conclu avec lui seul et en dernier lieu, l'audition du sénateur Levin à laquelle l'*IRS* n'avait pas encore été invité; Barry Shott aurait également informé qu'une deuxième partie de l'audition aurait lieu vers la mi-février 2009. Le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC aurait donc proposé qu'une réunion ait lieu entre le directeur de l'AFC et son homolgue américain. Barry Shott a fait savoir qu'il donnerait une réponse à cette proposition sous peu.

D'après les notes de la ChF, le chef du DFF a informé oralement le Conseil fédéral, lors de sa séance du 28 janvier 2009, des pertes subies par UBS en 2008. Dans ce contexte, il s'est aussi exprimé sur les procédures d'entraide administrative en cours. Il a ainsi signalé que 35 juristes travaillaient sur le sujet et que, sur un total de 230 dossiers, 14 étaient clos et 5 pendants auprès du TAF. Il a précisé que le *DOJ* et UBS étaient encore en négociation, tandis que l'*IRS* demandait à pouvoir consulter

774 Note du 19.1.2009, Secrétariat général du DFF, doc. 127 du dossier de conduite du DFF.
775 Courriel du 21.1.2009, AFC, doc. 128 du dossier de conduite du DFF.

les données de quelque 19 000 clients, ce qui rendait la situation très délicate. Le chef du département s'est ensuite exprimé à propos du Credit Suisse. Le sujet n'a manifestement fait l'objet que d'un bref débat au sein du collège gouvernemental. Le Conseil fédéral n'a pas pris de décision, ni donné de mandat sur cet objet.

En vue du congrès annuel du *World Economic Forum* (*WEF*) à Davos en Suisse, une note datée du 30 janvier 2009 avait été rédigée dans le but que le chef du DFF entreprenne une démarche auprès de Valerie Jarett, conseillère personelle du président élu Barack Obama[776]. La note présentait les domaines de coopération entre la Suisse et les Etats-Unis sur les plans autant politique qu'économique; elle mentionnait aussi l'importance de la place financière suisse dans le monde malgré le peu de poids politique qu'elle représentait. En conclusion, la note admettait qu'UBS avait fait des erreurs dont elle devait assumer les conséquences. Elle relevait également qu'une plainte pénale *(indictment)* déstabiliserait la banque. La note appellait à ce qu'une solution soit trouvée qui respecterait les ordres juridiques des deux Etats, en rappellant que la Suisse n'avait aucun intérêt à protéger des citoyens américains ayant commis des fraudes fiscales.

Le 1er février 2009, Sergio Marchionne, vice-président du conseil d'administration d'UBS, avait téléphoné au président de la FINMA pour lui expliquer que la plainte pénale contre UBS était imminente et que le conseil d'administration d'UBS enverrait une lettre au chef du DFF. Par ailleurs, il avait fait savoir que des décisions en relation avec le management avait été prises au sein de la banque[777].

3.5.1.7 Projet de communication de l'AFF

Le 4 février 2009, l'ambassadeur Alexander Karrer avait préparé un projet de communication concernant le cas de la transmission de données clients aux autorités américaines pour le chef du DFF[778]. Il y avait détaillé l'arrière-plan du dossier, le message que le DFF devait faire passer ainsi que les formulations adéquates pour la communication. Le message tient en cinq points:

- La Suisse et son secret bancaire ne protègent pas la fraude fiscale.
- La Suisse n'est pas un paradis fiscal.
- Sur la base de la décision de la FINMA, des données de clients américains d'UBS ont été transmises aux autorités fiscales américaines; grâce à cette mesure la FINMA protège le bon fonctionnement de la place financière suisse.
- La protection du bon fonctionnement de la place financière suisse est un des objectifs principaux du Conseil fédéral; cette protection s'effectue sur la base du droit suisse.
- La transmission de données n'équivaut pas à «une mise à genoux» devant les Etats-Unis. Elle sert à assurer la stabilité d'UBS tout comme le bon fonctionnement de la place financière suisse.

776 Note du 30.1.2009, DFF, doc. 129 du dossier de conduite du DFF.
777 Chronologie des événements, UBS *cross-border*, 1.2.2009.
778 Projet du 4.2.2009, AFF, doc. 104 des trois classeurs personnels du chef du DFF.

Les formulations, quant à elles, abordent trois points plus techniques:

- La FINMA a décidé la transmission à l'*IRS* des données d'un nombre limité de clients qui sont soumis à l'imposition aux Etats-Unis. La FINMA fonde sa décision sur l'art. 25 LB. Le Conseil fédéral a pris connaissance de la décision de la FINMA.
- Comme la FINMA en a assuré le Conseil fédéral, cette mesure est prise en vue de protéger la stabilité d'UBS et par conséquent de garantir le bon fonctionnement de la place financière. Grâce à cette mesure, une plainte pénale contre UBS peut être évitée. Les autorités pénales américaines ne sont pas disposées à attendre les résultats de la procédure d'entraide administrative ouverte sur la demande de l'*IRS* le 16 juillet 2008.
- Ce n'est pas au Conseil fédéral de juger de la légalité de la décision de la FINMA. Toutefois, il partage l'appréciation de la FINMA, selon laquelle une plainte pénale aux Etats-Unis mettrait la stabilité d'UBS, et par voie de conséquence, de la place financière suisse, sérieusement en danger.

3.5.1.8 Réserves quant aux conditions du *DPA*

En vue de la rencontre entre le nouveau président de la Confédération, le président de la BNS et le président de la FINMA, prévue le 5 février 2009, le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC, dans un courriel datant du même jour[779], faisait part à la secrétaire générale du DFF, au directeur de l'AFC, à un représentant de l'AFC ainsi qu'à Alexander Karrer de ses craintes concernant la proposition du *Group General Counsel* d'UBS au *DOJ* et à l'*IRS* d'ouvrir de nouvelles négociations sur la CDI. Il constatait que les américains partaient du principe d'un accord comprenant une amende, la transmission de 300 noms ainsi que la négociation d'une nouvelle CDI dans le but d'inclure l'*IRS*. D'après le courriel, pour UBS une solution avec le *DOJ* primait, tandis que l'aspect de la *John Doe Summons* de l'*IRS* était secondaire. De façon générale, il estimait que la FINMA manquait de clarté dans la conduite du dossier et voulait qu'un accord soit conclu coûte que coûte. Il suggérait donc que le DFF reprenne en main la gestion du dossier et les négociations avec les autorités américaines. Céder la place à la FINMA, comme décidé par le Conseil fédéral le 19 décembre 2008, faire le dos rond et espérer que la situation passe vite lui semblait fort dangereux. Il ne lui semblait en outre pas loisible de laisser à UBS, qui avait elle-même le dos au mur, le soin de mener ces négociations, la banque étant trop directement intéressée. Il précisait qu'on ne pouvait d'ailleurs pas reprocher à UBS cet intérêt direct, puisque sa survie était en jeu. A son avis, il fallait cependant tenir compte aussi d'autres aspects et surtout protéger la place financière suisse.

De son côté, UBS a fait valoir, qu'à partir de mi-décembre 2008, elle avait eu des contacts exclusivement avec la CFB, le *DOJ* et la *SEC*, et également de façon sporadique avec l'ambassade suisse et, jusqu'à fin décembre, avec *l'IRS*. Elle n'aurait ni discuté la CDI ou le secret bancaire avec les autorités américaines, ni tenté de conclure un accord à tout prix.

779 Courriel du 5.2.2009, AFC, doc. 131 du dossier de conduite du DFF.

Ensuite, le même jour, le chef du Service économique et financier de l'ambassade de Suisse à Washington faisait part de ses remarques concernant la situation du dossier dans un courriel à Alexander Karrer ainsi qu'à l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis[780]. Il était en contact avec le *Group General Counsel* d'UBS qui négociait à Washington. Le *Deferred Prosecution Agreement* (*DPA)* ne semblait pas pouvoir se faire avec l'*IRS,* car, selon le *Group General Counsel* d'UBS, l'*IRS* souhaitait que le dossier reste encore ouvert pour favoriser les déclarations volontaires de contribuables américains non conformes aux règles. Il ajoutait dans le courriel qu'un rejet de l'accord avec l'argument qu'une entraide administrative était en cours serait lié au risque majeur que d'autres plaintes pénales soient déposées contre les dirigeants de la banque ou la banque elle-même. D'après lui, un accord comprenant le règlement de la *John Doe Summons* était envisageable à condition de négocier de manière relativement ouverte, c'est-à-dire en incluant d'autres dossiers et en prenant le risque de devoir négocier une révision de la CDI. Il n'était pas à exclure qu'un tel changement de stratégie soit perçu par les autorités américaines comme une tentative de gagner du temps. Enfin, pour le chef du Service économique et financier de l'ambassade de Suisse à Washington, la proposition d'accord d'UBS était liée à de grandes incertitudes par rapport à l'exécution de la *John Doe Summons*.

3.5.1.9 Divergences de l'AFF quant à la conduite du dossier

De son côté, l'ambassadeur Alexander Karrer avait également rédigé une note vraisemblablement destinée au chef du DFF[781]. Il y résumait les deux courriers précédents et ajoutait qu'UBS souhaitait conclure l'accord en espérant que le Conseil fédéral puisse manifester sa compréhension et se déclarer disposé à entamer des négociations en vue d'une révision de la CDI dans le sens d'un élargissement de l'échange d'informations. Il relevait par ailleurs que la rencontre entre la cheffe du DFJP et le *DOJ* aurait lieu le 23 février 2009. En outre, la FINMA songeait à la publication, le 10 février 2009, des conclusions de l'enquête qu'elle avait menée sur UBS. Et, selon l'AFC, le TAF rendrait sa première décision sans doute vers la mi-avril 2009.

D'après les appréciations d'Alexander Karrer, la transmission de données de clients en-dehors du canal de l'entraide administrative, avec ou sans la participation de l'*IRS* n'était pas une bonne variante, car elle ne permettait pas de clore l'affaire. Au contraire, elle mettrait le Conseil fédéral dans une situation extrêmement difficile. L'ambassadeur Karrer estimait que même le fait d'annoncer que le Conseil fédéral était prêt à ouvrir des négociations portant sur le secret bancaire avec les Etats-Unis ne constituerait pas une garantie que l'*IRS* ne porterait pas plainte contre UBS, voire même, par la suite, contre le Credit Suisse. Il voyait qu'UBS allait tout droit vers une transaction avec le *DOJ* et la *SEC,* à l'instar d'un paquebot lancé à pleine vitesse, qui ne serait plus guère en mesure de s'arrêter. Ceci selon lui laissait comprendre aux autorités américaines que le gouvernement suisse appuyait ses démarches et qu'UBS négocierait avec les USA également sur des sujets tels que la CDI et le secret bancaire. Il concluait que si les autorités suisses voulaient encore

780 Courriel du 5.2.2009, Ambassade de Suisse aux Etats-Unis, doc. 106 des trois classeurs personnels du chef du DFF.
781 Note du 5.2.2009, AFF, doc. 133 du dossier de conduite du DFF.

arrêter le paquebot en question, elles devaient saisir la dernière occasion qui leur était offerte. Par conséquent et en conclusion, il proposait deux solutions possibles:

1. Option 1: UBS transmet d'elle-même les données des clients, sans la caution du Conseil fédéral et de la FINMA. Selon les estimations d'Alexander Karrer, le dommage pour la banque n'en serait pas plus grand, par contre pour la place financière et l'Etat de droit, il serait nettement moindre. Ceci nécessiterait que le Conseil fédéral revoit sa décision du 19 décembre 2008, ce qui pourrait se justifier par le fait que l'*IRS* refusait d'être inclus dans l'accord.
2. Option 2: Le Conseil fédéral prend la conduite du dossier et entame des négociations avec les autorités américaines. La première occasion se présenterait lors de la visite de la cheffe du DFJP aux Etats-Unis. Par la suite, un entretien devrait avoir lieu avec le Trésor américain, d'abord sur un plan technique, puis au niveau ministériel. Il s'agirait de communiquer aux autorités américaines que si elles souhaitent mener des négociations en vue d'une révision de la CDI, ce dialogue ne pourrait se faire que si le cas d'UBS était réglé et ceci par la voie de l'entraide administrative.

Alexander Karrer concluait qu'une transaction prévoyant la remise de données de clients en dehors de l'entraide administrative ne pourrait constituer qu'une mesure d'ultime recours et ne serait envisageable qu'avec la participation de l'*IRS*.

3.5.1.10 Lettre d'UBS au chef du DFF du 5 février 2009

Enfin, la lettre d'UBS annoncée et datée du 5 février 2009 avait été transmise par courrier électronique au chef du DFF avec en copie le président de la BNS ainsi que le président de la FINMA[782]. Le vice-président du conseil d'administration d'UBS relevait que les négociations étaient sur le point d'aboutir. En vue de cette annonce, il suggérait que le gouvernement suisse veuille bien

- prendre acte de l'accord entre UBS, la *SEC* et le *DOJ*;
- reconnaître l'importance des clauses négociées qui sont en accord avec le cadre légal et les intérêts nationaux suisses;
- reconnaître que les pratiques passées d'UBS ont soulevé des problèmes, qu'UBS a cependant pris des mesures correctives et que la FINMA dans le cadre de sa propre enquête prendra également les mesures nécessaires;
- prendre acte de l'obligation pour toutes les entreprises suisses travaillant à l'étranger de se conformer aux dispositions légales en vigueur;
- reconnaître que la question de la *John Doe Summons* demeure non résolue mais qu'UBS et *l'IRS* travaillent à une solution, laquelle encouragerait la dénonciation volontaire des contribuables américains et par là-même sauvegarderait le secret bancaire.

Une rencontre entre le chef du DFF, le président de la BNS et le président de la FINMA s'est tenue le 5 février 2009. Lors de cette rencontre, le président de la FINMA a proposé la création d'un groupe de travail, le chef du DFF a cependant prôné une solution globale et s'est prononcé contre un accord qui n'incluerait pas

782 Lettre du 5.2.2009, CA UBS, Annexe à la ligne n° 65 du classeur 1 de la FINMA.

l'*IRS* . En conclusion, il avait décidé d'en parler avec son homologue américain Timothy Geithner. Par ailleurs, le chef du DFF avait interprété la lettre d'UBS comme une tentative d'impliquer le gouvernement suisse, alors qu'il estimait qu'UBS devait résoudre elle-même ses problèmes. Le chef du DFF estimait ne pas pouvoir endosser une telle responsabilité politique. En outre, il relevait qu'il n'avait reçu aucun signal des autorités américaines en vue d'une renégociation de la CDI.

Le 10 février 2009, l'ambassadeur Alexander Karrer a écrit à la secrétaire générale du DFF et à l'AFC pour faire savoir que l'audition de la sous-commission conduite par le sénateur Levin avait été repoussée au 24 février 2009. Il avait demandé à ce que la question d'une participation du gouvernement suisse soit décidée. De son côté, UBS avait déjà reçu son invitation. Dans sa note, Alexander Karrer répétait les analyses faites le 8 janvier 2008 par l'ambassadeur de Suisse à Washington D.C. sur la participation du gouvernement suisse à de telles auditions. De manière générale, il se prononçait contre une participation du gouvernement suisse devant la sous-commission du sénateur Levin.

3.5.1.11 Contacts du *DOJ* avec l'ambassade de Suisse à Washington D.C.

Le 10 février 2009, le *DOJ* prenait également contact avec l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis. L'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis détaillait les raisons de ce contact dans un courriel envoyé le même jour au DFF, au DFAE, au DFJP et au DFE[783]. Du côté américain, le nouvel *Attorney General* Eric Holder (chef du Département américain de la justice) avait pris ses fonctions, mais avait dû se récuser au sujet des dossiers concernant UBS, ayant par le passé déjà représenté cette banque. Le *DOJ* faisait aussi référence à la discussion entre le chef du DFF et la conseillère spéciale du président Obama, Valerie Jarrett, qui avait eu lieu en janvier 2009, où la possibilité d'attendre les résultats de l'entraide administrative avait été évoquée avant d'entamer une nouvelle étape dans le processus judiciaire à l'encontre d'UBS. Le *DOJ* redoutait que, en cas d'une attente prolongée des résultats de la procédure d'entraide administrative, le *DPA* ne puisse plus être conclu dans les termes convenus, raison pour laquelle il priait les autorités suisses de faire en sorte que le *DPA* soit rapidement conclu. L'ambassade des Etats-Unis à Berne avait d'ores et déjà reçu des instructions pour intervenir auprès des autorités suisses. Le *DOJ* avait ajouté que le *DPA* englobait également les procédures de la *SEC* à l'encontre d'UBS, mais pas la procédure civile de l'*IRS* (*John Doe Summons*). En ces termes, le *DPA* avait reçu le soutien du *Federal Reserve Board.*

L'ambassadeur de Suisse a pris acte du message du *DOJ,* assurant ce dernier qu'il informerait les autorités suisses de sa démarche. Il a attiré l'attention de ses correspondants sur le fait que cette affaire soulèverait en Suisse des questions politiques très délicates et a rappelé qu'un débat public très critique s'y déroulait à propos de la situation d'UBS. Dans ce contexte, il appelait les autorités américaines à faire preuve de compréhension vis-à-vis de la situation délicate des autorités suisses, en particulier dans la perspective de l'audition au Sénat. Le *DOJ* répondit à l'ambassadeur en l'assurant de sa compréhension pour cette situation et en signalant qu'à

783 Courriel du 10.2.2009, Ambassade de Suisse – Washington D.C., doc. 114 des trois classeurs personnels du chef du DFF.

son avis la conclusion rapide d'un accord serait de nature à inciter le sénateur Levin à renoncer à cette audition. Il soulignait par contre que si l'accord *DPA* ne pouvait pas être conclu entre UBS et le *DOJ*, le danger d'inculpation pour les dirigeants d'UBS serait important.

3.5.1.12 Nouvelles réserves de l'AFC sur les conditions-cadre du *DPA*

Le 10 février 2009 également, le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC avait envoyé un courriel au directeur de l'AFC, à la secrétaire générale du DFF et à Alexander Karrer[784]. Il y faisait part de ses remarques suite à une discussion avec le chef du Service économique et financier de l'ambassade de Suisse à Washington D.C., où il avait voulu prendre connaissance du contenu du *DPA* et savoir qui l'avait initié. Selon le représentant de l'ambassade, cette démarche avait été lancée par UBS, qui avait fait savoir au *DOJ* que le DFF ne voulait pas accepter l'accord, raison pour laquelle une démarche officielle des Etats-Unis auprès de la Suisse était nécessaire pour convaincre le DFF. Il expliquait que cette façon de procéder confinait à la haute trahison. L'attitude du *General Counsel* d'UBS ne l'étonnait cependant pas particulièrement: il cherchait tout simplement à imposer l'accord à n'importe quel prix. Le *General Counsel* d'UBS jugeait en effet qu'il était possible d'exclure une plainte contre la banque, car les Etats-Unis ne voudraient certainement pas prendre la responsabilité d'entraîner une nouvelle déstabilisation du monde de la finance. Par contre, il estimait qu'une plainte contre ces messieurs Kurer et Rohner n'était pas à exclure. Cette description des faits a été contestée par UBS. En particulier, UBS n'aurait jamais discuté du secret bancaire et de la CDI avec les autorités américaines.

Dans le courriel mentionné au début de ce chapitre, l'accord *DPA* avait été esquissé de la manière suivante:

1. Les procédures contre UBS seraient suspendues si les conditions suivantes étaient remplies: transmission de données de clients (200–500 données) et retrait d'UBS de ses activités transfrontalières aux Etats-Unis;
2. Accord avec la *SEC* dans le *DPA:* constat des violations et de leur ampleur, etc;
3. Versements de peines pécuniaires et volonté d'être en conformité à l'avenir;
4. La *Fed* soutiendra l'accord *DPA* en raison d'une stabilité financière assurée;
5. Pas d'accord avec l'*IRS* concernant la *John Doe Summons*.

Le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC conseillait de ne pas approuver cette proposition vu qu'il ne s'agissait pas d'un accord global. D'autre part, le lien effectué avec une éventuelle révision de la CDI aux conditions des autorités américaines serait un mauvais départ pour essayer de tirer le maximum lors des négociations. Même dans le cas de procédures pénales à l'encontre des dirigeants de la banque, le DFF ne devait pas se laisser mettre sous pression par UBS ou le *DOJ*.

784 Courriel du 10.2.2009, AFC, doc. 137 du dossier de conduite du DFF.

3.5.1.13 Discussion au Conseil fédéral concernant l'accord UBS et la révision de la CDI

Le 11 février 2009, le Conseil fédéral a examiné la décision de la FINMA du 3 février 2009 concernant le paiement par UBS de bonifications variables pour l'exercice 2008. Ce point était classé comme «document vert» à l'ordre du jour. Le collège gouvernemental s'est penché sur le problème des boni et de leurs montants. L'ensemble du Conseil fédéral pensait que cette question était du ressort de la FINMA, mais il estimait aussi que la banque devait faire preuve de plus de retenue dans le paiement de boni – tout au moins aussi longtemps que la Confédération demeurait financièrement engagée en faveur d'UBS. Il a chargé le chef du DFF de communiquer à la banque quelles étaient les attentes du gouvernement en la matière.

Lors de la même séance, le chef du DFF est revenu sur la question des activités transfrontalières d'UBS, expliquant que les autorités américaines exigeaient la livraison des noms de 250 clients américains d'UBS soupçonnés d'avoir trompé le fisc. Il avait précisé que les autorités américaines voulaient avoir accès à toutes les données de ces clients, afin d'engranger des revenus fiscaux, et qu'à défaut d'obtenir ces informations, elles menaçaient la banque de sanctions. Ces sanctions pourraient prendre la forme du dépôt d'une plainte à son égard, ou d'une ordonnance de condamnation *(subpoena)* lui infligeant une amende journalière jusqu'à la date de livraison des données demandées. Le conseiller fédéral avait encore expliqué qu'UBS avait voulu conclure un accord *(settlement)* avec les trois autorités américaines *(DOJ, SEC* et *IRS),* mais que l'*IRS* et le *DOJ* n'étaient pas prêts à s'engager dans ce sens. Il avait ajouté que la BNS, la FINMA et le DFF prendraient des mesures pour redresser la situation difficile d'UBS. Signalant que la FINMA aurait souhaité un engagement plus marqué du Conseil fédéral, il avait jugé que cela n'était pas possible et que la FINMA devait résoudre elle-même le problème. Il avait encore signalé que 40 collaborateurs du DFF s'occupaient des dossiers de la procédure d'entraide administrative, qui durerait encore jusqu'en avril 2009. Le *DOJ* n'étant pas prêt à attendre aussi longtemps, il convenait de se demander ce que le Conseil fédéral pourrait faire.

Dans la discussion qui a suivi, certains intervenants du collège gouvernemental ont estimé, contrairement au DFF, que le Conseil fédéral devrait prendre certains risques, d'autant que l'*IRS* semblait jusqu'alors faire preuve d'une certaine ouverture au dialogue. L'opinion avait aussi été émise que le *DOJ* n'attendrait pas la fin de la procédure d'entraide administrative et qu'il ne fallait pas perdre de vue que l'ambassade de Suisse à Washington attendait des instructions pour pouvoir conclure l'accord. La question de savoir si la FINMA avait la compétence de se prononcer sur un tel accord fut également soulevée.

Certains membres du Conseil fédéral avaient aussi exprimé leur inquiétude et leur préoccupation, rappelant qu'au mois de décembre 2008, l'affaire avait déjà été considérée comme très urgente et que des voix s'élevaient maintenant pour dénoncer l'attitude peu coopérative des autorités suisses. Par ailleurs, il a été relevé qu'une plainte déposée aux Etats-Unis contre UBS, ou un retrait de sa licence, auraient des conséquences graves et qu'au sein même du DFF, certains considéraient que les Etats-Unis n'étaient disposés à accepter qu'une solution globale. Autre question soulevée au sein du gouvernement: il n'y avait plus de traces des débats du collège sur la question d'UBS et des Etats-Unis dans le «procès-verbal vert» du Conseil

fédéral. L'année précédente, le président de la Confédération avait en effet demandé à la Chancellerie de ne pas porter au procès-verbal les discussions sur ce sujet. La ChF avait cependant expliqué que des notes existaient néanmoins sur ce thème et qu'elles pourraient être fournies ultérieurement. A propos de l'accord *(settlement)* qu'UBS cherchait à conclure avec les autorités américaines, la proposition a été faite de donner un signe positif en signalant que la Suisse était prête à entrer en négociation sur une CDI. Le sujet pourrait en effet être abordé à l'occasion des entretiens prévus à Washington sur la question de Guantanamo.

Lors de la discussion, des intervenants du collège gouvernemental soulignaient qu'il s'agissait dans la plupart des cas de fonds liés à la fraude fiscale, parmi lesquels se trouvaient même des fonds extorqués à l'époque de l'Holocauste. La FINMA semblait cependant vouloir se décharger sur le Conseil fédéral de la responsabilité de la remise des données. Un membre du gouvernement maintenait clairement que c'était à la FINMA de trancher la question. Un autre membre rappelait au collège sa décision du 19 décembre 2008. Un autre membre déclarait que le DFF devait de toute urgence faire tout le possible pour permettre la conclusion de l'accord et qu'il fallait informer la FINMA des mesures prises à cette fin.

Aucune décision formelle n'a été prise à l'issue de cette discussion. Le Conseil fédéral a cependant chargé le chef du DFF de préparer, d'ici la séance suivante du Conseil fédéral, une note de discusion envisageant d'éventuelles adaptations de la CDI.

3.5.1.14 Invitation du gouvernement suisse à une audition du Sénat américain

Le 11 février 2009, l'ambassade de Suisse à Washington a reçu de la sous-commission d'enquête permanente du Sénat américain l'invitation au gouvernement suisse de mandater un représentant pour participer à l'audition du 24 février 2009[785]. L'invitation faisait part des questions qui allaient être abordées avec le gouvernement suisse:

1. Indiquer le rôle de la Suisse dans la réponse d'UBS à la *John Doe Summons* de l'*IRS* et à la demande d'informations du *DOJ;*
2. Indiquer à quel stade en sont les procédures d'entraide administrative en cours concernant la transmission de données de clients.
3. Indiquer comment le traité d'entraide judiciaire internationale et la CDI affectent la capacité d'UBS à donner suite aux requêtes de l'*IRS* et du *DOJ*.
4. Expliquer en quoi le secret bancaire suisse empêche UBS de donner suite aux demandes de l'*IRS* et du *DOJ*.

Si le gouvernement suisse décidait d'envoyer un représentant pour participer à l'audition, la sous-commission souhaiterait recevoir des réponses écrites à ses questions qui seraient annexées au procès-verbal de l'audition.

Le 12 février 2009, le chef du DFF et le président de la FINMA se sont rencontrés pour discuter de la situation concernant le dossier des activités transfontalières

785 Lettre (par courriel) du 11.2.2009, *United States Senate*, doc. 112 des trois classeurs personnels du chef du DFF.

d'UBS. Le président de la FINMA a informé le chef du DFF de la nervosité croissante des autorités américaines, mais aussi du dépôt d'une *John Doe Summons* et qu'il n'avait pas été possible d'inclure l'*IRS* dans l'accord. Le chef du DFF a confirmé la décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2008. Le Conseil fédéral était conscient de la situation et savait qu'il incomberait à la FINMA d'agir en temps voulu; par conséquent, il lui donnait le feu vert, pour autant qu'une transmission de données soit inévitable.

Le 12 février 2009, le bureau d'avocat au service de l'ambassade de Suisse à Washington D.C. a rédigé un memorandum concernant la *John Doe Summons*. Il concluait que la transmission de données de clients dans le cadre de l'accord entre UBS et le *DOJ* accentuerait la pression sur le gouvernement suisse pour que celui-ci fasse d'autres exceptions au secret bancaire ou aux procédures d'entraide administrative. L'*IRS* de son côté procéderait à une analyse des risques d'un procès à l'encontre d'UBS. Dans cette optique, il n'était pas totalement exclu que l'*IRS* restreigne l'ampleur de sa requête en faveur d'une conclusion du *Deferred Prosecution Agreement*. Toutefois, l'*IRS* était soumis à de fortes pressions du Congrès américain, raison pour laquelle sa stratégie n'était que difficilement prévisible.

3.5.1.15 Information de la FINMA sur les menaces contre UBS

Le 13 février 2009, le vice-président du conseil d'administration d'UBS et le *Group General Counsel* d'UBS écrivaient une nouvelle fois à la FINMA. Ils soulignaient la situation inextricable d'UBS et les conséquences désastreuses d'un *indictment*. Ils sollicitaient la FINMA d'ordonner à UBS d'effectuer la transmission des données de clients aux autorités américaines compétentes.

Ce même jour, une téléconférence avait lieu entre le président de la FINMA, le chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA et le *General Counsel* de la *Fed*. Le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC a pu écouter la discussion sans y participer et il en a fait un compte-rendu[786]. D'abord, le chef de la Division services stratégiques et centraux de la FINMA aurait expliqué au chef de la Division des affaires internationales de l'AFC en quoi constitait l'accord *DPA* entre UBS et le *DOJ* (780 millions de dollars et une transmission de 200 à 300 données de clients, sans participation de l'*IRS*). D'après ces explications, UBS serait tenue de rembourser à l'AFC tous les frais occasionnés (frais de personnel et découlant d'actions en dommages-intérêts des avocats concernés dans le cadre de la procédure d'entraide administrative). La lettre menaçant d'une mise en oeuvre de l'*indictment* interviendrait après la signature de l'accord. Dans la discussion, le président de la FINMA aurait dit au représentant de la *Fed* que la CFB (FINMA) avait donné le feu vert à UBS pour négocier l'accord *DPA* dès le mois de décembre 2008. Le représentant de la *Fed* aurait expliqué que la *Fed* n'avait pas de veto sur les décisions du *DOJ,* mais seulement un droit de conseil, par exemple sur les conséquences financières et économiques pour la Suisse et les Etats-Unis d'un *indictment* à l'encontre d'UBS. Puis, la question des dirigeants d'UBS avait été abordée, notamment en ce qui concernait Peter Kurer et Marcel Rohner. Le président de la FINMA avait voulu savoir si ces personnes devaient aussi s'attendre à un *indictment*

786 Note du 13.2.2009, AFC, doc. 115 des trois classeurs personnels du chef du DFF.

et si elles pouvaient à nouveau voyager librement aux Etats-Unis. Selon le *General Counsel* de la *Fed,* une solution n'avait pas encore été trouvée à ce sujet. Cependant, aux yeux des autorités américaines, il n'était guère compréhensible que Peter Kurer et Marcel Rohner ne se soient pas retirés de leur fonction au vu des infractions commises par UBS au cours des huit dernières années. Le chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA avait alors affirmé au représentant de la *Fed* que selon l'enquête de la CFB, Peter Kurer et Marcel Rohner ne portaient pas de responsabilité particulière dans l'affaire. Certes, ils auraient commis des erreurs, mais il n'y avait pas assez d'indices pour qu'une procédure juridique puisse être entamée.

3.5.2 Transmission de données de clients aux USA le 18 février 2009

3.5.2.1 Préparation finale de la transmission de données de clients

La FINMA avait adressé, le 13 février 2009, une lettre ainsi qu'un rapport sur l'état des lieux du dossier au chef du DFF pour qu'il puisse en informer le Conseil fédéral[787].

Le rapport répétait les dangers incommensurables pour la finance et l'économie suisse d'un *indictment* contre UBS, car la banque se verrait confrontée à une faillite en très peu de temps. La FINMA annonçait que lors de sa prochaine séance du 18 février 2009, son conseil d'administration devrait se résoudre à prendre une décision de mesure protectrice basée sur les art. 25 et 26 LB[788], ordonnant ainsi la transmission d'un nombre limité de données de clients dans le but d'éviter l'insolvabilité d'UBS, laquelle résulterait immanquablement d'un *indictment* du *DOJ* contre la banque. La FINMA laissait cependant entendre qu'un soutien politique était vivement attendu et fort souhaité. Presque quatre mois après le constat par les autorités suisses de l'inflexibilité américaine quant à l'exigence d'une transmission de données de clients et suite aux appels pressants du conseil d'administration d'UBS à ordonner une telle transmission, la FINMA était sur le point de se résigner à céder. Une telle décision permettrait de remplir toutes les conditions spécifiées par l'accord sur le point d'être conclu entre UBS et le *DOJ*. Le rapport faisait aussi clairement état de la situation avec l'*IRS* qui refusait d'être partie prenante de l'accord. Il fallait donc s'attendre à la mise en exécution de la *John Doe Summons* avant l'audition de la sous-commission d'enquête permanente du Sénat au mois de janvier 2009, car l'*IRS* était sous une forte pression.

Dans un courriel du 13 février 2009[789], l'ambassade des Etats-Unis à Berne transmettait une communication du *DOJ* à Alexander Karrer, laquelle soulignait

787 Rapport de situation dans le classeur nº 1 de la FINMA: chronologie des événements, UBS *cross-border*, avec annexes.
788 RS **952.0**.
789 Courriel du 13.2.2009, *Embassy of the United States of America*, doc. 113 des trois classeurs personnels du chef du DFF.

l'urgence d'une résolution du problème afin d'éviter des poursuites pénales à l'encontre d'UBS[790].

Le 14 février 2009, le chef du DFF s'entretenait avec le président de la FINMA. Après avoir pris connaissance des documents relatifs à la situation d'UBS, le chef du DFF a estimé pouvoir se satisfaire de la solution de dernier recours envisagée par la FINMA. Il en informerait le Conseil fédéral lors de sa prochaine séance.

Le 15 février 2009, le chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA transmettait par courriel[791] au vice-président de la BNS, à Alexander Karrer, au chef de la Division des affaires internationales de l'AFC et au directeur de l'AFC, le rapport de situation du 13 février 2009 ainsi qu'une version courte du rapport de l'enquête de la CFB sur les activités transfrontalières d'UBS.

Dans le rapport de situation de la FINMA du 13 février 2009, il était également fait état du *DPA* qui avait été conclu le 13 février 2009 entre UBS et le *DOJ*. Ce *DPA* devait encore être approuvé par un tribunal américain le 18 février 2009. Le rapport de situation présentait le résultat des négociations d'UBS avec les autorités américaines. En effet, depuis la décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2008, UBS avait reçu le feu vert de la FINMA pour négocier un accord prévoyant la transmission d'un nombre limité de données de clients aux autorités américaines; les prémisses étant qu'en cas de nécessité absolue, c'est-à-dire en cas de plainte pénale imminente contre UBS, la FINMA ordonnerait une telle transmission pour autant que celle-ci permette de bannir des poursuites judiciaires qui auraient mis l'existence même de la banque en péril. La FINMA avait donc suivi au jour le jour l'évolution des négociations et en avait régulièrement informé l'AFF ainsi que plusieurs fois le chef du DFF et la BNS.

L'accord signé contenait différents mécanismes et éléments importants. Il prévoyait qu'UBS assume la responsabilité totale pour les violations des dispositions fiscales américaines commises et que – sous divers titres – elle s'acquitte à verser des dédommagements de 780 millions de dollars au total, dont 380 millions de suite au *DOJ* et à la *SEC*, tandis que 400 millions seraient à verser ultérieurement à l'*IRS*. Cette dernière somme pouvait être compensée par d'éventuelles rentrées d'argent provenant de rappels d'impôts et d'amendes en relation avec les données de clients transmises. UBS s'engageait aussi à se retirer des activités transfrontalières aux Etats-Unis, et à l'avenir à prendre ses responsabilités envers ses clients américains en leur demandant le formulaire *W-9* de l'*IRS* dans le cadre de l'*Exit-Program*, une entité d'UBS enregistrée auprès de la *SEC*. Le comité des risques du conseil d'administration d'UBS devait contrôler cet *Exit-Program* et la banque devait en rendre compte dans son rapport trimestriel. De plus, UBS s'engageait à mettre en place un système de contrôle de conformité aux règles du *QIA;* il s'agissait en l'occurence du *QI Compliance Program.* UBS s'engageait en outre à faire des efforts pour que la coopération avec les autorités américaines impliquées se fasse sans difficulté. Elle devait également faire contrôler la conformité de ses activités par des sociétés d'audit et de révision. A condition qu'UBS se conforme entièrement aux dispositions de l'accord, la banque ne subirait pas de poursuites judiciaires pendant un délai de 18 mois, ce délai pouvant être prolongé par le *DOJ* selon des

790 *«The possible resolution under concideration by the parties is a fragile one, and the Department of Justice has urged that we not miss the opportunity to resolve this matter without the need for criminal proceedings.»*

791 Courriel du 15.2.2009, FINMA, doc. 140 du dossier guide du DFF.

conditions déterminées et sans possibilités de recours (d'où le nom de *Deferred Prosecution Agreement*). A l'échéance du délai, c'est-à-dire le 18 août 2010, le *DOJ* se chargerait de mettre fin à ses procédures pour autant qu'aucune infraction aux conditions de l'accord n'ait été constatée.

La condition *sine qua non* à la conclusion de l'accord pour le *DOJ* – avec le soutien des autres autorités américaines impliquées – résidait dans la transmission d'un nombre limité de données de clients américains d'UBS au *DOJ*. Au ch. 9 de l'accord et dans la *Account Disclosure Letter,* avaient été définies précisément les données de clients à transmettre. Environ 200 à 300 comptes étaient concernés. Les clients en question étaient soupçonnés de délits fiscaux au sens du protocole de l'art. 26 de la CDI. Ces documents concernant les comptes des clients étaient fort détaillés et représentaient, selon UBS, 170 627 pages. Les documents de l'accord étaient le *DPA* (rendu public), l'exposé des faits (rendu public) et l'*Account Disclosure Letter* (restée confidentielle).

Malgré des négociations acharnées, il n'avait pas été possible d'inclure l'*IRS* dans l'accord et plus particulièrement d'amener l'*IRS* à renoncer à exécuter la *John Doe Summons*, ceci quand bien même l'autorité fiscale américaine était aussi au bénéficiaire des dédommagements payés par UBS. La problématique de la *John Doe Summons* avait été traitée de la manière suivante dans le *DPA:* UBS pouvait faire appel au respect du droit suisse devant un tribunal américain. Si le tribunal donnait raison à la banque, l'*IRS* devrait renoncer à l'exécution de la *John Doe Summons*. UBS pouvait donc se défendre contre l'exécution de la *John Doe Summons* sans compromettre pour autant le *DPA* conclu avec le *DOJ*. Cependant, les autorités américaines n'accepteraient pas qu'UBS invoque une contradiction avec le droit suisse comme un argument valable pour la non-conformité à une éventuelle exécution de la *John Doe Summons*. Dans le cas où UBS aurait utilisé sans succès tous les instruments juridiques contre la *John Doe Summons*, la non-conformité à une exécution de celle-ci pourrait être considérée par le gouvernement américain comme une violation du *DPA*, ce qui, théoriquement, lui conférerait à nouveau la possibilité de déposer une plainte pénale contre UBS. Au préalable, la *Fed* serait consultée sur la question; bien qu'elle n'ait pas un droit de veto, cette consultation lui permettrait de faire valoir des arguments concernant les conséquences financières et économiques d'une décision de déposer une plainte pénale contre UBS.

Selon la FINMA, les négociations avec la *SEC* s'étaient relativement bien passées. Les parties avaient élaboré leur memorandum à l'attention du tribunal du District de Columbia, lesquels reproduisaient les faits en détail. Il s'ensuivait que, depuis 1999, UBS avait exercé aux Etats-Unis des activités de *Broker-Dealer* (courtier), soumises à une autorisation de la *SEC,* et des activités d'*Investment Adviser* (conseiller en investissements), activités exercées toutes deux en violation des règles prévues par la *SEC*. Le bénéfice que la banque aurait dégagé au travers de ces activités a été estimé à 200 millions de dollars. Le tribunal serait invoqué afin d'interdire d'autres violations des restrictions de la *SEC* et d'ordonner le remboursement des gains illégitimes.

Dans son rapport de situation, la FINMA a présenté trois options possibles:

1. *Aucune intervention de la FINMA ou d'une autre autorité suisse / attendre la demande d'entraide administrative:* ni la FINMA, ni aucune autre autorité suisse n'interviennent; elles laissent à la banque le soin de gérer la suite des opérations. Cette option a été jugée extrêmement risquée. La FINMA a pré-

cisé que, jusque-là, la banque avait été conseillée dans ce sens: il s'agissait de la laisser négocier (presque) jusqu'au point final. La FINMA indiquait que sans son appui, c'est-à-dire sans l'aval des autorités suisses, UBS ne transmettrait aucune donnée relative à ses clients à des autorités américaines, tant il est vrai que cela aurait des conséquences juridiques imprévisibles pour la banque et pour ses organes. Dans ce rapport, la FINMA indiquait que le dépôt de plainte devenait de plus en plus probable étant donné que, selon toute probabilité, le TAF ne parviendrait pas à se déterminer sur la demande d'entraide administrative dans un délai utile et que, de plus, il n'était de toute évidence pas certain que ce dernier rejette les recours des clients d'UBS. La FINMA a souligné qu'un échec de la voie administrative aboutirait à une aggravation de la situation, surtout que, aux Etats-Unis, l'immobilisme des autorités suisses serait interprété comme un refus de coopérer et ne manquerait pas d'être perçu comme une provocation supplémentaire. Pour la FINMA, cette option n'était pas intéressante étant donné qu'en cas de réalisation du scénario le plus défavorable, elle n'aurait d'autre choix que d'affronter les suites d'une plainte et de ses conséquences pour la banque et la stabilité de la place financière suisse.

2. *La FINMA ordonne des mesures protectrices:* eu égard à la menace qui pesait sur l'existence même d'UBS, la FINMA a envisagé d'obliger la banque à livrer au *DOJ* des données relatives à certains de ses clients en ordonnant des mesures protectrices au sens de l'art. 25, en liaison avec l'art. 26, de la loi sur les banques. La FINMA estimait que les risques juridiques et politiques de cette manière de procéder étaient considérables, mais qu'avec cette option, le *DOJ* renoncerait à la voie judiciaire. C'est pourquoi le conseil d'administration de la FINMA a été chargé le même jour d'ordonner de telles mesures le mercredi suivant (18 février 2009). Le rapport souligne toutefois que cette option ne résoud pas la problématique du *John Doe Summons.* La FINMA s'est également demandé s'il fallait explicitement interdire à UBS de transmettre des données autres que celles relatives à ses clients américains concernés par un ordre de blocage. Le rapport précise que la FINMA y avait renoncé jusque-là, mais que, en cas d'escalade du conflit, cette mesure pourrait être ordonnée afin de souligner la crédibilité de l'application du droit en Suisse. Mais les autorités politiques seraient totalement responsables de cette décision. En revanche, le rapport conclut que la FINMA ne saurait justifier une telle mesure en invoquant la prévention contre un possible départ de liquidités.

3. *Intensifier les discussions à l'échelon politique:* la FINMA n'ordonne pas de mesures protectrices, c'est-à-dire qu'elle n'oblige pas UBS à transmettre les données de certains de ses clients comme l'exigent les Etats-Unis. Simultanément, les représentants politiques interviennent de manière ciblée et soutenue auprès des autorités américaines. Dans son rapport, la FINMA a estimé que, dans ce cas de figure, le premier objectif aurait été d'éviter le dépôt d'une plainte contre UBS et la problématique du caractère non nominatif de la demande d'entraide aurait dû être traitée dans un deuxième temps. La direction de la FINMA a souligné que le choix de ce scénario était subordonné à l'aval des autorités politiques. Elle a également mentionné que, eu égard aux expériences faites au cours des mois précédents et à la situation du moment, elle estimait que cette manière de procéder ne permettrait plus

d'éviter le dépôt de plainte contre UBS et que les discussions à l'échelon politique devaient être vues en tant que complément (indispensable) à des mesures protectrices, mais ne sauraient les remplacer.

Le chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA faisait aussi savoir que l'accord avait été approuvé par le conseil d'administration d'UBS et que le vice-président du conseil d'administration et le *Group General Counsel* d'UBS avait prié la FINMA, le 13 février 2009, d'ordonner la transmission de données de clients d'UBS au *DOJ*. Le *DOJ* voulait encore faire parvenir dans les prochains jours à UBS une lettre la menaçant d'une inculpation (*indictment*)

Le 15 février 2009, le chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA transmettait par courriel[792] au vice-président de la BNS, à Alexander Karrer, au chef de la Division des affaires internationales de l'AFC et au directeur de l'AFC, le rapport de situation du 13 février 2009 ainsi qu'une version courte du rapport de l'enquête de la CFB sur les activités transfrontalières d'UBS.

Le 16 février 2009, le rapport de situation tout comme les documents concernant l'accord étaient envoyés au conseil d'administration de la FINMA.

3.5.2.2 Menaces d'inculpation contre UBS

Le 17 février 2009, le *DOJ*, la *SEC* et UBS avaient négocié l'accord. Au dernier moment, UBS avait fait part d'un autre problème à la FINMA, à savoir la *Grand Jury Subpoena* du New-York *County District Attorney's Office* encore pendante. Le procureur de l'Etat de New-York était en mesure d'exercer les mêmes menaces que le *DOJ*. Par conséquent, dans le but de résoudre ce problème, la FINMA avait également ajouté une nouvelle clause à sa décision d'ordonner la transmission de données de clients américains d'UBS. Cette clause permettait au *DOJ* de transmettre au procureur de l'Etat de New-York, parmi les données de clients transmises, les noms des contribuables américains qui résidaient dans son district.

Le 17 février 2009, le *DOJ* envoyait sa lettre menaçant UBS d'une inculpation au *Group General Counsel* de la banque. Dans cette lettre, le *DOJ* se déclarait disposé, sous réserve de l'approbation de la Cour compétente, à conclure le *DPA*[793] avec UBS. Par cet accord, UBS admettait les délits criminels comme décrits dans l'exposé des faits et acceptait la responsabilité des fautes professionnelles de ses employés. UBS se déclarait d'accord de prendre des mesures pour que ces fautes ne se reproduisent plus et de coopérer à l'avenir avec le *DOJ*. La menace en fin de la lettre était la suivante:*«If UBS fails to enter into this deferred prosecution agreement with the Department of Justice by February 18, 2009, the trial team will immediately seek authorization to obtain a criminal indictment against the bank*[794]*».*

Le 18 février 2009, la FINMA transmettait au chef du DFF un premier exemplaire non signé de la lettre du *DOJ* reçue par le *Group General Counsel* d'UBS.

792 Courriel du 15.2.2009, FINMA, doc. 140 du dossier guide du DFF.
793 Poursuite différée par un accord.
794 Classeurs de courriels n° 1 de la FINMA: chronologie des événements, UBS *cross-border*, avec annexes, annexe relative à la ligne n° 75

3.5.2.3 Discussion au Conseil fédéral sur la remise imminente de données de clients d'UBS

Pour sa part, le Conseil fédéral se penchait également sur cette affaire en ce mercredi 18 février 2009. Il ressort du «procès-verbal vert» de cette séance du gouvernement, que la procédure contre UBS aux Etats-Unis figurait en tant que point de l'ordre du jour de la liste verte.

Le 17 février 2009, le chef du DFF avait remis une note de discussion signée, mais non datée, relative à la procédure contre UBS aux Etats-Unis en prévision de la séance du Conseil fédéral du lendemain.

Les annexes suivantes ont également été présentées: le projet du dispositif d'ordonnance, le rapport de situation de la FINMA du 13 février 2009, le projet de rapport succinct de la FINMA relatif à l'enquête de la CFB concernant l'activité transfrontalière d'UBS avec des clients privés aux USA (en allemand uniquement), la lettre que le DFF avait adressée au *DOJ* le 8 juillet 2008, la lettre des chefs du DFF et du DFJP au Trésor américain et au *DOJ* du 10 novembre 2008, l'invitation de la sous-commission permanente d'enquête du Sénat américain du 11 février 2009 et une note d'information du DFAE du 16 février 2009 portant sur l'audition par cette sous-commission.

La note de discussion du DFF présentait tout d'abord le contexte de l'affaire en se référant au rapport de situation de la FINMA du 13 février 2009, avant de passer à des réflexions de nature politique. Elle mentionnait en outre les auditions par la sous-commission sénatoriale permanente présidée par le sénateur Carl Levin.

La note indiquait que cette sous-commission du Sénat enquêtait sur le recours par des contribuables américains aux services de banques des paradis fiscaux (*offshore secrecy jurisdictions*) et qu'une première audition avait eu lieu le 17 juillet 2008, soit le même jour que la publication par cette même sous-commission sénatoriale d'un rapport sur les banques dans les paradis fiscaux et la conformité de leurs activités avec le droit fiscal américain[795]. Le DFF précisait que les banques visées étaient UBS et la banque liechtensteinoise LGT et que si cette dernière n'avait pas donné suite à cette convocation, UBS s'était exécutée et avait annoncé officiellement son retrait du marché des affaires transfrontalières avec des clients privés américains. La note mentionnait également l'audition du 11 septembre 2008 devant la sous-commission sénatoriale permanente ainsi que l'audition qui allait avoir lieu le 24 février 2009 afin d'obtenir les noms des clients américains détenant des comptes suisses (*Tax Haven Banks und U.S. Tax Compliance – Obtaining the Names of US. Clients with Swiss Accounts*).

La note de discussion du DFF annonçait que, lors de l'audition du 24 février 2009, la sous-commission sénatoriale prévoyait de poursuivre ses investigations, en particulier au sujet du rôle de la Suisse concernant la demande d'informations des autorités américaines, de l'état de la demande d'entraide administrative et, d'une manière plus générale, des dispositions régissant l'entraide judiciaire et l'entraide administrative entre les deux pays ainsi que des limites imposées par le secret bancaire.

795 *United States Senate, Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, Tax haven banks and U.S. tax compliance, Staff report, 17.7.2008.*

Le DFF mentionnait aussi la note du 16 février 2009 que le DFAE avait adressée au Conseil fédéral pour l'informer de l'invitation faite à la Confédération de participer à cette audition. Si, dans sa note, le DFF recommandait de ne pas l'accepter étant donné qu'une invitation adressée au gouvernement d'un Etat souverain à participer à une audition par le Congrès américain était inhabituelle et devait être considérée comme délicate, il recommandait en revanche de répondre aux questions écrites qui l'accompagnaient.

Le point 2 de la note de discussion du DFF présentait les procédures en cours en Suisse et soulignait la coopération intense des autorités suisses avec les autorités américaines au cours des mois précédents. La note évoquait également les discussions approfondies entre la CFB et la BNS. Sous ce point, la note indiquait en outre que les chefs du DFF et du DFAE avaient assuré les autorités américaines que la Suisse ne protégeait pas la fraude fiscale et qu'ils s'employaient à faire respecter les conventions passées entre les deux Etats. Elle relevait aussi le fait que, vers fin 2008, le *DOJ* ne s'était plus montré disposé à respecter les procédures prévues par la CDI en ce qui concerne UBS et avait menacé de déposer une plainte contre la banque, plainte jugée susceptible de mettre en péril son existence même, raison pour laquelle le Conseil fédéral avait, le 19 décembre 2008, prié la CFB de prendre toute mesure utile pour empêcher un tel dépôt de plainte dans l'intérêt de la stabilité tant du système financier suisse que du système financier global.

En ce qui concerne le rapport de situation de la FINMA du 13 février 2009, la note rappelait qu'il avait été rédigé à l'attention du collège du Conseil fédéral et qu'il révélait qu'UBS, la *SEC* et le *DOJ*, mais pas l'*IRS*, avaient négocié un arrangement portant notamment sur la transmission de données relatives à un certain nombre de clients d'UBS en dehors de la procédure d'entraide administrative en cours. La note précise que, selon la FINMA, le *DOJ* avait, dans un projet de lettre du 13 février 2009, réitéré sa menace de dépôt de plainte contre UBS, mais que le DFF ne disposait pas de ce document. Dans son rapport, la FINMA estimait que seule la production immédiate de données relatives à 250 à 300 clients concernés pouvait encore empêcher le *DOJ* d'emprunter la voie judiciaire et que, le mercredi 18 février 2009, après la séance du Conseil fédéral, le conseil d'administration de la FINMA allait se prononcer sur la proposition dans ce sens préparée par sa direction, cela afin de ne pas mettre l'existence d'UBS en péril.

En ce qui concerne l'échange de documents officiels entre la Suisse et les Etats-Unis, la note d'information du DFF relevait que la Suisse n'en avait jusque-là reçu que deux (le projet d'une demande d'entraide judiciaire du *DOJ* en juin 2008 et, le 16 juin 2008, la demande d'entraide administrative du Trésor). La note indiquait que, eu égard à l'intensification de la pression exercée par le *DOJ*, le DFF avait adressé deux lettres officielles aux autorités américaines (lettre du DFF au *DOJ*, du 8 juillet 2008, et lettre des chefs du DFF et du DFAE au Trésor et au *DOJ*, du 10 novembre 2008) et que, le 12 février 2009, le chef du DFF avait reçu la chargée d'affaires américaine en Suisse. Celle-ci lui avait transmis un message officiel du *DOJ* qui soulignait en substance que la solution envisagée par les parties était fragile et *le DOJ* avait appelé à ne pas manquer l'occasion de résoudre le problème sans passer par la voie judiciaire (*«The possible resolution under consideration by the parties is a fragile one, and the Department of Justice has urged that we not miss the opportunity to resolve this matter without the need for criminal proceedings.»*).

En ce qui concerne le traitement de la demande d'entraide administrative, la note précisait, pour l'essentiel, que l'AFC occupait 40 personnes pour traiter les cas, que

sur les 348 dossiers concernés, 26 avaient fait l'objet d'une ordonnance de clôture dont aucune n'était encore entrée en force et que l'AFC avait rendu sa réponse sur un recours en instance auprès du TAF dont la décision était attendue vers la mi-avril 2009.

La note indiquait en outre que le *DPA* qu'UBS avait conclu avec le *DOJ* ne couvrait pas la procédure civile contre inconnu envisagée par l'*IRS* (*John Doe Summons*) et qu'il n'était pas possible d'exclure que, au cours des jours qui allaient venir – c'est-à-dire encore avant l'audition devant la sous-commission permanente d'enquête du Sénat américain du 24 février 2009 –, l'*IRS* décide d'entamer cette procédure (*enforcement proceeding*) et de rendre sa décision publique. Selon la FINMA, le *DPA* permettait à UBS de se défendre contre la *John Doe Summons*, mais prévoyait que si le tribunal devait confirmer la décision de transmission de données concernant un nombre supplémentaire de clients et qu'UBS ne s'y conformait pas, l'accord conférait alors au gouvernement américain la possibilité de déposer une plainte pénale contre la banque.

En prévision des remous importants et des discussions relatives au secret bancaire et aux responsabilités respectives d'UBS, des autorités de surveillance et du Conseil fédéral que la décision de la FINMA ne manquerait pas de provoquer dans l'opinion publique suisse, la note de discussion du DFF abordait également l'aspect de la communication et de la publicité de la décision. Le DFF proposait que, tôt le matin du jour suivant, la ChF publie un avis dont la teneur serait la suivante: 1. La protection et le maintien du bon fonctionnement du système financier suisse sont un objectif important du Conseil fédéral. 2. Le Conseil fédéral a pris acte du fait que la FINMA a décidé, à l'égard d'UBS, une mesure protectrice l'obligeant à remettre aux autorités de poursuite pénale américaines des données relatives à des clients de la banque. La FINMA est parvenue à la conclusion qu'à défaut d'une telle transmission, les autorités américaines auraient déposé une plainte pénale contre UBS et n'auraient pas été disposées à attendre l'issue de la procédure d'entraide administrative déposée auprès de l'AFF. La FINMA a assuré le Conseil fédéral qu'une telle plainte aurait menacé l'existence d'UBS et déstabilisé le système financier aussi bien suisse qu'international. 3. Le Conseil fédéral a également pris acte du rapport de la FINMA sur l'affaire UBS/Etats-Unis. Dans ce rapport, la FINMA parvient à la conclusion que la banque et certains de ses collaborateurs s'étaient rendus coupables de manquements en rapport avec les relations d'affaires transfrontalières entretenues par UBS avec des clients privés américains. Le Conseil fédéral condamne les actes coupables d'UBS et de certains de ses représentants aux Etats-Unis et souligne que de tels agissements ne portent pas seulement préjudice à UBS, mais également à la place financière suisse dans son ensemble. Le Conseil fédéral attend de tous les intermédiaires financiers qu'ils respectent la législation suisse et celle des pays dans lesquels ils travaillent. 4. Le secret bancaire est maintenu. Il protège la sphère privée. Il ne protège en revanche pas les fraudeurs du fisc. Au cours de ces dernières années, la Suisse a élargi la coopération transfrontalière en matière fiscale. Le Conseil fédéral est disposé à poursuivre l'élargissement de cette coopération. Il a notamment informé l'UE de sa disposition à discuter de l'élargissement de l'accord relatif à la fiscalité de l'épargne et d'une extension de ce système à d'autres Etats.

Au sujet de l'invitation de Carl Levin, président de la sous-commission permanente d'enquête du Sénat américain (SPESA), adressée le 11 février 2009 aux autorités suisses, la note du DFF reprenant la note de discussion du DFAE du 16 février 2009,

indique que la Suisse avait été invitée à envoyer un représentant lors de l'audition du 24 février 2009.

La note du DFF précise que la SPESA souhaitait aborder la question du rôle de la Suisse en rapport avec les demandes d'informations du *DOJ* et de l'*IRS*, l'état de la procédure d'entraide administrative et, plus généralement, les modalités de l'entraide administrative en Suisse ainsi que les limites imposées par le secret bancaire. La note soulignait en outre que, pour le cas où la Suisse devait décider de donner suite à l'invitation de la SPESA, celle-ci souhaitait que la Suisse lui remette, avant le 20 février, un avis écrit sur ces différents points.

La note du DFF insistait sur le fait que l'invitation d'un Etat étranger à participer à une audition devant le Congrès américain était tout à fait inhabituelle, qui plus est dans le contexte d'une procédure judiciaire ou de différends politiques entre les deux Etats. Elle rappelait que la dernière fois que la Suisse avait participé à une audition de ce genre, c'était dans le cadre de la discussion relative à l'affaire des fonds en déshérence et que, même en n'étant pas formellement cité à témoigner sous serment, le simple fait de participer à une telle audition est dans les faits perçu comme une déposition sous serment. Dans sa note, le DFF rappelle que l'expérience d'une audition sous l'œil de la caméra a montré que l'objectif principal poursuivi n'est pas de trouver une solution. La note relève que, outre le gouvernement suisse, des représentants d'UBS, du *DOJ* et de l'*IRS* avaient également été invités à participer à l'audition du 24 février 2009.

Dans sa note, le DFF estimait que, dans le cadre d'une telle audition, la Suisse n'aurait pu paraître à son avantage qu'en apportant un message allant dans le sens voulu par le sénateur Levin, mais ceci n'étant pas possible (la distinction entre fraude fiscale et soustraction fiscale ne pouvait être discutée), la Suisse aurait en tout état de cause été critiquée. De plus, à moyen terme, le fait que la Suisse ait ou non répondu à l'invitation n'aurait aucune influence positive ou négative sur la pression que les Etats-Unis se préparaient à exercer sur le secret bancaire. Dans sa note d'information, le DFF estimait qu'il était évident que la SPESA parviendrait de toute façon à la conclusion que la Suisse ne faisait pas montre d'une volonté de coopérer suffisante et qu'elle allait inviter le gouvernement américain à prendre les mesures qui s'imposent, voire activer des projets de loi dirigés contre la Suisse, tels que le *«Stop tax haven abuse act»*. Le DFF a en outre estimé qu'en cas de participation à l'audition, la Suisse se verrait publiquement accusée de protéger les auteurs de soustractions fiscales américains sans pouvoir réfuter cette critique de manière crédible, alors qu'en répondant aux questions de la SPESA et en prenant position par écrit sur les points qu'elle a évoqués, la Suisse pourrait faire montre de sa disposition à dialoguer tout en atténuant les répercussions négatives suscitées par son absence.

En introduction à la discussion au sein du collège gouvernemental de cette note d'information du DFF, le chef du DFF avait expliqué que le conseil d'administration de la FINMA prendrait sa propre décision après que le Conseil fédéral se soit prononcé. Il avait également précisé qu'il ne disposait pas encore de la lettre menaçant UBS de mise en accusation (*indictment*) et estimé que, sans cet écrit, il n'était pas envisageable d'ordonner la remise de données relatives à certains clients de la banque. Il avait ajouté que les négociations de l'accord avaient abouti.

Plusieurs membres du collège gouvernemental avaient demandé que les interventions soient inscrites au procès-verbal et prié la ChF d'envoyer le compte rendu aux participants avant la fin de la matinée du lendemain.

Lors de la discussion qui avait suivi, certains membres du collège avaient critiqué la lenteur de la procédure à l'échelon du DFF. La remarque avait été également faite qu'il aurait été judicieux de discuter des délais de la procédure avec le tribunal compétent. Un membre avait notamment souligné que si la loi sur les banques habilitait la FINMA à donner des instructions à une banque, elle ne lui donnait toutefois pas la compétence de prendre des mesures d'urgence susceptibles de restreindre le droit de s'adresser au juge inscrit dans la Constitution et que seul le Conseil fédéral était habilité à recourir au droit d'urgence. Il avait été relevé qu'il n'était pas possible d'exclure que le tribunal puisse admettre certains recours et que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être exclue que si le Conseil fédéral ordonnait le transfert des données en se fondant directement sur la Constitution. De plus, il avait été relevé que le projet de décision soumis mentionnait que le Conseil fédéral avait pris acte de la démarche de la FINMA et que cette action était constitutive. La situation avait été jugée équivoque dans la mesure où, bien que voulant demeurer en dehors de l'affaire, le Conseil fédéral prenait quand même une décision.

En ce qui concerne les bases légales d'une ordonnance de remise de données prononcée par la FINMA, proposition avait été faite au sein du collège gouvernemental de soumettre le projet de décision à une analyse juridique afin d'en vérifier la pertinence.

Au sujet de la démarche, un autre membre du collège gouvernemental avait relevé que le Conseil fédéral ne pouvait pas prendre de décision avant la FINMA et qu'il appartenait à la FINMA d'assumer ses obligations en matière de surveillance et au Conseil fédéral d'en prendre acte. Dans le cas contraire, la FINMA pourrait reprocher au Conseil fédéral de lui avoir fait une recommandation. La motion d'ordre suivante avait été déposée: 1. conclusion de l'accord, 2. décision de la FINMA, et 3. le Conseil fédéral prend acte de cette décision. Il avait également été précisé qu'il fallait que toute demande d'aide qu'UBS aurait pu adresser à la FINMA soit également documentée.

Une autre opinion exprimée lors de la discussion au sein du collège gouvernemental était qu'il fallait limiter les dégâts et éviter que le Conseil fédéral doive recourir aux dispositions du droit de nécessité de la Constitution.

Un membre du collège gouvernemental estimait qu'une analyse avait montré qu'il n'était pas possible d'admettre un état de nécessité licite. En outre, le collège gouvernemental n'avait jamais discuté l'opportunité d'ordonner la remise aux autorités américaines de données concernant certains clients d'UBS en recourant à ses compétences constitutionnelles en cas d'urgence et qu'en tout état de cause, il ne lui incombait pas de prendre l'initiative dans cette affaire.

La procédure selon la décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2008 avait été évoquée à plusieurs reprises. La motion d'ordre n'avait pas été contestée.

A la fin de la discussion, le collège gouvernemental avait unanimement décidé de s'en tenir à la procédure arrêtée par la décision du 19 décembre 2008. La proposition relative à l'analyse des bases légales avait été abandonnée tacitement.

3.5.2.4 Décision de la FINMA: mesures protectrices sur la base des art. 25 et 26 de la loi sur les banques (LB)

Dans l'après-midi du 18 février 2009, le conseil d'administration de la FINMA décidait d'une mesure protectrice selon les art. 25 et 26 LB[796] et ordonnait à UBS de transmettre immédiatement la série de données concernant certains clients d'UBS correspondant aux critères déterminés dans l'*Account Disclosure Letter* (lettre de divulgation de comptes).

En même temps, durant cet après-midi du 18 février 2009, la FINMA recevait d'UBS un second exemplaire signé de la lettre du *DOJ* menaçant UBS d'une inculpation.

Puis, la FINMA faisait parvenir au chef du DFF un memorandum de l'accord pour la séance du Conseil fédéral. Il contenait une description des mécanismes et des éléments essentiels de l'accord avec le *DOJ* et la *SEC*, proche de ce qui avait déjà été décrit dans le rapport de situation du 13 février 2009. Le nombre de données de clients concernait, selon UBS, 255 comptes, mais aucune autorité suisse n'a vérifié ce qui a été transmis.

Le même soir, le Conseil fédéral s'était réuni une fois encore pour une brève séance. Il devait prendre les décisions suivantes:

1. Il prend acte du rapport de situation de la FINMA du 13 février 2009.
2. Il prend connaissance de l'arrangement passé entre UBS, la *SEC* et le *DOJ* (*Deferred Prosecution Agreement*, *DPA*), auquel l'*IRS* ne participe pas.
3. Il prend acte du fait que la FINMA avait décidé de prendre à l'encontre d'UBS une mesure protectrice au sens des art. 25 et 26 LB dans l'intérêt de la stabilité du système financier aussi bien suisse qu'international, la mesure prévoyant que la FINMA transmettrait au *DOJ* des données relatives à certains clients d'UBS que la banque soupçonnait de fraude fiscale au sens du droit suisse.
4. Il décide en outre de ne pas donner suite à l'invitation de la SPESA et que la Suisse n'enverrait pas de représentant à l'audition du 24 février 2009, mais de charger le DFF de prendre position par écrit sur les points évoqués par la SPESA.
5. En guise de conclusion, le collège gouvernemental a chargé le DFF d'examiner comment poursuivre le traitement de la demande d'entraide administrative relative à UBS et de lui communiquer ses conclusions et, le cas échéant, de lui présenter ses propositions.

Les CdG ne sont pas parvenues à savoir si le Conseil fédéral avait finalement disposé de la lettre menaçant UBS de mise en accusation (*indictment*); elles ne l'ont en effet pas retrouvée dans les documents remis par le Conseil fédéral[797].

A 21 heures 51 minutes, le *DOJ*, la *SEC* et UBS s'accordaient sur l'accord qui avait été approuvé par la Cour compétente. Cette approbation a ensuite été communiquée à la FINMA.

796 RS **952.0**.

797 Selon la FINMA, le chef du DFF a reçu par la CFB la lettre du *DOJ* contenant la menace d'inculpation (*indictment*) le 18 février 2009. Il s'agissait d'un projet de lettre approuvé. La lettre signée est parvenue dans le courant de l'après-midi du même jour.

A 22 heures, la FINMA notifiait l'approbation à UBS. Celle-ci a alors transmis le support de données à la FINMA; en dernier lieu, UBS a livré à la FINMA le mot de passe donnant accès au support de données. Une demi-heure plus tard, soit à 22 h 30, la FINMA transmettait le support de données à un représentant de l'ambassade des Etats-Unis à Berne et envoyait le mot de passe à Bruce Swartz du *DOJ*. Selon ses propres déclarations, la FINMA n'avait pas examiné les données transmises par la banque, si bien qu'elle ignore l'identité des clients concernés. Pour la FINMA, il s'agissait d'une mesure protectrice destinée à éviter à la banque de se trouver en situation d'insolvabilité et qu'il n'entrait pas dans ses attributions d'examiner ces données[798].

3.5.2.5 Information du public par la FINMA sur la remise des données de clients d'UBS

Dans un communiqué de presse du 18 février 2009, la FINMA faisait un constat de la situation. En particulier, elle se félicitait de l'accord intervenu entre UBS et les autorités américaines, lequel avait permis d'éviter une poursuite pénale formelle imminente à l'encontre de la banque aux Etats-Unis. Elle expliquait avoir ordonné la remise immédiate d'un nombre limité de données relatives à des clients d'UBS aux autorités américaines pour pouvoir prévenir au moyen d'un accord les conséquences dramatiques d'une telle poursuite pénale pour UBS et garantir la stabilité du système financier suisse. Elle mentionnait aussi avoir publié les résultats de l'enquête menée par la CFB sur les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis[799]. La FINMA relevait que, dans sa décision, la CFB avait blâmé UBS pour violation grave de dispositions de la loi suisse sur les banques par certains de ses collaborateurs et pour de graves lacunes concernant la gestion des risques juridiques dans ses relations d'affaires avec des clients américains.

Le 19 février 2009, le Conseil fédéral a publié une déclaration relative à la décision de la FINMA concernant UBS, dans laquelle il indiquait avoir pris connaissance de l'arrangement conclu par UBS avec les autorités judiciaires américaines. Il mentionnait également qu'il avait pris acte du fait que la FINMA avait décidé, à l'égard d'UBS, une mesure protectrice au sens des art. 25 et 26 LB, ceci dans l'intérêt de la stabilité du système financier aussi bien suisse qu'international et que cette décision prévoyait que la FINMA allait transmettre au *DOJ* des données de clients d'UBS que la banque soupçonnait de fraude fiscale aux termes du droit suisse. Dans cette déclaration, le Conseil fédéral soulignait en outre que la protection et le maintien du bon fonctionnement du système financier suisse en faveur de l'économie étaient un objectif important du gouvernement, que le secret bancaire était maintenu parce qu'il contribuait à la protection de la sphère privée, mais en aucun cas pour protéger les auteurs de fraude fiscale. C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral a précisé qu'il attendait de tous les intermédiaires financiers qu'ils respectent les dispositions légales. Dans sa déclaration, le Conseil fédéral a encore constaté que la FINMA assumait ses responsabilités et que les organes suisses de surveillance fonction-

798 Selon les réponses qu'Urs Zulauf a fait parvenir aux CdG par écrit après son audition du 15.4.2010.

799 Il s'agit du rapport succinct de 18 pages intitulé «Enquête de la CFB concernant l'activité transfrontalière de l'UBS avec des clients privés aux USA», publié le 18.2.2009, qui est basé sur le rapport complet et confidentiel de 161 pages achevé le 17.12.2008.

naient. Pour terminer, il a également annoncé avoir chargé le DFF d'examiner la suite à donner à la procédure d'entraide administrative concernant UBS menée par l'AFC.

Au début de l'après-midi du même jour, le président de la Confédération a tenu un point de presse au Centre de presse.

3.5.3 Rôle des autorités dans cette phase

3.5.3.1 Généralités

Après que, lors de sa séance du 19 décembre 2008, le Conseil fédéral eut établi de manière claire que la problématique devait être résolue par la CFB dans le cadre de ses compétences de surveillance, et que la tâche de l'administration centrale de la Confédération se limitait au traitement de la requête d'entraide administrative de l'*IRS*, seule une partie des autorités qui avaient participé à la phase allant de fin décembre 2008 au 18 février 2009 était encore impliquée dans ce dossier. Seules les actions de ces acteurs seront expliquées ci-après.

3.5.3.2 CFB/FINMA

Le 19 décembre 2008, la CFB avait été requise par le Conseil fédéral à prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher le *DOJ* d'exercer à l'encontre d'UBS des mesures de contrainte unilatérales et susceptibles de menacer son existence. Cette requête a été faite en connaissance du fait que la CFB pourrait ordonner la transmission de données sur la base des art. 25 s. LB.

Le 21 décembre 2008, la CFB (il s'agissait de la commission) a pris connaissance du soutien politique du Conseil fédéral. Sur la base des résultats de l'enquête de la CFB, elle a rendu à l'encontre d'UBS une décision lui interdisant de continuer les relations bancaires avec des *non-W9* et a décrété l'obligation de créer un système de management et de contrôle du risque dans les opérations transfrontalières. Dans cette décision, la CFB constatait notamment qu'UBS avait enfreint les exigences en matière de garantie d'une activité irréprochable et d'organisation prévues dans la loi sur les banques. Etaient également constatées la gravité des manques relevés dans le management et le contrôle des risques, ainsi que la méconnaissance de la plus haute direction d'UBS des manœuvres de fraude des clients américains de la banque et de la violation des restrictions de la *SEC* par certains de ses employés. Lors de la même séance, la CFB avait approuvé un projet de décision pour l'ordre éventuel de mesures protectrices au sens des art. 25 s. LB.

Le 8 janvier 2009, la FINMA – la CFB étant devenue la nouvelle FINMA à compter du 1er janvier 2009 – a transmis au chef du DFF, à Alexander Karrer, ainsi qu'au président de la BNS, une notice d'information relative aux mesures d'accompagnement sur le plan politique nécessaires à son avis dans le cas d'une éventuelle transmission de données de clients sur la base des art. 25 s. LB. Auparavant, Alexander Karrer avait informé le chef du DFF du fait que la FINMA avait de la peine avec la décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2008 et qu'elle considérait qu'un soutien politique était nécessaire à cet égard. Il avait été expliqué dans la notice d'information qu'un accord avec le *DOJ* était très vraisemblable, possible avec la

SEC et très difficile avec l'*IRS*. Dans cette notice, la FINMA a également attiré l'attention sur les conséquences possibles d'un tel accord et avait émis l'opinion qu'il provoquerait de grandes vagues sur le plan politique, raison pour laquelle l'exécutif serait sollicité.

A l'occasion d'une rencontre avec la *Fed* le 12 janvier 2009, la FINMA et la BNS ont appris que l'*IRS* ne voulait pas participer à l'accord avec UBS.

Le 1er février 2009, le vice-président d'UBS a appelé le président de la FINMA et l'a informé du fait qu'un dépôt de plainte à l'encontre d'UBS aux Etats-Unis était imminent.

Le 5 février 2009, le chef du DFF a rencontré le président de la BNS ainsi que le président de la FINMA. L'AFC avait établi une analyse de la situation en vue de cette rencontre. Le courrier d'UBS reçu le même jour a notamment été discuté lors de cette rencontre. Ce courrier indiquait qu'un dépôt de plainte était imminent. La FINMA a par ailleurs indiqué que le *DOJ* et UBS faisaient pression pour qu'une communication puisse être établie rapidement quant à un accord. Le chef du DFF s'est déclaré contre la conclusion d'un accord (respectivement contre la transmission de données de clients liée à un tel accord) sans que l'*IRS* y soit également liée, et avait également indiqué qu'à son avis, il appartenait à UBS d'agir seule. Il n'aurait par ailleurs obtenu aucun signe des autorités américaines en vue d'un remaniement de la CDI.

Le 12 février 2009, le président de la FINMA rencontrait le chef du DFF afin de procéder à un état des lieux. A cette occasion, il avait indiqué que la participation de l'*IRS* n'avait pas pu être obtenue. De son côté, le chef du DFF avait réitéré le soutien du Conseil fédéral quant au mode de procéder prévu par la FINMA.

Un courrier d'UBS du 13 février 2009 attirait à nouveau l'attention de la FINMA sur la situation de la banque, intenable selon cette dernière. UBS demandait en conséquence à la FINMA d'ordonner la transmission des données de clients.

A l'occasion d'une conférence téléphonique du même jour entre la FINMA (en présence du chef de la Division des affaires internationales de l'AFC) et la *Fed*, cette dernière autorité a été informée du fait que la CFB avait donné son feu vert à UBS en décembre 2008 déjà pour entamer des pourparlers en vue d'un accord. La *Fed* avait pour sa part indiqué qu'il n'avait pas de droit de veto dans cette affaire, mais qu'il rendrait néanmoins les autorités américaines compétentes attentives aux conséquences d'un dépôt de plainte. Avait également fait l'objet de cette conversation la situation de Peter Kurer et de Marcel Rohner. La *Fed* avait relevé à cet égard qu'il était incompréhensible du point de vue américain que ces personnes dirigeantes n'aient jamais été démises de leurs fonctions. Il avait été rétorqué sur ce point que les précités avaient certes commis des fautes, mais qu'ils ne pouvaient toutefois pas, sous l'angle du droit de la surveillance, être tenus pour responsables pour la totalité de la problématique transfrontalière.

Dans un courrier et dans un rapport, la FINMA a une nouvelle fois attiré l'attention du chef du DFF ainsi que de l'ensemble du Conseil fédéral sur les suites très graves qu'aurait un dépôt de plainte à l'encontre d'UBS et a annoncé que le conseil d'administration de la FINMA devrait, lors de sa séance du 18 février 2009, prendre la mesure de protection des art. 25 s. LB déjà évoquée. La FINMA a par ailleurs également donné des informations quant fait que l'*IRS* n'avait finalement pas participé à l'accord avec UBS, ce qui provoquerait la mise en application de la *John Doe*

Summons encore avant le 24 février 2009. Pour le surplus, le rapport donnait des informations détaillées sur le contenu du *DPA* contresigné et sur la transmission de données obligatoirement rattachée à cet accord. La FINMA a présenté dans son rapport trois options d'action, accompagnées d'une appréciation (1. aucune intervention de la FINMA, respectivement des autorités suisses, 2. mesures de protection de la FINMA sur la base des art. 25 s. LB et 3. conduite de dialogues intensifs sur le plan politique). Ce rapport a notamment été présenté à l'ensemble du Conseil fédéral par le DFF en vue de la séance du Conseil fédéral du 18 février 2009. Le rapport de la FINMA a également été transmis à la BNS (le 15 février 2009), à Alexander Karrer (le 15 février 2009), au chef de la division des affaires étrangères de l'AFC (le 15 février 2009) ainsi qu'au conseil d'administration de la FINMA (le 16 février 2009). Ce dernier a par ailleurs reçu à ce moment tous les documents relatifs au *DPA*.

En date du 18 février 2008, la FINMA a transmis au chef du DFF la version non encore signée de la lettre du *DOJ* dans laquelle celui-ci menaçait de faire le prochain pas en vue du dépôt d'une plainte (*indictement*).

Le conseil d'administration de la FINMA a siégé l'après-midi même. Il a décidé d'ordonner la mesure de protection au sens des art. 25 s. LB et a ordonné à UBS de fournir à la FINMA les données des clients. Lors de cette séance est arrivée également la version contresignée de la lettre du *DOJ* menaçant UBS d'une inculpation. La FINMA a en outre fait parvenir au chef du DFF, à l'attention de l'ensemble du Conseil fédéral, un memorandum au-sujet du *DPA*.

Après que, tard dans la soirée, le tribunal américain compétent eut ratifié l'accord conclu entre le *DOJ*, le *SEC* et l'UBS, la FINMA a transmis la liste des données clients obtenue d'UBS aux autorités américaines, en passant par l'ambassade suisse aux Etats-Unis.

La FINMA n'a pas contrôlé les listes de données transmises et n'a donc pas été informée de l'identité des clients concernés. La décision de la FINMA, ainsi que les résultats de son enquête relative aux opérations transfrontalières d'UBS avec des clients privés aux Etats-Unis, ont été rendus publics le même jour.

3.5.3.3 BNS

Durant cette phase, la BNS a surtout été informée du déroulement des événements, étant donné que la décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2008 remettait entre les mains de la CFB la responsabilité de prendre les mesures adéquates pour éviter que l'existence d'UBS soit mise en danger. La BNS a été informée le 24 décembre 2008 des détails liés à cette décision.

Par la suite, la BNS avait reçu le 8 janvier 2009 une note de la FINMA sur les préparatifs de la transmission de données de clients d'UBS qui avait d'ores et déjà organisée.

Le 12 janvier 2009, le président de la BNS et le président de la FINMA ont rencontré Ben Bernanke de la *Fed*. La non-participation de l'*IRS* au *DPA* a été confirmée lors de cette rencontre, qui a également permis de cerner quelles autorités allaient pouvoir être incluses dans les négociations du *DPA*.

Le 5 février 2009, le président de la BNS a reçu la lettre d'UBS priant le gouvernement de soutenir le *DPA* et d'entamer des discussions en vue d'une renégociation de la CDI. Cette lettre a été perçue par le nouveau président de la Confédération lors de la réunion du même jour avec le président de la BNS et le président de la FINMA, comme une tentative d'impliquer le gouvernement. Les CdG ne savent pas ce que la BNS a rapporté lors de cette réunion.

Le 15 février 2009, la BNS a également reçu le rapport de situation de la FINMA du 13 février 2009 sur la transmission de donnée de clients d'UBS.

3.5.3.4 Département fédéral des finances

Le chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF

Alexander Karrer, le chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire du DFF, a joué dans cette phase également un rôle-charnière entre les différentes autorités impliquées. Il a régulièrement informé le chef du DFF des derniers développements de l'affaire ainsi que de ses propres appréciations. Selon les informations du DFF, deux rencontres bilatérales ont eu lieu entre le chef du DFF et Alexander Karrer durant cette période.

Autorité fédérale des contributions

Lors de cette phase, l'AFC avait surtout émis des critiques et remarques par rapport aux négociations en cours avec les autorités américaines, et notamment sur le *DPA*.

Le 16 janvier 2009, le directeur de l'AFC s'est exprimé sur la probabilité de réviser la CDI. Il lui semblait dangereux d'entreprendre des discussions pour réviser la CDI alors qu'UBS était encore sous pression.

Le 21 janvier 2009, le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC s'est entretenu avec un représentant de l'*IRS*. Il a communiqué le fait que le TAF allait rendre sa première décision prochainement, et a reçu comme information que le *DOJ* voulait négocier seul avec l'*IRS* et que l'*IRS* n'avait pas encore été invité à l'audition de la sous-commission d'enquête permanente du sénateur Levin. L'organisation d'une réunion entre le directeur de l'AFC et son homologue de l'*IRS* a été également été envisagée.

Le 5 février 2009, le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC exprimait sa méfiance par rapport à l'accord du *DOJ* dans une lettre à l'adresse de la secrétaire générale du DFF et d'Alexander Karrer. Selon lui, la FINMA n'était pas claire dans sa façon de conduire le dossier. Il plaidait pour que le DFF le reprenne en main et négocie avec les autorités américaines. Le même jour l'AFC faisait savoir que la première décision du TAF allait être rendue vers la mi-avril 2009.

Le 10 février 2009, l'AFC était mise au courant par Alexander Karrer que l'audition de la sous-commission d'enquête permanente du sénateur Levin aurait lieu le 24 février 2009 et qu'il se prononcait contre une participation de la Suisse.

Le même jour, le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC exprimait auprès de la secrétaire générale du DFF et d'Alexander Karrer sa désapprobation concernant le *DPA,* celui-ci n'incluant pas toutes les autorités américaines. De plus,

lier cet accord à une révision de la CDI lui semblait un mauvais départ pour entreprendre des négociations avec les autorités américaines.

Le 13 février 2009, le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC a pu écouter une téléconférence entre le président de la FINMA, le chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA et le *General Counsel* de la *Fed*. Y ont notamment été évoqués les risques d'une inculpation des dirigeants d'UBS.

Le 15 février 2009, l'AFC a également reçu le rapport de situation de la FINMA du 13 février 2009 présentant les détails de l'accord *DPA* et des négociations avec les autorités américaines.

Le chef du DFF

Le chef du DFF a été informé le 8 janvier 2009 par écrit par Alexander Karrer de l'évolution de la situation. Il a notamment été avisé du fait qu'un accord entre UBS et toutes les autorités semblait encore possible et que le conseil d'administration de la FINMA voulait être sûr qu'une éventuelle mesure de protection selon les art. 25 s. LB s'inscrirait dans un concept politique. Le document s'exprimait également sur la question, qui était encore ouverte, de savoir si la Suisse devait accepter l'invitation de la sous-commission du sénat américain à prendre part à l'audition du 24 février 2009.

Le même jour, la FINMA avait fait transmettre notamment au chef du DFF une notice d'information dans laquelle était abordée la question déjà mentionnée de l'ancrage politique d'une éventuelle mesure protectrice. La notice informait par ailleurs qu'une participation de l'*IRS* à l'accord serait difficile. L'élément central d'un accord serait la transmission de données de clients d'UBS, que la FINMA ordonnerait le cas échéant sous forme d'une mesure de protection. La notice attirait l'attention du chef du DFF sur les problèmes politiques liés à une telle procédure et sur les enjeux qu'elle impliquait pour l'exécutif et le politique.

Le chef du DFF a donné des indications sur l'état des pourparlers lors de la séance du Conseil fédéral du 14 janvier 2009 mais, sur la base des informations à disposition, l'étendue des informations fournies est restée peu claire pour les CdG. Selon les notes de la ChF, le chef du DFF a notamment donné des informations sur le fait que l'*IRS* était intéressé par la procédure d'entraide administrative ordinaire et que le DFF envisageait d'entamer un dialogue pour sonder son opinion.

Le 16 janvier 2009, le directeur de l'AFC a fait part au chef du DFF de ses réflexions sur une éventuelle révision de la CDI.

Le 21 janvier 2009, dans une courte analyse relative à une éventuelle transmission de données sur la base de l'art. 184, al. 3, Cst., le Service juridique du DFF a relevé le fait que, dans le cas où une décision serait rendue, la Confédération pourrait être rendue responsable sur la base de la loi sur la responsabilité, alors que ce risque serait moins grand dans le cas où une ordonnance ad hoc serait rendue.

Le chef du DFF a informé le Conseil fédéral *in corpore* à l'occasion de la séance du 28 janvier 2009 de l'état de la procédure d'entraide administrative et de l'intention de l'*IRS* d'avoir accès à la totalité des 19 000 données des clients d'UBS.

En janvier 2009, une conversation avait eu lieu entre le chef du DFF et un conseil personnel du nouveau président américain. A cette occasion, a notamment été sondée la question de savoir dans quelle mesure les autorités américaines seraient prêtes à attendre l'issue de la procédure d'entraide administrative.

Le 4 février 2009, le chef du DFF a reçu de la part d'Alexander Karrer une note relative à la communication des autorités suisses dans le cas d'une transmission de données par la FINMA. A la même date, Alexander Karrer l'a informé des réserves de l'AFC quant au fait qu'UBS avait signalé au *DOJ* et à l'*IRS* que les autorités suisses seraient prêtes à entamer un dialogue en vue de pourparlers pour une nouvelle CDI. Le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC avait aussi suggéré que le DFF reprenne la responsabilité du dossier. Il ressortait par ailleurs de cette notice d'information qu'UBS espérait que le Conseil fédéral montrerait de la compréhension pour la transmission des données de clients effectuée dans le cadre de l'accord et se déclarerait également prêt à entreprendre des pourparlers avec les autorités américaines en vue d'une révision de la CDI. Le chef du DFF y avait ensuite été informé du fait qu'un premier arrêt du TAF était attendu pour la mi-avril 2009. Alexander Karrer se montrait critique à l'idée d'une transmission de données de clients hors de la procédure d'entraide administrative, car le problème ne pouvait pas être réglé exhaustivement de cette manière. Dans ce document, deux positions d'action étaient proposées: UBS transmettait elle-même les données désirées aux autorités américaines (sans mesures du Conseil fédéral ou de la FINMA) ou le Conseil fédéral reprenait la responsabilité du dossier et entreprenait en conséquence les démarches pour la reprise des négociations en vue d'une révision de la CDI (à condition toutefois que les autorités américaines soient prêtes à attendre l'issue de la procédure d'entraide administrative).

UBS informait notamment le chef du DFF le 5 février 2009 du fait que les pourparlers transactionnels étaient sur le point d'aboutir, mais que l'*IRS* n'avait pas pu y être associé.

A l'occasion d'une rencontre avec les présidents de la BNS et de la FINMA le 5 février 2009, le chef du DFF leur indiquait qu'il essaierait de parler de ce dossier avec le nouveau ministre américain des finances. Le courrier d'UBS était, à son avis, une tentative de mêler le gouvernement suisse à ses propres obligations, alors même qu'UBS devrait à son sens agir seule. Le chef du DFF a relevé qu'il ne pouvait pas assumer cette responsabilité politique, ce d'autant qu'il n'avait à ce jour reçu aucun signe de la part des autorités américaines concernant une renégociation de la CDI.

Lors de la séance du Conseil fédéral du 11 février 2009, le chef du DFF a indiqué au collège que les Etats-Unis exigeaient les noms de 250 clients d'UBS soupçonnés de fraude et que l'*IRS* n'avait pu être intégré aux pourparlers transactionnels d'UBS. Cette dernière aurait désiré un engagement plus fort du Conseil fédéral, ce qui n'était pas judicieux de l'avis du chef du DFF. Lors de cette séance, le DFF a reçu le mandat de préparer un document de discussion relatif aux éventuelles adaptations de la CDI jusqu'à la prochaine séance du Conseil fédéral.

Le 12 février 2009, le chef du DFF a rencontré le président de la FINMA afn de procéder à un état des lieux. A cette occasion, la FINMA a indiqué que l'intégration de l'*IRS* à l'accord n'avait pas abouti. Le chef du DFF a de son côté réaffirmé le soutien du Conseil fédéral pour la manière d'agir prévue par la FINMA.

Comme cela avait déjà été exposé dans le chapitre relatif à la FINMA, cette dernière avait, le 13 février 2009, transmis au chef du DFF une analyse de la situation sous la forme d'un rapport à l'attention de l'ensemble du Conseil fédéral. Le 14 février 2009, le chef du DFF en a discuté avec le président de la FINMA. Ils ont également parlé de l'ultima ratio que constituerait une transmission de données de clients d'UBS sur la base de la loi sur les banques. Dans le cas où une transmission de

données serait inévitable, le chef du DFF soutiendrait une démarche fondée sur la loi sur les banques.

Pour la séance du Conseil fédéral du 18 février 2009, le chef du DFF a fait parvenir aux membres du collège une notice d'information ainsi que les informations obtenues de la FINMA. A côté des éléments déjà mentionnés, la notice prenait par ailleurs également position contre l'audition imminente de la sous-commission du sénat américain. Le chef du DFF proposait de ne pas participer à cette audition, mais de répondre toutefois par écrit aux questions posées. Il y était également indiqué que l'*IRS* n'avait pas pu être intégré à l'accord et qu'on ne pouvait en conséquence pas exclure que l'*IRS* poursuive avec la *John Doe Summons* encore avant le 24 février 2009. Il ressortait des documents du Conseil fédéral relatifs à cette séance qu'à ce moment, la différence entre la fraude fiscale et l'évasion fiscale n'était pas encore à la disposition du chef du DFF.

Le même jour, la FINMA remettait au chef du DFF, à l'attention du Conseil fédéral, un memorandum relatif à l'accord.

En début de l'après-midi du 19 février 2009, le chef du DFF a tenu un Point de Presse en sa fonction de président de la Confédération.

3.5.3.5 Département fédéral des affaires étrangères

Ambassade de Suisse aux Etats-Unis

L'ambassade de Suisse à Washington était régulièrement informée de l'état des négociations entre UBS et le *DOJ* par le *Group General Counsel* d'UBS, et informait ensuite les autorités suisses concernées.

Le 22 décembre 2008, l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis a été contactée pour une éventuelle participation du gouvernement suisse à l'audition de la sous-commission du sénateur Levin du 29 janvier 2009, ce dont elle a informé le chef du DFF.

Le 12 janvier 2009, l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis a envoyé un fax aux secrétariats généraux du DFAE, DFE, DFJP et DFF. Il avait rencontré l'équipe du sénateur Levin, et sur cette base, il plaidait pour un refus du gouvernement suisse à participer à une audition.

Le 5 février 2009, le chef du Service économique et financier de l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis a écrit à Alexander Karrer pour lui faire part de l'évolution du dossier du côté des autorités américaines et des risques potentiels à vouloir changer le cours des négociations pour inclure l'*IRS*.

Le 10 février 2009, l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis envoyait un courriel au DFAE, au DFF, au DFE et au DFJP. Il faisait état de l'évolution du dossier aux Etats-Unis: il mentionnait que le ministre de la justice américaine avait dû se récuser sur le dossier des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis; par ailleurs, le *DOJ* n'était plus disposé à attendre les résultats de l'entraide administrative alors que la conclusion du *DPA* lui semblait être en bonne voie. Il indiquait aussi que le *DPA* incluait la *SEC* et que la *Fed* soutenait l'accord.

Le 11 février 2009, l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis a reçu du sénateur Levin l'invitation du gouvernement suisse pour une audition le 24 février 2009.

Le 12 février 2009, le bureau d'avocats de l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis rédigeait un memorandum sur la *John Doe Summons*. Il soulignait explicitement les conséquences probables de la transmission de données clients au *DOJ*, à savoir des pressions accrues pour que d'autres exceptions au secret bancaire soient faites par le gouvernement suisse. La stratégie de l'*IRS* semblait difficilement prévisible, étant donné que sa crédibilité était en jeu, d'une part à cause des pressions auxquelles il était soumis par le Congrès et d'autre part en raison des risques liés à une perte d'un procès contre UBS.

3.5.3.6 Conseil fédéral

Séance du Conseil fédéral du 14 janvier 2009

Comme les CdG l'ont établi, aucune décision formelle n'a été prise lors de cette séance. Aucun mandat n'a été confié au DFF. Le Conseil fédéral s'est plutôt comporté de manière totalement passive.

Séance du Conseil fédéral du 28 janvier 2009

Le thème n'a pas été discuté au sein du collège. Le Conseil fédéral n'a ni pris de décision, ni donné de mandat. Le Conseil fédéral est à nouveau resté passif.

Séance du Conseil fédéral du 11 février 2009

Comme les CdG l'ont constaté, le degré d'information de chacun des membres du Conseil fédéral était rudimentaire lors de la séance du 11 février 2009.

Lors de cette séance, les conséquences de la décision prise en 2008 par le président de la Confédération – à une date qui n'est d'ailleurs pas clairement établie dans l'axe du temps – de ne pas prendre de notes des discussions et des débats du collège dans l'affaire UBS/Etats-Unis, sont apparues au grand jour pour la première fois. Cette lacune a notamment eu pour effet que le Conseil fédéral, peu de jours encore avant la transmission de données de clients d'UBS par la FINMA, n'avait pas suffisamment conscience de l'étendue et de la portée du conflit avec les autorités américaines. Le lien étroit entre ce conflit et la CDI Suisse – Etats-Unis, lien qui ne pouvait plus être nié, a pour la première fois conduit à ce qu'un mandat de clarification y relatif soit confié au chef du DFF.

3.5.3.7 Tribunal administratif fédéral

Durant cette période, le TAF était actif dans la procédure de recours. Il devait s'avérer ultérieurement que, au moment de la transmission des données des clients, le premier arrêt du TAF était déjà bien avancé[800]. Cet arrêt a finalement été rendu le 5 mars 2009, soit deux semaines après la transmission effective des données. Le président du Tribunal a informé les CdG du fait que personne du côté des autorités ne connaissait vraisemblablement l'état déjà avancé de la procédure[801].

800 Selon les indications du président du Tribunal par-devant les CdG, l'arrêt se trouvait à la mi-février déjà en circulation (Bereinigungsphase).

801 Procès-verbal de l'audition par les CdG de Christoph Bandli, président du TAF, du 19 mars 2010, p. 5.

Le TAF n'a pas été informé au préalable par les autorités concernées de l'urgence particulière de cette affaire. Il n'a pas été mis au courant non plus de la situation, de plus en plus sans issue. Il ne lui pas été communiqué non plus au préalable qu'une transmission de données de clients fondée sur les art. 25 et 26 LB serait effectuée. De plus, le TAF n'a pas été informé par la FINMA du fait que les données avaient été transmises le 18 février 2009. Le président du Tribunal a expliqué aux CdG que l'ordonnance était tombée au TAF «comme un coup de tonnerre dans un ciel bleu»[802].

Deux jours plus tard, les recours contre la décision de la FINMA du 18 février 2009 ont été déposés. Le 19 février 2009, le TAF a essayé de stopper la transmission de données par une ordonnance superprovisoires, mais les données des clients se trouvaient à cet instant déjà en mains américaines. S'agissant du TAF, la procédure relative au bien-fondé de la décision de la FINMA a été close par l'arrêt du 5 janvier 2010. Selon cet arrêt, la transmission de données basée sur les art. 25 et 26 LB était contraire au droit. La FINMA a recouru auprès du Tribunal fédéral contre cet arrêt, procédure de recours qui est encore pendante.

3.5.4 Conséquences de la transmission de données de clients d'UBS le 18 février 2009

3.5.4.1 Augmentation des pressions des USA concernant la procédure de droit civil ouverte contre UBS

Au lendemain de la décision de la FINMA d'ordonner la transmission de données de clients d'UBS au *DOJ*, l'*IRS* avait déposé auprès de la *United States District Court Southern District of Florida* une demande de sommation à l'adresse d'UBS afin que celle-ci présente ses motifs contre l'exécution d'une *John Doe Summons*[803].

Le 20 février 2009, le TAF interdisait à titre superprovisionnel à l'Autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) ainsi qu'à l'UBS de transmettre à des tiers et particulièrement aux autorités américaines les données bancaires ou des documents de clients américains faisant l'objet de la plainte.

Le 24 février 2009, la FINMA adressait par courriel au chef du DFF, à l'OFJ, au DFAE, ainsi qu'à l'AFC, une note dans laquelle elle procédait à une évaluation de la situation et proposait les éléments possibles d'une stratégie. En préambule, la FINMA exprimait ses doutes sur le fait qu'UBS soit en mesure de repousser une éventuelle demande de transmission de données des autorités américaines sans l'aide de la Confédération suisse. Elle considérait donc qu'une intervention étatique était nécessaire. Cette dernière devait toutefois faire partie d'une stratégie globale du gouvernement suisse et contenir les éléments suivants:

- Rejet clair de la demande de publication de l'*IRS;*
- Décision concernant la poursuite ou non de l'entraide administrative;
- Intervention auprès du Tribunal de Fort Lauderdale/Floride (*amicus curiae*), dépôt d'une demande d'une prolongation de délai;

802 Ibid., p. 3.
803 Note du 24.2.2010, FINMA, doc. 130 des trois classeurs personnels du chef du DFF.

- Intervention auprès du gouvernement américain: protestation et dans le même temps offre de mener des discussions concernant la coopération dans le domaine fiscal (p.ex. sur un élargissement de l'entraide administrative sous la CDI);
- Recherche d'alliances en Europe;
- Offre, p. ex. de la fiscalité de l'épargne ou d'une autre taxation des clients américains des banques suisses contre la légalisation des avoirs;
- Examen de la situation fiscale des clients d'UBS par un organe de révision;
- *Lobbying*, travail de relations publiques et contacts à tous les échelons.

La FINMA faisait encore valoir qu'une étroite coordination était nécessaire entre le suivi du différend avec l'*IRS* et les efforts faits dans le sens d'une évolution du secret bancaire en relation avec d'autres Etats. Pour ce faire, une organisation forte et solide était indispensable du côté des autorités suisses. Par suite des délais très courts, la FINMA proposait au Conseil fédéral de prendre immédiatement les mesures suivantes:

- Prise de position du Conseil fédéral concernant la question de l'intervention du gouvernement suisse dans la procédure entre UBS et l'*IRS;*
- Institution d'un groupe de travail composé de représentants de l'OFJ, de l'AFC et du DFAE; sous l'égide conjointe du DFF et de la FINMA, ce groupe de travail aurait pour tâche d'encadrer l'examen de l'*IRS* et de coordonner la stratégie avec UBS;
- Ce groupe de travail devrait être conseillé par un organe économique suisse pouvant faire valoir son expérience en matière du droit et du barreau américains. Le gouvernement devrait également s'adjoindre le concours d'un cabinet d'avocats américain.
- Institution rapide d'une Task Force «Place financière suisse» rapportant directement au Conseil fédéral, celle-ci serait définie par les points suivants:
  - Conduite par une personne expérimentée, respectée en Suisse et à l'étranger, possédant les connaissances spécialisées et de bonnes compétences de négociation et apte à s'engager pour environ deux ans;
  - Cette personne devrait avoir à sa disposition une équipe réduite, mais très compétente, interdisciplinaire (litiges, fiscalité, communication, diplomatie);
  - En relation avec les USA, cette Task Force devrait définir et mettre en oeuvre à court terme la stratégie de défense, définir et coordonner également l'intervention du gouvernement suisse et prendre des contacts en-dehors du tribunal. Elle devrait également s'occuper de tous les thèmes connexes (p. ex. *Levin-Hearing*, révision *QIA*) et transversaux vis-à-vis des autres instances (p. ex. *GAFI, OCDE*).
  - De plus, cette Task Force aurait la responsabilité de mettre au point des propositions concernant l'évolution du secret bancaire pour que ces propositions puissent être intégrées dans les discussions avec les autorités américaines;
  - Elle prendrait également en charge la conduite, au niveau national, des dossiers sur la question de l'évolution du secret bancaire et la communication à ce sujet;

– Elle pourrait entrer en action sur la base d'un mandat formel de la FINMA, ce qui permettrait un financement par des contributions des banques.

Lors de la séance du Conseil fédéral du 25 février 2009, le chef du DFF soumettait cette note à ses collègues, accompagnée de l'analyse de situation de la FINMA du 13 février 2009 et d'un papier de discussion portant le titre de «Procédure contre UBS aux Etats-Unis: analyse de situation de la FINMA».

Dans ce papier de discussion du DFF, il est constaté en préambule que l'analyse de situation de la FINMA du 13 février 2009 représente une base déterminante pour la décision du Conseil fédéral du 18 février 2009.

Le rapport de situation expose qu'avec l'arrangement négocié entre UBS, le *SEC* et le *DOJ*, «une conclusion de cette affaire accablante pour UBS est imminente». Il n'a toutefois été «que partiellement» possible d'intégrer l'*IRS* à cet arrangement, raison pour laquelle il faut s'attendre à l'introduction d'un *John Doe Summons*.» Pour ce qui concerne l'exécution du *Summons*, UBS aurait toutefois «convenu avec l'*IRS* que cette exécution sera ajournée après l'interjection auprès du Tribunal. Selon l'arrangement, UBS a le droit de se prémunir par tous les moyens contre le *JDS* [*John Doe Summons*] devant les tribunaux civils américains. Mais si, au terme de cette procédure judiciaire qui risque de durer longtemps, la publication est confirmée, l'arrangement prévoit qu'UBS pourrait théoriquement être mise en accusation au cas où elle ne se soumettrait pas à cette obligation, même si cette procédure est soumise à des restrictions par le droit suisse. Toutefois, la *Fed* américain de New York considère que le risque est minime».

Le 24 février 2009 à 14h14, la FINMA transmettait par courriel une note au président de la Confédération faisant état de la situation actuelle. Cette note était également portée à la connaissance de plusieurs collaborateurs de l'administration.

Dans cette note, la FINMA arrivait désormais à la conclusion que «la procédure civile pendante de l'*IRS* contre UBS portant sur la publication des données des clients [est] à prendre très au sérieux. Dans le pire des cas, la transmission de milliers de données de clients à l'*IRS* (chose que d'autres Etats pourraient également exiger), tout comme dans le cas de l'abstention, risque d'entraîner des amendes substantielles et une plainte pénale contre UBS, malgré l'accord. Une intervention du gouvernement suisse dans la procédure de l'*IRS* contre UBS est donc recommandée malgré les risques politiques importants qu'elle implique.» Une telle intervention du Conseil fédéral serait urgente.

Ensuite, la FINMA exposait: «[La FINMA estime] que l'arrangement avec le *DOJ* est clairement insatisfaisant. Comme le risque immédiat d'une plainte pénale contre UBS ne pourrait être détourné que sur décision du *DPA*, le conseil d'administration de la FINMA a toutefois décidé de recommander de publier les données d'un nombre limité de clients et de les transmettre sans délai au *DOJ*.»

Le chef du DFF concluait qu'il existait désormais des différences considérables en ce qui concernait l'évaluation de la situation et les recommandations au Conseil fédéral entre le rapport de situation de la FINMA du 13 février 2009 et cette note du 24 février 2009. En raison de la portée des décisions de la FINMA et du Conseil fédéral du 18 février 2009, le chef du DFF demandait donc au Conseil fédéral de prendre connaissance du fait qu'il allait entreprendre les démarches appropriées en vue d'éclaircir les faits, qui étaient d'intérêt public.

Le collège suit la proposition du chef du DFF. Pour autant que la CdG ait pu le constater, il n'y a pas eu de discussion au Conseil fédéral à ce sujet.

Lors de la même séance du 25 février 2009, le Conseil fédéral a également traité d'un autre papier de discussion du chef du DFF concernant la suite des événements en cas de procédure contre UBS aux Etats-Unis. En préambule, ce document revient sur la décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2008, celle du conseil d'administration de la FINMA du 18 février 2009, le jugement du TAF du 20 février 2009 et la décision du Conseil fédéral du 28 janvier 2009 concernant le «concept d'information des questions fiscales». Ensuite viennent des considérations sur la perception politique et les initiatives politiques à en attendre. Les possibles développements au niveau international sont également mis en lumière, que ce soit en ce qui concerne les pays du G-20, l'OCDE ou les Etats-Unis. A ce sujet, il est expliqué que la plainte *John Doe Summons* déjà lancée le 20 février 2009 par l'*IRS* se révèle considérablement plus dangereuse que ce qu'UBS laissait entendre. Il y aurait danger qu'UBS ne veuille en quelque sorte prendre le Conseil fédéral en otage en attendant que la plainte soit écartée par le biais de négociations au niveau des Etats. Le fisc américain aurait été favorisé par l'arrangement. Selon des sources américaines, l'*IRS* aurait l'intention d'arriver à ses fins de façon exemplaire. Les dommages qui en résulteraient seraient énormes pour UBS, et pourraient mettre son existence en danger. Mais le prix politique de son abandon serait très élevé. Au minimum, il consisterait en une adaptation de la CDI, avec des conséquences globales. Il y aurait donc nécessité d'agir. Enfin, le papier de discussion aborde une série de mesures (discussions urgentes, évolution future du secret bancaire, y compris fiscalité de l'épargne, stratégie de la place financière suisse, Task Force UBS – USA, procédure d'entraide administrative, paiement des bonus d'UBS, information au public). Il faut en outre réactiver l'information au public et intensifier les contacts bilatéraux sur les questions fiscales internationales selon le concept d'information concernant les questions fiscales du 23 janvier 2009.

Le Conseil fédéral a largement suivi la requête du chef du DFF et a nommé une délégation composée des cheffes et chefs du DFF, du DFAE et du DFJP. La conduite de cette délégation a été confiée au président de la Confédération. Le Conseil fédéral a confié à cette délégation le mandat d'analyser la crise actuelle avec les Etats-Unis par rapport à la place financière suisse et de faire des propositions concernant les conditions-cadres de la place financière suisse vu les nouvelles circonstances et en vue des négociations avec l'Union européenne et les Etats-Unis. Par ailleurs, le Conseil fédéral a prié cette délégation de lui soumettre des propositions quant à son organisation (entre autres: nomination des experts), et il a chargé le DFF de redonner priorité aux travaux du «Comité de pilotage Dialogue place financière (CODIFI)» dans la stratégie de la place financière et de soumettre à la délégation des variantes pour la suite. De leur côté, le DFJP et le DFF ont été chargés d'éclaircir dans quelle mesure il était nécessaire d'agir en ce qui concerne la procédure d'entraide administrative selon les ordonnances sur les conventions respectives de double imposition et d'en informer la délégation. Enfin, le Conseil fédéral a chargé la FINMA, en continuation du mandat du message sur les mesures de stabilisation, d'éclaircir sans délai et de manière approfondie, à l'intention du Conseil fédéral et du Parlement, les points ouverts concernant les paiements de bonus d'UBS.

Dans le cadre de la conférence de presse qui a suivi, le président de la Confédération a informé les médias des décisions prises.

3.5.4.2 Exigences de l'UE/Art. 26 de la convention de l'OCDE/Révision de la CDI Suisse – USA[804]

Le 13 mars 2009, le Conseil fédéral informait le public que la Suisse voulait adopter le standard de l'OCDE concernant l'entraide administrative en matière fiscale selon l'art. 26 du modèle de convention de l'OCDE. Ce dernier permet d'étendre l'échange d'informations avec d'autres pays, de cas en cas et sur demande concrète et motivée. Le Conseil fédéral avait décidé de retirer sa réserve concernant le modèle de convention de l'OCDE et d'entreprendre des négociations sur la révision de la CDI. Le secret bancaire était préservé.

Le 8 avril 2009, le Conseil fédéral, se basant sur le papier de discussion des DFF, DFAE et DFJP du 2 avril 2009 et son addendum du 7 avril 2009, traitait du thème des relations Suisse – Etats-Unis sous l'angle des défis pour la place financière.

Le papier de discussion cherchait à mettre en lumière les possibilités et le potentiel d'une approche transversale par lesquels la Suisse pourrait contribuer à apaiser les tensions avec les Etats-Unis concernant la place financière. Le papier de discussion énumérait ces tensions en citant la procédure ouverte contre UBS, les projets de législation aux Etats-Unis ainsi que le système *Qualified Intermediary*.

Concernant la procédure ouverte contre UBS, le papier exposait notamment que le *DOJ*, par sa plainte civile du 19 février 2009, introduite sur la demande de l'*IRS* auprès d'un tribunal de circonscription de Floride, avait exigé la publication d'informations concernant 52 000 possesseurs de comptes. Il s'agissait de cas concernant des fraudes fiscales. La manière d'agir des autorités américaines semblait être un signe que les Etats-Unis cherchaient à maintenir leur pression. Le 23 février 2009, UBS avait pu négocier avec le *DOJ* une prolongation des délais. On pouvait désormais compter sur le fait qu'une décision de première instance concernant la force exécutoire du *John Doe Summons* n'interviendrait pas avant la mi-juillet. Une décision négative serait susceptible de recours, mais il ne serait pas certain que l'effet suspensif serait accordé à l'appel. Le Conseil fédéral décidait le 13 mars 2009 de charger un bureau d'avocats américain de rédiger un courrier *amicus curiae* dans le cadre de la procédure civile contre UBS aux Etats-Unis. Le point de vue juridique suisse dans la procédure serait par là expliqué et il serait possible de faire valoir énergiquement les intérêts souverains de la Suisse. Le tribunal compétent devrait décider si l'entraide administrative était le seul moyen d'obtenir des informations dans les affaires fiscales ou si la CDI existante admettait également des mesures unilatérales comme celles que l'*IRS* avait prises. Le tribunal devrait également procéder à une pesée des intérêts des deux Etats. L'avocat de confiance de l'ambassade se montrait plutôt pessimiste sur les deux questions. Après l'audition du 13 juillet 2009, soit une décision matérielle rapide tomberait, soit le tribunal accéderait à la demande des parties et accorderait une prolongation de délai permettant de trouver une solution claire, soit l'affaire resterait pendante pour une longue période.

Les projets américains de législation faisaient référence aux deux projets de lois aux visées similaires déposées par Carl Levin le 17 février 2007 (*Stop Tax Haven Abuse*

[804] Les CdG n'ont pas étudié les questions suivantes, qui n'étaient pas son mandat: 1. rôle et position de la Suisse avec et dans les instances internationales (par ex. OCDE, séances de 2008 à Paris et de 2009 à Berlin); 2. démarches ayant abouti à la décision de l'OCDE de mettre la Suisse sur la liste grise; 3. différends avec les Etats voisins et l'UE en matière de fiscalité de l'épargne.

Act) et par Lloyd Dogett le 3 mai 2007. Une liste commune aux deux projets répertoriait 34 *offshore secrecy jurisdictions*, au nombre desquelles se trouvait la Suisse. De plus, le Sénat promulguait le 10 décembre 2008 un projet de loi visant à rendre moins favorables les transactions de réassurance transnationales pour favoriser les transactions nationales. Et, plus récemment, un autre projet de loi informel se fondant sur une procédure générale de déclaration pour les transactions financières transfrontalières de personnes privées avait également circulé au Sénat.

Quant au système *Qualified Intermediary*, le document expliquait que ce dernier contenait de facto un échange automatique d'informations qui se limitait aux valeurs américaines. Les autorités américaines semblaient vouloir réviser ce système et ne pas exclure de l'élargir aux valeurs non-américaines, ce qui signifierait, de facto, un échange automatique d'informations dans le domaine des revenus du capital. Cet élargissement n'allait pas dans le sens de l'intérêt de la Suisse, mais cette dernière n'avait pratiquement aucune option de négociation. Les *QIA* ayant été conclus directement avec les banques suisses, ces dernières, dans l'intérêt de leur clientèle non-américaine et en raison de l'importance du marché américain des capitaux, ne pouvaient pas renoncer à un *QIA*.

Il appartiendrait notamment à la Suisse de poursuivre les objectifs consistant à renégocier la CDI Suisse – USA conformément à la décision du Conseil fédéral du 13 mars 2009, d'obtenir un délai pour la procédure civile pendante et d'empêcher un élargissement du *QIA*.

Malgré les possibilités d'influence restreintes de la Suisse, et compte tenu des tensions existant dans le domaine financier, il fallait employer tous les moyens à disposition pour améliorer les relations avec les Etats-Unis. Après que, dans toute cette affaire, UBS avait été amenée à prendre la plus grande part de la responsabilité, il lui faudrait entreprendre ce qui était nécessaire pour trouver des solutions créatives avec l'*IRS*. Grâce à des mesures appropriées, la Confédération devait soutenir UBS en créant un environnement politique favorable.

Parmi les mesures directement liées aux défis pour la place financière suisse figurait la nouvelle négociation de la CDI selon la décision du Conseil fédéral du 25 mars 2009. On pouvait également envisager une nouvelle négociation de la convention d'entraide judiciaire. Les contacts au niveau ministériel et avec des fonctionnaires de haut rang, tels qu'ils avaient eu lieu dans un passé récent, représentaient un élément important. La délégation du Conseil fédéral proposait en outre de désigner un coordinateur de négociations. Le dialogue avec UBS devait également se poursuivre et il fallait notamment s'assurer qu'aucun nouveau développement lié à la banque ne vienne entraver les efforts de la Suisse pour résoudre les problèmes. Cela touchait tout particulièrement le respect du *DPA*. La délégation prévoyait de confier cette tâche au DFJP. Selon la délégation, cette mesure était indispensable compte tenu des négociations avec les Etats-Unis.

En ce qui concerne les mesures indirectement liées aux défis pour la place financière Suisse, il s'agissait d'entretenir un environnement généralement positif dans les relations avec les Etats-Unis. Il fallait se focaliser sur les intérêts des Etats-Unis vis-à-vis de la Suisse et les concessions suisses devraient se faire dans le contexte d'une résolution consensuelle des problèmes relevant du domaine financier. Le *Department of State* avait signalisé à moult reprises son intérêt à collaborer avec la Suisse dans les domaines d'intérêt commun.

Enfin, le document parlait de mesures de soutien des intérêts suisses vis-à-vis des Etats-Unis grâce aux instruments de communication nationale. La décision du Conseil fédéral de renégocier la CDI représentait une chance pour une communication proactive. En suivant l'exemple du «concept d'information questions fiscales» approuvé par le Conseil fédéral le 28 janvier 2009, il s'agissait de privilégier de manière ciblée les relations avec les décideurs de l'administration et du Parlement américains.

Le Conseil fédéral a donc pris connaissance du papier de discussion lors de sa séance du 8 avril 2009, et il a approuvé la nomination par la délégation de l'ambassadeur Urs Ziswiler au poste de coordinateur des négociations. Son mandat consistait à établir une manière d'agir cohérente dans les discussions et négociations avec les Etats-Unis. Le DFF pour sa part était chargé d'ouvrir les négociations avec les Etats-Unis sur la révision de la CDI jusqu'à fin avril 2009. Quant au DFJP, il devait défendre les intérêts de la Confédération dans la procédure ouverte contre UBS aux Etats-Unis, et garantir, en concertation avec UBS, que la banque observait la *DPA*. Le DFAE et le DFF devaient en outre élaborer une stratégie de communication avec les Etats-Unis dans le cadre du «concept d'information questions fiscales».

Enfin, par une note d'information datée du 1er avril 2009, le chef du DFF informait le collège de la réponse de la FINMA du 23 mars 2009 concernant la différence d'estimation de la situation entre la note du 13 février 2009 et celle du 24 février 2009 et des échanges qui avaient eu lieu entre la FINMA et le Conseil fédéral. La FINMA ne voyait pas de différences notables d'estimation entre les deux notes. Elle justifiait la distribution électronique à plusieurs destinataires de la note du 24 février 2009 en arguant, d'une part, que les destinataires étaient tous membres d'un groupe de travail, et en rappelant d'autre part qu'il y avait urgence temporelle compte tenu de la proximité de la séance du Conseil fédéral du 25 février 2009 qu'il faudrait probablement informer sur la note.

Le 1er mai 2009, dans un communiqué de presse, le DFJP rendait public le fait que la Suisse avait déposé la veille un memorandum auprès des autorités du tribunal de circonscription de Miami (Floride) compétentes dans le cas d'UBS. Elle y exposait son point de vue juridique et insistait sur le fait que son ordre juridique, et donc sa souveraineté, devaient être respectés. Dans ce même communiqué de presse, on ajoutait que la Suisse avait engagé des négociations avec les Etats-Unis concernant une révision de la CDI, avec pour objectif d'adopter pleinement le standard de l'OCDE en matière d'entraide administrative dans le domaine fiscal selon l'art. 26 du modèle de convention de l'OCDE. La Suisse exprimait également sa préoccupation concernant le fait que la procédure civile à l'encontre d'UBS risquait de compromettre la bonne conclusion de ces négociations et de mettre en danger la ratification de la nouvelle convention.

Le 29 mai 2009, le DFJP et le DFF laissaient entendre que le Conseil fédéral souhaitait garantir une collaboration cohérente dans les cas de délits fiscaux et qu'il avait donc décidé dans une deuxième étape, d'appliquer également à l'entraide judiciaire l'élargissement de la collaboration dans les cas de fraude fiscale déjà adopté dans le cadre de l'entraide administrative.

Le 5 juin 2009, le Conseil fédéral décidait – sur la base d'une proposition du DFJP du 4 juin 2009 – que toutes les mesures nécessaires seraient prises pour empêcher la transmission par UBS des données de clients visés par la procédure de *John Doe Summons* pendante auprès de la *United States District Court for the Southern Dis-*

trict of Florida. Si les circonstances devaient le justifier, le Conseil fédéral rendrait une décision visant a) à interdire à UBS de communiquer par écrit ou oralement, directement ou indirectement, les informations requises par la procédure de *John Doe Summons*; b) à empêcher UBS de disposer de ces informations, que ce soit par un séquestre de documents ou de supports informatiques, par des restrictions d'accès à ces données imposées aux organes d'UBS, ou par tout autre moyen. Pour assurer la mise en œuvre et le respect de sa décision, le DFJP sollicitait la collaboration de la FINMA.

Dans son rappel des faits, le DFJP expliquait qu'en été 2008, l'*IRS* avait notifié à UBS un ordre de lui communiquer des données relatives à ses clients soumis au fisc américain (*U.S. taxpayers*), titulaires de comptes auprès de la banque entre 2002 et 2007. Cet ordre, appelé *John Doe Summons,* était une procédure civile par laquelle l'*IRS* demandait des informations sur des clients qu'elle ne connaissait pas nominativement (procédure contre inconnu) et sur lesquels il n'existait pas de soupçon concret de fraude ou d'évasion fiscale. Toujours selon le DFJP, lors de la notification de la *John Doe Summons*, l'*IRS* aurait expliqué que son objectif était d'interrompre la prescription, mais qu'il ne comptait pas demander la mise en œuvre de cette décision par un tribunal.

Cependant, immédiatement après la conclusion du *Deferred Prosecution Agreement* (*DPA*) du 18 février 2009 entre UBS et le *DOJ*, l'*IRS* avait, le 19 février 2008, entamé la procédure civile visant la mise en œuvre de la *John Doe Summon*s auprès de la *United States District Court for the Southern District of Florida*. En ce qui concerne le *DPA*, le DFJP rappelait qu'il s'agissait d'une méthode de droit procédural américain pour suspendre une procédure pénale sous certaines conditions. Dans le cas concret, si UBS respectait les conditions posées par le *DPA* (notamment, remise des données d'un nombre limité de clients soupçonnés de fraude fiscale, cessation des activités *offshore* non réglementées par la *SEC* avec les clients américains, versement de 780 millions de dollars, coopération selon le *DPA*), la procédure serait définitivement suspendue, mais au plus tôt après un délai de 18 mois dès la conclusion de l'accord.

Par rapport à la *John Doe Summons,* UBS aurait donc fait opposition à la procédure de l'*IRS* du 19 février 2009 et déposé un memorandum dans ce sens auprès du tribunal compétent, lequel avait fixé à l'*IRS* un délai jusqu'au 30 juin 2009 pour déposer une réponse. Le gouvernement américain disposait du même délai pour présenter sa position (*Statement of Interest*). Une audience publique avait été agendée pour le 13 juillet 2009.

Il ressortait de la proposition du DFJP qu'il n'était pas exclu que, dans les prochaines semaines, UBS soit condamnée par un tribunal des Etats-Unis à communiquer aux autorités de ce pays les données et documents relatifs à ses clients soumis au fisc américain et titulaires d'un compte en Suisse. Le DFJP se proposait donc de présenter l'éventail des mesures envisageables pour défendre la souveraineté et préserver les intérêts et la crédibilité du pays.

Dans son appréciation, le DFJP constatait que la mise en œuvre de la *John Doe Summons* constituait, en tant que recherche unilatérale de preuves par un Etat étranger, une atteinte à la souveraineté suisse. Une telle atteinte était réprimée par le Code pénal suisse (art. 271 et 273 CP). La communication de données de clients dans ce cadre était par ailleurs contraire à l'art. 47 de la loi sur les banques (secret bancaire). La collaboration avec les Etats-Unis étant réglée par la CDI du 2 octobre 1996, la

mise en œuvre unilatérale de la *John Doe Summons* par les autorités américaines n'était pas compatible ni avec l'ordre juridique interne suisse, ni avec la CDI avec les Etats-Unis.

Les autorités suisses ne sauraient, aux yeux du DFJP, admettre une telle situation qui n'était pas sans rappeler l'affaire Marc Rich (1983), laquelle avait obligé le Conseil fédéral à intervenir et à interdire la communication des données exigées par les autorités américaines. Par la suite, les autorités suisses et américaines avaient conclu, le 10 novembre 1987, un *Memorandum of Understanding* sur l'entraide judiciaire en matière pénale et dans des procédures administratives complémentaires. Selon ce texte, en cas d'apparition d'un conflit de juridiction, il convenait de rechercher le dialogue et d'adopter une attitude de retenue lors de la prise de mesures de contrainte unilatérale.

En complément à la décision du Conseil fédéral du 29 mai 2009 par laquelle le DFJP avait reçu le mandat d'entamer des démarches aussi bien au niveau politique que technique, ce qui par ailleurs avait été fait, il s'avérait nécessaire d'examiner d'autres options pour le cas où les démarches entreprises n'aboutiraient pas au résultat escompté en temps utile.

En conséquence, le DFJP proposait au Conseil fédéral de prendre une décision de principe pour le cas où le tribunal statuerait en défaveur d'UBS. Suit une analyse des options (A. La Confédération reste passive; B. La Confédération permet la transmission de nouvelles données de clients; C. Interdiction expresse à UBS de transmettre de nouvelles données; D. Retrait du pouvoir effectif de disposer des données d'UBS.).

Suite à une analyse approfondie, le DFJP écartait les options A et B pour proposer au Conseil fédéral de combiner les options C et D en prenant une décision basée sur l'art. 184, al. 3, Cst. A cet égard, le DFJP retenait qu'en l'occurrence, les conditions requises étaient remplies. En effet, la recherche unilatérale de preuves par un Etat étranger constituait une atteinte à la souveraineté suisse; empêcher une telle atteinte était une question d'intérêt public. De plus, la mesure proposée était propre à prévenir une telle atteinte. En outre, le DFJP proposait une approche en deux phases. Lors de la première phase, le Conseil fédéral prendrait la décision de principe d'utiliser sa compétence découlant de l'art. 184, al. 3, Cst. pour sauvegarder les intérêts du pays. La mise en œuvre de la décision n'interviendrait que si nécessaire et au moment opportun. Elle serait déléguée au DFJP, cette délégation s'inscrivant dans la continuité des décisions prises par le Conseil fédéral en date du 29 mai 2009.

Le Conseil fédéral et le DFJP devraient envoyer, par une interdiction de transmission et une confiscation des données ou toute autre mesure semblable, le signal clair aux Etats-Unis que le conflit juridique ne pouvait pas se régler avec UBS mais seulement par des négociations entre les deux Etats. La Suisse se déclarait prête à de telles négociations, ce que le Conseil fédéral avait d'ailleurs confirmé par sa décision du 29 mai.

Le 1er juillet 2009, le Conseil fédéral autorisait le DFJP, en accord avec le DFAE et le DFF, en lien avec la procédure de *John Doe Summons* ouverte devant le *United States District Court of the Southern District of Florida,* à interdire à UBS, si les circonstances le justifiaient, de communiquer, par écrit ou par oral, directement ou indirectement, les informations requises par la procédure du *John Doe Summons,* et à empêcher UBS de disposer de ces informations, que ce soit par un séquestre de documents ou par des limitations d'accès aux systèmes informatiques.

Dans sa demande du 1er juillet 2009, le DFJP, se référant à la décision du Conseil fédéral du 5 juin 2009, avait informé du déroulement des négociations à Washington D.C: du côté suisse, des représentants du DFJP, du DFAE et du DFF y avaient pris part. De plus, des représentants d'UBS y avaient été partiellement associés. Une issue positive pour la Suisse semblait encore possible, mais elle n'était en aucun cas certaine. On ne pouvait exclure qu'une interdiction expresse, fondée directement sur la Constitution, faite à UBS de transmettre les données exigées, ne doive le cas échéant être mise en oeuvre très vite. Selon l'évolution de la situation, il y avait aussi un risque qu'une décision de l'ensemble du Conseil fédéral ne puisse pas être obtenue à temps, puisque aucune séance du collège n'était prévue pour la période qui s'ouvrait. Il fallait donc se référer à la décision du Conseil fédéral du 5 juin 2009 qui avait pris en tant que collège la décision d'une interdiction concrète de transmission et l'avait déléguée au DFJP. Déjà dans le cas Marc Rich, le DFJP avait été chargé de la réalisation et de l'exécution d'une interdiction de transmission.

Le 8 juillet 2009, le DFJP communiquait que deux jours auparavant, la Suisse, dans une réponse à la prise de position des autorités américaines, soulignait que le droit suisse interdirait la transmission des données des clients. Dans son memorandum auprès du tribunal compétent de Miami, elle rappelait en outre que les mesures nécessaires au respect du droit suisse étaient prêtes. En raison d'une décision de principe du Conseil fédéral, UBS ne serait pas en mesure d'obéir à une éventuelle injonction du tribunal de Miami de publier les données. Selon cette même décision, toutes les mesures seraient prises pour empêcher UBS de transmettre les données exigées par la procédure civile américaine. Le DFJP était compétent pour la mise en pratique de cette décision. Si les circonstances l'exigeaient, le DFJP prendrait une décision dans ce sens, interdisant expressément à UBS la transmission des données des clients.

Le 12 juillet 2009, le DFJP et le DFAE faisaient savoir que le gouvernement américain et UBS, avec l'appui du Conseil fédéral, avaient présenté une demande de suspension de la procédure civile américaine. Les deux parties avaient présenté au tribunal compétent de Miami une demande de suspension de 15 jours prenant en considération un accord extrajudiciaire du cas UBS. Le DFJP et le DFAE avaient mené les discussions préliminaires appropriées et saluaient maintenant ce nouveau pas. Au vu du caractère confidentiel des négociations en cours en vue d'un accord, il n'était pas possible de donner d'autres renseignements.

Le 31 juillet 2009, le DFJP et le DFAE faisaient savoir que la procédure civile américaine contre UBS devait se régler en dehors du tribunal. La Suisse et les Etats-Unis s'étaient entendus sur ce principe. L'accord de principe approprié (*Agreement in Principle)* avait abouti trois jours auparavant.

Le 7 août 2009, le DFJP et le DFAE faisaient savoir qu'on n'était pas encore parvenu à obtenir l'arrangement extrajudiciaire souhaité. La procédure était donc suspendue pour une semaine supplémentaire.

Le 10 août 2009, le Conseil fédéral approuvait le projet d'accord entre le Conseil fédéral suisse et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant une demande d'entraide administrative de l'*IRS* sur UBS. Les organes compétents étaient autorisés à signer l'accord. La Chancellerie de la Confédération, en accord avec le DFAE, était chargée de publier l'accord dans le recueil officiel après sa signature, la publication de l'annexe ne pouvant toutefois avoir lieu au plus tôt que trois mois après la signature. Le DFF était chargé d'appliquer les dispositions de

l'entraide administrative en vigueur dans la CDI Suisse – Etats-unis et dans le protocole y afférent conforme à l'annexe de l'accord approuvé. En outre, le Conseil fédéral chargeait la délégation du Conseil fédéral en matière d'assistance administrative et d'entraide judiciaire relative aux délits fiscaux de désigner la personne responsable de l'organisation du projet de mise en œuvre opérationnelle de l'accord. Le Conseil fédéral approuvait le recours à PricewaterhouseCoopers Schweiz AG en ce qui concernait le traitement administratif du souhait d'assistance administrative. Le DFJP était autorisé à requérir en temps voulu les crédits supplémentaires nécessaires pour le travail effectué à temps de l'entraide administrative. Enfin, le Conseil fédéral décidait que les départements devaient mettre des juristes et/ou des spécialistes en matière fiscale (DFF 20, DFJP 10, les autres départements 2 chacun) à disposition de l'organisation du projet.

Le 10 août 2009, les documents suivants étaient à disposition du Conseil fédéral pour le traitement de cette affaire: la demande des trois parties (DFJP, DFAE et DFF) du 6 août 2009, comptant 20 pages; un résumé de deux pages de cette dernière; le projet d'accord avec annexe; enfin, une brève expertise datée du 8 août 2009, du professeur Klaus A. Vallender, sur la question du fonctionnement de l'entraide administrative selon l'art. 26 CDI Suisse – USA.

Selon le résumé, l'accord négocié prévoyait d'aplanir le conflit existant en matière judiciaire et de souveraineté de manière à ce que les mesures unilatérales de la procédure de *John Doe Summons* soient remplacées par une demande ordinaire d'entraide administrative auprès de l'AFC. Le souhait d'information de l'*IRS* pouvait ainsi être satisfait par la voie de la procédure d'entraide administrative contractuelle prévue à cet effet et le risque de violation du droit suisse était écarté.

Puis étaient énumérés les engagements de la Suisse: 1. Compromis et remaniement d'une nouvelle demande d'entraide administrative dans le cadre du droit en vigueur, sachant que le traitement des cas se ferait selon les critères fixés en annexe de l'accord. 2. Au maximum 4 450 cas seraient concernés. 3. L'accord n'aurait pas d'effet préjudiciable: a) la demande d'entraide administrative s'appuierait sur certains cas très précis d'un modèle de «*tax fraud or the like*»; ces cas résulteraient de la situation particulière d'UBS (présentation d'un *DPA* avec le *DOJ* reconnaissant le comportement de collusion de la banque et de ses clients); b) dans la CDI Suisse – USA, le «*tax fraud or the like*» serait élaboré selon le droit en vigueur de manière plus spécifique que dans les CDI passées avec d'autres Etats ou que dans l'accord d'imposition passé avec l'UE; l'interprétation servant de base au projet d'accord ne serait valable que pour la CDI Suisse – USA; c) une nouvelle assistance administrative (standard OCDE) devrait par ailleurs aller plus loin que l'interprétation faite dans le projet d'accord. 4. Cette approche se limiterait au cas UBS.

Par l'accord, les Etats-Unis s'engageaient à retirer l'*enforcement action* (souhait d'application devant le tribunal) au moment de la signature de l'accord. De plus, les Etats-Unis renonçaient à de nouvelles *enforcement action* aussi longtemps que l'accord serait en vigueur. Enfin, les Etats-Unis s'engageaient à retirer définitivement le *John Doe Summons* après 370 jours.

Cet accord permettait de résoudre le conflit existant entre les deux systèmes juridiques et de sauvegarder l'ordre juridique suisse. Il permettait également de consolider les conditions-cadres pour la place financière. Enfin, le risque pour UBS et l'économie suisse était levé.

La demande des trois parties du 6 août 2009 contenait notamment un résumé des négociations avec l'*IRS* et le *DOJ*: il en ressortait qu'en juin et juillet 2009, lors de cinq rounds de négociations de plusieurs jours chacun, qui s'étaient déroulés à Washington et à Berne, des discussions portant sur un accord de règlement du conflit de souveraineté avaient été menées entre la délégation suisse, composée de représentants du DFJP, du DFAE, du DFF et de la FINMA et une délégation américaine composée de représentants de l'*IRS* et du *DOJ*. Du côté suisse, des représentants d'UBS s'étaient également joints aux discussions.

Pour pouvoir trouver une solution au conflit de souveraineté et judiciaire entre les ordres juridiques de la Suisse et des Etats-Unis, la délégation suisse chargée des négociations avait exigé le retrait de la procédure du *John Doe Summons* à partir d'un moment clairement déterminé. En contrepartie, elle avait proposé à la délégation américaine de convenir d'une réglementation permettant de traiter d'une nouvelle demande d'entraide administrative sous la CDI Suisse – USA en vigueur et dans ce contexte, de définir notamment très clairement les critères d'interprétation de la notion de «*tax fraud or the like*» dans le cas concret d'UBS.

Les difficultés étaient de deux ordres et concernaient, d'une part, la manière et le nombre possible des clients tombant sous la nouvelle demande d'entraide administrative. La délégation américaine avait d'abord parlé d'environ la moitié des 52 000 comptes des clients concernés par le *John Doe Summons*. La délégation suisse avait obtenu que le côté américain donne son assentiment à l'établissement de critères objectifs compatibles avec le droit suisse d'un modèle très précis pour la «*tax fraud or the like*» dans le sens du protocole sur la CDI Suisse – USA en vigueur. Cependant, le côté américain n'avait pas renoncé à mentionner le nombre estimé des comptes tombant sous ces critères.

D'autre part, des difficultés étaient également apparues en ce qui concernait le retrait complet de la procédure du *John Doe Summons* en soi et de la date de ce retrait. Il n'avait pas été possible d'obtenir que le retrait du *John Doe Summons* intervienne déjà à la date de la signature. Deux raisons à cela: d'une part, l'*IRS* avait fait valoir que selon le droit américain, le retrait rendrait caduque l'interruption de la prescription de la procédure contre certains des fraudeurs. D'autre part, l'*IRS* ne souhaitait pas renoncer au moyen de pression que représentait le *John Doe Summons* avant que le processus d'aide administrative que la Suisse laissait entrevoir n'ait montré les résultats promis. Toutefois, il avait au moins été possible de se mettre d'accord sur le fait que la procédure du *John Doe Summons* devrait être abandonnée à une date clairement déterminée avec effet de droit définitif (en l'occurrence 370 jours après la signature de l'accord) et sur le fait que, jusqu'à l'abandon définitif, l'*IRS* n'essaierait pas d'appliquer à nouveau le *John Doe Summons* devant le tribunal. En revanche, du côté suisse, un certain mécanisme de sécurité devrait être accordé.

L'accord négocié était désormais porté en collaboration par les deux parties. Il formerait également la base d'une seconde convention entre UBS et l'*IRS* qui servirait à la réalisation du traité.

Le 12 août 2009, le DFJP et le DFAE faisaient savoir que l'arrangement extrajudiciaire souhaité dans la procédure civile américaine contre UBS était conclu. La Suisse et les Etats-Unis avaient mis au point les détails durant les jours précédents et l'avaient communiqué au juge compétent lors d'une conférence téléphonique qui avait eu lieu le jour même. L'arrangement devait encore être signé par les deux

Etats. Après la signature pourraient être divulguées des précisions concernant le contenu.

Le 19 août 2009, le DFJP, le DFAE et le DFF informaient les médias que l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis était entré en vigueur. Les Etats-Unis allaient faire une nouvelle demande d'entraide administrative à la Suisse pour le cas UBS et ils allaient renoncer à exécuter la plainte civile qui exigeait la publication de l'identité de 52 000 possesseurs de comptes d'UBS. En échange, la Suisse s'engageait à traiter dans l'année une nouvelle demande d'entraide administrative concernant environ 4450 comptes. Cet accord entre la Suisse et les Etats-Unis mettait fin au conflit entre les ordres juridiques des deux Etats. L'accord avait été signé le même jour à Washington et était entré en vigueur immédiatement. Suivaient d'autres informations concernant le contenu de l'accord, notamment son modèle d'action, sa capacité en matière d'entraide administrative pour les infractions fiscales graves, la surveillance commune trimestrielle que les parties exerçaient comme mesure destinée à inciter la confiance et l'organisation de projet qui garantissait un traitement accéléré du côté de l'administration fédérale.

3.6 Appréciation globale du comportement des autorités suisses et conclusions

3.6.1 Commission fédérale des banques/FINMA

3.6.1.1 Généralités

La CFB puis, dès le 1er janvier 2009, la FINMA ont joué un rôle important dans la résolution des problèmes qui ont découlé des activités transfrontalières d'UBS avec des clients privés aux Etats-Unis et des enquêtes menées à ce sujet par le *DOJ*, l'*IRS* et la *SEC*.

Lorsque les personnes compétentes au sein de la CFB ont appris par UBS que le *DOJ* entendait obtenir des noms de clients de la banque, elles ont immédiatement réalisé la portée de cette demande; à leurs yeux, il était évident que les conséquences des enquêtes menées par les autorités américaines dépassaient de loin les tâches et les compétences de la CFB. Au printemps 2008, la CFB a organisé une rencontre avec des représentants d'UBS ainsi que ceux des unités de l'administration fédérale susceptibles d'être concernées par l'affaire; elle a agi en l'occurrence rapidement et de manière appropriée. A l'instar de la CFB, les CdG considèrent que le risque d'un conflit potentiel entre l'ordre juridique américain et l'ordre juridique suisse était déjà avéré en mars 2008.

Les CdG estiment aussi qu'il était essentiel que la CFB participe au groupe de travail Karrer, car cela permettait de garantir les échanges d'informations entre la CFB et les autres autorités concernées. De plus, la CFB était de toute manière impliquée dans ce dossier non seulement en raison de ses tâches de surveillance, mais également eu égard à l'entraide administrative accordée à la *SEC*. Le représentant de la CFB avait participé activement aux travaux; il s'était aussi livré à des appréciations qui n'avaient pas porté uniquement sur les activités de la CFB, mais également sur le rôle de l'Etat suisse dans cette affaire. Dès la fin du mois d'août 2008, le vice-directeur de la CFB s'était mobilisé encore davantage lorsqu'il était devenu évident que le *DOJ* tenait à lier le retrait d'UBS de ses activités transfrontalières aux Etats-Unis à la transmission de données de clients. C'est également le représentant de la

CFB qui, à l'automne 2008, a souvent pris les rênes du groupe de travail, notamment lorsqu'il a esquissé, à l'intention des autorités suisses, les premières options d'action étatique. La CFB/FINMA n'a pas eu de cesse d'attirer l'attention des autorités suisses sur les pressions accrues exercées par le *DOJ,* en particulier à partir de la fin de l'été 2008, et, partant, sur la gravité de la situation ainsi que sur la nécessité pour l'administration fédérale centrale et pour le gouvernement de prendre des mesures.

Et c'est encore une fois la CFB qui a débloqué la situation en décembre 2008, notamment lorsqu'elle a proposé de livrer les données demandées en se fondant sur les art. 25 et 26 LB.

Cette mesure a permis à UBS de poursuivre ses négociations avec les autorités américaines; en outre, les autorités américaines ont relâché leur pression, si bien qu'aucune plainte n'avait été déposée contre UBS à la fin de l'année 2008.

Même si cette ébauche de solution n'avait finalement pas conduit à un large compromis entre UBS et les autorités américaines – l'*IRS* ayant refusé jusqu'à la fin tout engagement –, les mesures de la CFB/FINMA avaient au moins permis de résoudre une partie du problème, en particulier lorsque décision a été prise, le 18 février 2009, de communiquer les données.

Une autre mesure essentielle prise par la CFB a été son enquête consacrée aux activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis. Cette enquête a mobilisé cinq personnes de la CFB ainsi que des spécialistes indépendants (chargés d'enquête). Ceci a permis de garantir que la haute direction d'UBS n'exerçât pas d'influence, ce qui aurait été inadmissible, sur l'enquête interne. Sur le principe, la conclusion de cette enquête par une décision de la CFB en décembre 2008 a été conséquente et a même constitué un signal fort. Les CdG ont toutefois formulé des critiques au sujet de cette enquête (voir ci-après).

Au vu des informations dont elles disposent, les CdG considèrent que l'entraide administrative accordée dans le cadre de la demande de la *SEC* était appropriée; la *SEC* n'a d'ailleurs émis aucune critique à ce sujet.

Le travail fourni par la CFB est d'autant plus appréciable que celle-ci était, en parallèle, fortement mise à contribution par la lutte contre les conséquences de la crise financière d'une part, et par le passage à la nouvelle organisation FINMA d'autre part.

Pour autant que les CdG puissent en juger, la collaboration entre la CFB/FINMA et la BNS dans ce dossier a elle aussi été positive. En particulier, la transmission des informations était garantie.

L'enquête des CdG a toutefois aussi mis en évidence certains aspects dans le comportement de la CFB qu'il s'agit d'étudier d'un œil critique.

3.6.1.2 Comportement de la CFB/FINMA: problèmes divers

3.6.1.2.1 Inconvénients du rôle actif de la CFB/FINMA

La forte implication des représentants de la CFB face à la menace croissante qui pesait sur l'existence même d'UBS a été jugée – à raison – positive. Cette intervention se fondait sur les dispositions légales chargeant la CFB/FINMA d'assurer la

protection des créanciers et des investisseurs ainsi que le bon fonctionnement des marchés financiers[805].

Selon les CdG, si la CFB a parfois dû jouer un rôle actif également dans des domaines qui ne relevaient pas de ses compétences, c'est parce que, à ses yeux, les autres autorités suisses n'avaient pas pris des mesures suffisantes. La question se pose toutefois de savoir si les autres autorités ne se sont pas, de fait, soustraites en tout ou en partie à leurs responsabilités. Il ne s'agit cependant pas de reprocher cette situation directement à la CFB. Les CdG se pencheront sur ce point dans un autre contexte.

3.6.1.2.2 Ressources limitées à disposition de la CFB

En raison de ses ressources limitées la CFB disposait d'une marge de manœuvre réduite dans ce dossier (voir à ce sujet le chap. 3.6.1.4).

3.6.1.2.3 Dépendance par rapport aux informations provenant de la banque

Il s'est avéré que l'autorité de surveillance des banques dépendait fortement d'UBS, notamment pour les informations concernant les activités transfrontalières de la banque aux Etats-Unis.

Ainsi, la CFB n'a rien su des irrégularités commises au sein de la branche concernée d'UBS jusqu'en décembre 2007. Lorsque la *SEC*, puis le *DOJ* ont communiqué leurs premières informations à ce sujet, la CFB a dû attendre qu'UBS mène des investigations avant d'être en mesure de procéder à sa propre enquête. UBS elle-même n'a pas non plus été capable de distinguer immédiatement le problème, ni de déterminer la portée de l'affaire: elle a dû d'abord se livrer à des clarifications, ce qui a constitué une lourde tâche. Même si l'enquête interne d'UBS, à laquelle a notamment participé un cabinet d'avocats américain, a occupé jusqu'à 100 personnes, de nombreux mois se sont écoulés avant que la banque ait une certaine vue d'ensemble du problème.

Les informations détenues par la banque ont également eu une influence décisive sur d'autres aspects de l'enquête de la CFB. Comme il sera encore expliqué ci-après, la CFB avait besoin des résultats de l'enquête interne d'UBS pour mener ses propres investigations relatives à l'analyse des dossiers de clients: ainsi, le retard pris par l'enquête interne d'UBS s'était répercuté sur les investigations de la CFB. En outre, la CFB n'aurait pas été en mesure de se livrer à sa propre estimation du nombre de dossiers de clients considérés comme des cas de «fraude fiscale et délits semblables» (*tax fraud or the like*), autrement dit qui s'inscrivaient dans le schéma sous-tendant la demande d'entraide administrative de l'*IRS*.

Si les CdG n'estiment pas que toute dépendance de la CFB/FINMA des informations d'UBS puisse et doive être exclue, elles considèrent néanmoins que cette dépendance aux banques doit être réduite. La FINMA doit également prendre des dispositions visant à renforcer la surveillance interne des banques, ce qui permettrait

[805] Art. 5 LFINMA

notamment à celles-ci de donner suite plus rapidement aux demandes d'informations émanant de l'autorité de surveillance. La CFB a ordonné des mesures en ce sens dans le cadre de sa décision du 21 décembre 2008 pour ce qui est des services transfrontaliers fournis par UBS[806].

Enfin, les CdG demandent que la CFB/FINMA, au vu de son expérience liée aux activités transfrontalières d'UBS, examine dans quelle mesure des dispositions semblables doivent être prises pour d'autres banques ayant leur siège en Suisse et qu'elle prenne les mesures nécessaires. Les CdG estiment cette démarche nécessaire.

3.6.1.3 Activités bancaires transfrontalières: un enjeu de taille pour la CFB/FINMA

Les autorités de surveillance des banques doivent relever des défis de taille dans le domaine des activités bancaires transfrontalières. Pas plus la CFB à l'époque que la FINMA aujourd'hui n'ont la compétence de contrôler que les banques suisses opérant à l'étranger respectent les dispositions légales en vigueur dans les pays en question, ce contrôle étant du ressort des autorités de surveillance locales. De l'avis des CdG, cette solution est adéquate et ne nécessite pas de changement de fond[807].

Un problème se pose toutefois lorsque des conseillers employés par des banques suisses se rendent chez des clients à l'étranger pour leur fournir des prestations. Dans ce cas, ils sont évidemment tenus de respecter les dispositions légales du pays concerné; ce dernier ne peut toutefois que difficilement exercer le contrôle ad hoc.

Un autre problème est spécifique aux Etats-Unis: en concluant un *QIA* avec les autorités américaines, les banques dont le siège est situé hors des Etats-Unis s'engagent à effectuer certains actes pour le compte de l'autorité fiscale américaine. C'est pour cela qu'en Suisse une autorisation du DFF conformément à l'art. 271 CP a été nécessaire afin de pouvoir conclure le *QIA*. D'après la CFB, ni elle-même ni la FINMA ne doivent contrôler que les dispositions des *QIA* – qui constituent en fait des contrats entre l'Etat américain et les banques – sont respectées; ce contrôle échoit, d'une part, aux réviseurs mandatés et, d'autre part, aux autorités américaines. Ces dernières ne peuvent toutefois pas procéder audit contrôle dans le pays où la banque concernée a son siège – du moins pas en Suisse –, en raison des limites que peut poser l'ordre juridique du pays concerné.

En Suisse, la CFB était le seul organe chargé de la surveillance des banques; comme indiqué plus haut, cette surveillance portait uniquement sur le respect de la législation nationale et, le cas échéant, des obligations découlant du droit international. Un lien entre les compétences de la CFB et l'affaire UBS avait été établi lorsque l'enquête de la CFB avait révélé a posteriori qu'UBS avait gravement contrevenu

806 Décision de la CFB du 21.12.2008, ch. 5: «Die UBS AG wird verpflichtet, die der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung inhärenten Rechts- und Reputationsrisiken in angemessener Form zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen.» (UBS est obligée d'appréhender les risques de droit et de réputation inhérents à la fourniture transfrontalière de services, de les limiter et de les surveiller de manière appropriée.)

807 Au vu des importantes orientations de nombreuses banques suisses vers les marchés internationaux, d'une part, et de la limitation au niveau suisse des compétences de la FINMA, d'autre part, une obligation de contrôler le respect des législations étrangères serait tout bonnement inapplicable.

aux exigences de la loi fédérale sur les banques en matière de garantie et d'organisation[808].

UBS n'ayant pas pu se soustraire aux enquêtes des autorités américaines, ne serait-ce qu'au vu de ses intérêts aux Etats-Unis; elle s'est alors retrouvée – bien que ce fût par sa faute – tiraillée entre l'ordre juridique suisse et l'ordre juridique américain.

Enfin, un autre problème était apparu: l'opposition entre les obligations incombant à UBS en vertu du *QIA* qu'elle avait conclu avec les Etats-Unis, d'une part, et le secret bancaire suisse et la CDI, d'autre part. Au vu du secret bancaire suisse et de la distinction opérée par la Suisse entre soustraction fiscale et fraude fiscale, les ordres juridiques des deux pays risquaient d'entrer en conflit, si les Etats-Unis voulaient poursuivre les infractions commises par la banque ou ses collaborateurs contre le *QIA*. Au vu des conséquences liées à un dépôt de plainte aux Etats-Unis, un tel conflit risque de menacer l'existence même de banques ayant d'importantes activités dans ce pays.

Du point de vue de la haute surveillance parlementaire exercée par les CdG, ces conflits potentiels et les risques qu'ils faisaient courir aux banques ayant leur siège en Suisse n'avaient pas été suffisamment pris en compte, notamment par la CFB, avant l'affaire UBS. C'est ainsi qu'ils n'avaient été mentionnés ni dans les rapports de gestion de la CFB de ces dernières années, ni lors des auditions annuelles de la CFB par les CdG. Comme ces risques de conformité (*compliance*) peuvent avoir des répercussions sur l'existence même des banques, ils sont également d'une grande importance pour l'autorité suisse de surveillance des banques et pour le mandat que lui confère la loi. La mission essentielle de la CFB/FINMA était et est de garantir que les banques appréhendent ces risques et qu'elles les évaluent correctement. Un système de gestion des risques doté d'indicateurs ad hoc lui permettrait notamment d'intervenir au besoin, ceci en particulier sur la base de son mandat de protection des créanciers.

Comme il a été dit plus haut, cela faisait un certain nombre d'années que la CFB était consciente de l'importance d'identifier, de limiter et de surveiller les risques juridiques et de réputation dans le cas des banques actives à l'échelon international; elle avait d'ailleurs contribué à l'élaboration d'une solution dans le cadre des travaux du Comité de Bâle. Par contre, dans le cadre de ses propres activités de surveillance des banques, la CFB n'a pas suffisamment pris en compte ni imposé ces exigences.

Pour les CdG, il est important que la FINMA accorde à l'avenir une plus grande importance à ces aspects.

808 Comme indiqué au ch. 1 de la décision de la CFB du 21.12.2008, certains collaborateurs d'UBS: a) ont considéré, dans un petit nombre de cas, que les documents de clients établis en vertu des exigences du *QIA* à des fins fiscales étaient suffisants, alors qu'ils savaient ou qu'ils auraient dû savoir qu'ils ne reflétaient pas le statut fiscal du client; b) n'ont pas respecté en partie, pendant une longue période, les limites fixées par les autorités de surveillance américaines aux activités transfrontalière de services financiers; et c) ont ainsi soumis la banque à des risques juridiques et de réputation non maîtrisables.

3.6.1.4 Enquête de la CFB sur les activités transfrontalières d'UBS avec des clients privés aux Etats-Unis

La CFB avait lancé son enquête sur les activités transfrontalières d'UBS au printemps 2008, lorsque étaient apparus les premiers indices selon lesquels la conduite des affaires d'UBS dans ce secteur pourrait violer le droit suisse en matière de surveillance. Disponible le 17 décembre 2008, son rapport final avait été examiné par la CFB le 21 décembre 2008. Après quoi fut édictée la décision mentionnée plus haut.

Les CdG se sont demandées si l'enquête de la CFB n'aurait pas pu débuter plus tôt. Cette question n'est toutefois pas déterminante, car l'enquête de la CFB dépendait des progrès de l'enquête interne d'UBS à ce sujet et si la CFB avait commencé à enquêter plus tôt, elle n'aurait pas pour autant obtenu des résultats plus rapidement.

Les CdG admettent que l'enquête a dû être effectuée dans un contexte difficile: il s'agissait en effet d'analyser une situation complexe dans un délai assez court, sans oublier que certaines informations devaient d'abord être établies par l'enquête interne d'UBS et que, en parallèle, se déroulaient notamment les travaux relatifs à la demande d'entraide administrative de la *SEC* et à la lutte contre les conséquences de la crise financière.

Vu les circonstances, les collaborateurs de la CFB ont réalisé un travail considérable. Une mesure importante prise par la CFB a consisté à mandater un cabinet d'avocats suisse dont la tâche était d'éviter d'emblée toute influence nuisible sur l'enquête interne d'UBS par le biais de ses dirigeants et de garantir la pertinence de l'enquête interne, également à l'égard des autorités américaines.

Néanmoins, plusieurs aspects de l'enquête de la CFB n'ont pas convaincu les CdG:

L'indépendance de l'enquête de la CFB

Les CdG estiment que l'enquête de la CFB aurait dû faire preuve de davantage d'indépendance dans le cadre de l'analyse des dossiers de clients. Considérant les ressources en personnel limitées de la CFB, cette indépendance aurait dû être assurée par un mandat plus vaste confié au cabinet d'avocats suisse ayant participé à l'enquête de la CFB ou à un autre organisme investi de la même mission. Il est certes compréhensible que, pour des raisons d'efficacité, la CFB se soit appuyée sur les résultats de l'enquête interne d'UBS. Même si l'analyse des dossiers de clients par un tiers, sur mandat de la CFB, n'aurait peut-être pas donné de résultats différents de ceux de l'enquête interne d'UBS, une telle démarche aurait été adéquate et aurait permis de renforcer l'indépendance de la CFB, surtout vis-à-vis de l'opinion publique.

Le résumé du rapport d'enquête publié le 18 février 2009 ne fait nullement mention du fait que la CFB s'est appuyée en partie sur l'enquête interne d'UBS. Pour les CdG, il aurait été nécessaire de le faire.

La responsabilité des dirigeants d'UBS en matière de garantie de l'exercice d'une activité irréprochable

La CFB a constaté qu'UBS avait gravement contrevenu, à cause des agissements de certains de ses collaborateurs, à ses obligations de «garanties d'une activité irrépro-

chable» inscrites dans la loi sur les banques[809]. En ce qui concerne les responsabilités au sein d'UBS, le rapport final de la CFB tire deux conclusions[810]:

1. Jusqu'au quatrième niveau de direction, c'est-à-dire jusqu'à Martin Liechti y compris, un certain consensus régnait pour que, dans certains cas (isolés), on fermât un œil sur des structures dont on savait qu'elles n'étaient pas en conformité avec le droit fiscal américain et les obligations d'UBS en vertu des directives internes visant à l'application du *QIA*, ou qu'elles auraient dû être activement examinées d'un œil critique. Ce consensus permettait aussi d'accepter les déclarations des directeurs de ces structures concernant le bien-fondé économique de celles-ci.
2. L'enquête n'a révélé aucun indice selon lesquels Marcel Rohner et Peter Kurer auraient eu une connaissance active des violations contre les obligations du *QIA*.

D'après les objectifs indiqués dans le rapport de la CFB, son enquête ne visait pas en priorité à établir les responsabilités des plus hauts dirigeants d'UBS.

Au dire du vice-directeur de la CFB, il était impossible à cette dernière, par manque de temps, de mener son enquête dans les règles de l'art, c'est-à-dire, tout en s'appuyant sur le rapport final de l'enquête interne d'UBS, d'interroger tous les conseillers à la clientèle jusqu'aux plus hauts dirigeants d'UBS[811] [812]. Toutefois, la CFB a jugé nécessaire de préciser dans sa décision qu'elle n'avait pas constaté que la plus haute direction d'UBS aurait eu connaissance des opérations frauduleuses effectuées par des clients américains au détriment des autorités fiscales des Etats-Unis, ni de la violation – par ailleurs contraire aux directives applicables – de restrictions relevant du droit des titres en vigueur aux Etats-Unis par certains collaborateurs[813].

Bien que les CdG puissent comprendre que l'enquête devait être achevée dans les délais et que, pour gagner du temps, aucun interrogatoire formel des employés d'UBS n'a été organisé, elles ne sont pas convaincues par l'enquête de la CFB sous

809 «La CFB a constaté dans le cadre de son enquête que certains des collaborateurs d'UBS ont agi dans un nombre limité de cas en contradiction avec les dispositions du *QIA*. Ainsi, ils ont accepté à des fins fiscales aux Etats-Unis des déclarations écrites recueillies auprès de leurs clients, alors qu'ils savaient ou auraient dû savoir que celles-ci ne reflétaient pas fidèlement le statut fiscal desdits clients aux Etats-Unis. Par ailleurs, certains collaborateurs d'UBS ont contrevenu sur une longue période à des restrictions prudentielles américaines qui prévoient l'obligation de demander une autorisation pour fournir des prestations de services financières transfrontières à des investisseurs américains. La CFB est parvenue à la conclusion qu'UBS avait ainsi enfreint gravement les exigences en matière de garantie d'une activité irréprochable et d'organisation contenues dans la loi sur les banques. En particulier, elle n'a déterminé, limité et contrôlé que de manière insuffisante les risques juridiques liés à des affaires transfrontières avec des clients privés américains.»; communiqué de presse de la FINMA du 18.2.2009.

810 Rapport final de la CFB, p. 101.

811 Procès-verbal de l'audition par les CdG de M. Urs Zulauf, chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA, du 15.4.2010, p. 8.

812 D'après la FINMA, l'enquête n'était pas dirigée contre des personnes individuelles, mais contre UBS en tant que société. Dans une enquête contre des personnes individuelles, les droits des parties doivent être garantis, ce qui aurait retardé encore plus l'enquête.

813 Décision de la CFB du 21.12.2008, ch. 3: «Die EBK hat hingegen nicht festgestellt, dass […] die oberste Geschäftsleitung der UBS von den erwähnten Betrugsmanövern von U.S. Kunden zum Nachteil der U.S. Steuerbehörden und der weisungswidrigen Verletzung von Restriktionen des U.S. Wertschriftenrechts durch einzelne Mitarbeiter gewusst hätte.»

ce point de vue. Les CdG sont d'avis que le rapport d'enquête de la CFB ne peut ni ne doit être considéré comme un acquittement des plus hauts dirigeants d'UBS sous l'angle du droit de la surveillance.

Les CdG savent que la situation d'UBS était délicate à la fin décembre 2008, aussi bien sur le plan financier que dans le domaine des activités transfrontalières aux Etats-Unis. Toute mesure prise contre UBS aurait pu aggraver la déstabilisation de la banque. Malgré cela, les CdG estiment que la CFB accorde trop d'importance à sa déclaration selon laquelle l'enquête n'a rien révélé sur une connaissance «active» qu'auraient eue Marcel Rohner et Peter Kurer des infractions aux obligations fixées par le *QIA*.

Etant donné l'ampleur de cette affaire, les CdG sont convaincues que la question de savoir dans quelle mesure les plus hauts dirigeants d'UBS connaissaient les infractions au *QIA* commises par leur banque devrait être éclaircie en profondeur par la FINMA, même sans intérêt actuel juridiquement protégé[814]. Si de tels cas se reproduisaient à l'avenir, la question de la responsabilité devrait être éclaircie d'office et de manière systématique.

Recommandation 10

En raison de la portée de cette affaire, les CdG invitent la FINMA à éclaircir en profondeur dans quelle mesure les plus hauts dirigeants d'UBS avaient connaissance des infractions au *QIA* commises par la banque et ses collaborateurs.

S'agissant d'une éventuelle responsabilité pénale des anciens dirigeants d'UBS, les CdG notent que les autorités zurichoises de poursuite pénale ont contrôlé à deux reprises, dans le cadre de plaintes pénales qu'elles avaient à traiter, les activités transfrontalières d'UBS avec des clients privés aux Etats-Unis. Dans ce contexte, aucun soupçon de délits selon le droit suisse n'a toutefois été constaté[815]. Selon les déclarations de la FINMA, le Ministère public du canton de Zurich était en possession du rapport d'enquête détaillé de la CFB pour l'examen de la seconde plainte pénale.

3.6.1.5 Adéquation de la communication

Il a fallu beaucoup de temps au Conseil fédéral et au DFF pour prendre l'affaire au sérieux et pour mesurer l'urgence des mesures nécessaires au cours de l'automne et de l'hiver 2008. Lors de leurs investigations, les CdG ont constaté que l'entretien du Conseil fédéral avec le président de la BNS en décembre 2008 avait joué un rôle capital pour la sensibilisation du gouvernement dans son ensemble au problème en question. Le président de la BNS avait profité de cette occasion pour informer le Conseil fédéral de la gravité de la situation et de l'urgence de prendre des mesures.

814 Un tel intérêt existe tant qu'une personne fait partie du haut *management* d'une banque ou souhaite accéder à une telle position.

815 Communiqués de presse du Ministère public III du canton de Zurich des 15.12.2009 et 17.2.2010.

La CFB avait tenté de faire de même, sur une plus longue période, à des niveaux hiérarchiques inférieurs, mais elle n'avait pas eu le même succès.

Les CdG estiment que si la CFB avait informé en temps utile et de manière explicite le Conseil fédéral de son appréciation de la situation au moyen d'une lettre formelle, cela aurait eu plus d'impact et aurait permis au dossier d'être inscrit plus tôt à l'ordre du jour du Conseil fédéral. Ainsi, l'autorité politique aurait été contrainte de se saisir du dossier, en veillant à la répartition des tâches entre la CFB, le Conseil fédéral et les départements concernés. A aucun moment la CFB ou, ultérieurement, le conseil d'administration de la FINMA, n'a adressé une telle lettre au Conseil fédéral.

Par ailleurs, les CdG sont d'avis que la récusation du président de la CFB, d'août à novembre 2008, n'a pas été favorable à la gestion de ce dossier. La CFB aurait dû désigner un des vice-présidents pour la conduite du dossier, car ce dernier aurait pu défendre avec davantage de poids le point de vue de la CFB grâce à sa position, notamment envers le DFF.

En conséquence, les CdG sont convaincues que le président du conseil d'administration de la FINMA devrait être invité à informer régulièrement le Conseil fédéral comme le fait déjà le président de la BNS, sur la situation et les principaux développements regardant le domaine d'activité de la FINMA. Au vu de la rapide évolution des marchés financiers, ces rencontres devraient pouvoir avoir lieu également sur la demande du conseil d'administration de la FINMA, au moins avec la délégation de l'économie du Conseil fédéral.

Motion 1

Le Conseil fédéral est chargé d'inviter régulièrement le président du conseil d'administration de la FINMA à un entretien. Sur la demande du conseil d'administration de la FINMA, d'autres entretiens peuvent aussi avoir lieu entre le président du conseil d'administration de la FINMA et la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques.

3.6.1.6 Décharge aux responsables d'UBS

Tout comme le grand public, les CdG ont été étonnées d'apprendre que le conseil d'administration d'UBS avait proposé à l'assemblée générale d'UBS, qui se réunissait le 14 avril 2010, de donner décharge tant au conseil d'administration d'UBS qu'à sa direction, notamment pour les années 2007 et 2008.

Considérant les constatations faites au sujet du rapport final de la CFB et indiquées ci-dessus (voir chap. 3.6.1.4), le groupe de travail des CdG, qui a procédé à l'enquête sur mandat des CdG, a été extrêmement surpris par cette façon de faire. C'est pourquoi il a invité le président de la FINMA à un entretien urgent le 24 mars 2010. Lors dudit entretien, celui-ci a informé le groupe de travail qu'il n'existait aucune base légale permettant à la FINMA d'intervenir dans cette affaire.

Quoique la décision de donner décharge incombât évidemment aux actionnaires d'UBS, le groupe de travail n'était pas satisfait de la situation. Il a donc suggéré au président de la FINMA d'inviter le conseil d'administration d'UBS, tout au moins

sous la forme d'une recommandation, à supprimer la décharge pour ces deux années sur l'ordre du jour de l'assemblée générale.

Même si la démocratie de l'actionnariat a bien fonctionné dans ce cas précis – l'assemblée générale d'UBS a refusé la décharge pour l'année 2007 –, les CdG estiment que les bases légales de la décharge doivent être analysées par les commissions législatives compétentes en la matière. Dans des cas aussi graves, il faudrait, de l'avis des CdG, que la FINMA établisse d'abord de façon irréfutable si les personnes occupant les plus hautes fonctions dans une banque ont contrevenu aux exigences en matière de garantie de l'exercice d'une activité irréprochable.

Recommandation 11

Les CdG invitent les commissions législatives compétentes à analyser les dispositions légales régissant la décharge donnée par une assemblée générale dans le secteur bancaire.

3.6.1.7 Rôle de l'entreprise de révision d'UBS en relation avec le *QIA*

Les banques établies en Suisse qui ont conclu un *QIA* avec les Etats-Unis sont contrôlées à double titre par les entreprises de révision: d'une part, ces dernières contrôlent les banques en vertu des dispositions déterminantes du droit suisse et, d'autre part, elles exercent une activité de surveillance en contrôlant le respect des obligations qui découlent du *QIA*.

Dans le cadre de son enquête, la CFB s'est penchée sur l'activité de surveillance de l'entreprise de révision concernée. Elle est parvenue à la conclusion que la révision interne de la société chargée de l'audit n'avait révélé les problèmes concrets, alors objets de l'enquête de la CFB et de la procédure du *DOJ*, de la *SEC* et de l'*IRS,* dans aucun des contrôles réalisés en vue de l'introduction et la mise en œuvre du *QIA*. Cependant, l'activité de surveillance du *Group internal Audit UBS* et de l'entreprise chargée de la révision du *QIA* n'était par ailleurs pas axée sur le dépistage de faits de ce genre[816].

Cette constatation elle non plus ne satisfait pas les CdG. Celles-ci estiment qu'il est important que les attributions des entreprises de révision opérant pour les grandes banques soient analysées et que leur mission de contrôle soit renforcée. Les entreprises de révision devront désormais apporter une plus-value à la surveillance des banques.

816 Rapport final de la CFB, p. 110: La CFB en avait conclu que «in keiner der im Hinblick auf die Einführung und die Umsetzung des *QIA* durchgeführten Prüfungen […] von der internen Revision der mit dem *QI-Audit* betrauten Prüfgesellschaft die konkreten Probleme aufgezeigt [wurden], die nun Gegenstand der Untersuchung der EBK und der Verfahren des *DOJ*, der *SEC* und des *IRS* sind. Die Prüftätigkeit des *Group internal Audit UBS* und der *QIA*-Revisionfirma war aber auch nicht darauf ausgerichtet, solche Sachverhalte aufzuspüren.»

Postulat 1

Le Conseil fédéral est chargé d'analyser le rôle des entreprises de révision tel qu'il est défini par la législation suisse lorsqu'elles contrôlent les grandes banques et de rendre compte des mesures légales ou autres qu'il serait possible de prendre afin de renforcer leur rôle en faveur de la surveillance des banques.

3.6.2 Banque nationale suisse

La BNS a joué un rôle primordial dans la transmission des informations sur les risques pour la stabilité du système financier.

Bien que ce dossier ne couvrait pas directement son champ de compétences et qu'elle n'était pas intégrée comme membre au groupe de travail Karrer, la BNS s'est cependant, à juste titre, sentie de plus en plus concernée par l'aggravation majeure des risques juridiques encourus par UBS dans le cadre de ses démêlés avec la justice américaine.

Dès le 5 août 2008, la *Fed* a régulièrement averti la BNS de la menace sur l'existence même d'UBS qu'impliquerait une plainte pénale du *DOJ* contre elle. La BNS a toujours rempli son rôle en informant la CFB/FINMA et le DFF de la situation précaire d'UBS. A maintes reprises, la BNS a également averti UBS.

Suite à la déstabilisation d'UBS dans la crise financière, le suivi de la banque par la BNS s'est fortement accentué. Dans ce contexte et sur la base des avertissements d'outre-atlantique, la direction générale de la BNS est alors intervenue les 1er novembre 2008 et 20 novembre 2008 auprès de ses homologues américains de la *Fed* et des représentants du Trésor pour tenter de convaincre le *DOJ* d'attendre les résultats de l'entraide administrative avant de déposer une plainte pénale contre UBS. Elle a utilisé ses réseaux pour essayer de faire entendre les intérêts de la Suisse. En ce sens, la BNS a réagi de façon adéquate, en prenant les devants et en faisant comprendre l'importance du maintien de la stabilité du système financier suisse. Elle en a également informé le chef du DFF.

Les représentants de la BNS ont également clairement exprimé auprès de leurs homologues de la *Fed* l'importance du maintien de la stabilité du système financier suisse. Par ailleurs, la *Fed* et la BNS convergeaient dans leurs analyses de la situation pour souligner les conséquences graves qu'une plainte pénale contre UBS, c'est-à-dire la faillite certaine de la banque, impliquerait pour la stabilité du système financier américain encore convalescent après la faillite de *Lehman & Brothers* et toujours marqué par un manque de confiance sur les marchés financiers.

La BNS a également pris l'initiative d'informer le Conseil fédéral, lors de sa rencontre annuelle le 12 décembre 2008, sur le risque systémique qu'encourrait toute l'économie suisse à cause des menaces d'*indictment* de la justice américaine contre UBS. Grâce aux explications du président de la BNS, le Conseil fédéral a alors enfin saisi que c'est l'existence de la banque qui était en jeu dans le dossier des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis.

Jusqu'à ce que la menace d'une plainte pénale contre UBS ait été écartée, la BNS a continué à s'informer sur le comportement du *DOJ* auprès de la *Fed*, notamment le

12 janvier 2009, et à recevoir des autorités suisses des informations sur l'évolution du dossier.

Ainsi, la BNS a non seulement intercédé à de multiples reprises en faveur des autorités suisses auprès de ses homologues américains, mais elle a surtout assuré efficacement et avec discernement la transmission des informations cruciales concernant les risques d'une plainte pénale contre UBS. Finalement, c'est à la SNB que revient le mérite d'avoir informé le Conseil fédéral des risques inhérents au dossier. Elle doit donc continuer à jouer ce rôle de veilleuse et de gardienne de la stabilité financière suisse auprès des autorités administratives et politiques. Dans ce but et en raison de son rôle absolument indispensable pour le maintien et la survie de la place financière suisse, elle doit avoir des contacts réguliers avec le Conseil fédéral.

Recommandation 12

Le Conseil fédéral rencontre régulièrement la Direction de la BNS et prend les mesures nécessaires pour que la BNS ait un accès privilégié au collège gouvernemental quand elle le juge nécessaire.

3.6.3 Département fédéral des finances

3.6.3.1 Généralités

Dans un premier temps, le DFF s'est distingué par son action rapide: il a créé un groupe de travail interdépartemental en mai 2008, après avoir eu connaissance des problèmes rencontrés par UBS dans le cadre de ses activités transfrontalières aux Etats-Unis et des démarches des autorités américaines visant à obtenir la livraison d'un grand nombre de données bancaires. Il s'agit là d'une mesure positive.

Un facteur a entravé le traitement du dossier: le changement d'administration aux Etats-Unis a produit un vide au niveau du pouvoir politique, vide qui a rendu impossible dès la fin de l'automne 2008 une solution politique à la crise.

L'absence de mandat écrit définissant la mission du groupe de travail, les moyens à sa disposition, les compétences qui lui sont dévolues, les modalités relatives à la manière d'informer la hiérarchie ainsi que le calendrier à respecter a eu un impact négatif. Comme les CdG l'ont constaté, le groupe de travail ne considérait pas que ce fût à lui de formuler un mandat de ce genre et de le faire approuver par les chefs des départements concernés (DFF, DFAE et DFJP). D'ailleurs, le groupe de travail ne disposait pas de compétences plus étendues que celles qui revenaient à ses différents membres en leur qualité de cadres moyens.

Faute de mandat, le groupe de travail n'a pas abordé ou été en mesure d'aborder à temps et de manière globale la question de la transmission des données et de l'atteinte au secret bancaire qu'elle impliquait. Son approche restait fragmentaire et son objectif se limitait à amener les autorités américaines à opter pour la voie de l'entraide administrative. L'objectif une fois atteint, le groupe de travail considéra qu'il n'était plus nécessaire de se réunir à nouveau. S'il est vrai que les membres du groupe de travail ont généralement continué à recevoir des informations très détaillées de la part des différents acteurs, ces informations ont été de moins en moins utilisées, faute de demandes explicites de la hiérarchie. Dès la fin de l'été 2008, les

anciens membres du groupe de travail se sont retrouvés littéralement submergés par un flot d'informations qui ne se tarit plus jusqu'au 18 février 2009, date à laquelle la FINMA a rendu sa décision.

Il faut reprocher au chef du DFF le fait qu'il n'ait pas mis sur pied dès le départ une organisation de projet claire, ce qui aurait été absolument nécessaire en raison de la dimension politique de la transmission de données bancaires voulue par les Etats-Unis. Une implication plus rapide des cheffes du DFAE et du DFJP aurait permis au chef du DFF d'asseoir plus largement la conduite politique du groupe de travail, ce qui aurait pu permettre de définir une autre stratégie. On ne peut pas non plus exclure que l'entraide administrative aurait donné de meilleurs résultats et ceci surtout plus rapidement.

Les CdG concluent que le principe départemental, interprété de manière fort étroite par le chef du DFF, a finalement constitué un obstacle à l'émergence d'autres solutions.

3.6.3.2 Problématique de l'entraide administrative

Le DFF s'était engagé en faveur de la transmission des données dans le cadre d'une procédure d'entraide administrative, estimant à raison qu'il serait ainsi plus rapide de satisfaire la demande des Etats-Unis que par la voie de l'entraide judiciaire, lourde et plus lente.

Les CdG, qui ne contestent aucunement cette appréciation, condamnent toutefois le fait que l'on n'ait pas cherché à savoir si l'AFF disposait de suffisamment de personnel pour traiter rapidement – autrement dit dans des délais acceptables pour les autorités américaines – un grand nombre de dossiers traitant de sujets complexes, voire inédits. Il aurait aussi fallu définir suffisamment tôt les mesures qui s'imposent, voire en mettre déjà une partie en œuvre, de manière à ce que le traitement des cas individuels puisse débuter en temps voulu. Ainsi, il aurait notamment été tout à fait possible de dégager d'éventuels moyens financiers supplémentaires, de procéder aux premières clarifications juridiques, de mandater les premiers avis de droit, d'élaborer des modèles de décision et de prévoir des solutions visant à augmenter rapidement les effectifs de personnel juridique de l'AFF avant que la demande d'entraide administrative ne soit formellement déposée.

Ce manque de préparation a eu des conséquences négatives dès la mi-juillet 2008, date du dépôt par les Etats-Unis de leur demande d'entraide administrative. Dans sa configuration de l'époque, l'AFF n'était tout simplement pas en mesure de faire face aux exigences qu'impliquait cette procédure; la recherche de personnel ad hoc a fait perdre un temps précieux (des semaines voire des mois) à l'administration. Le processus de recrutement a donné lieu à un gaspillage d'énergie au sein du département, révélateur du manque de préparation de l'AFF.

Les CdG en concluent que, à la mi-juillet 2008, l'AFF n'était absolument pas en mesure de livrer rapidement les résultats souhaités, sans compter le fait que le DFF n'avait pas jugé utile d'informer en bonne et due forme le TAF de l'avalanche prévisible de recours et des contraintes de calendrier auxquelles les autorités suisses devraient faire face.

Par conséquent, les efforts entamés dès fin mai 2008 pour convaincre les autorités américaines de la pertinence de l'entraide administrative étaient dès le départ voués à l'échec.

Le chef du DFF a omis de faire procéder suffisamment tôt aux éclaircissements au sein de son département, sur la base desquels auraient été prises des mesures à même de garantir l'exécution rapide de la demande d'entraide administrative. Les autorités américaines ont été ainsi confortées dans leur idée que leurs homologues suisses n'étaient pas du tout disposés à contribuer activement à la recherche d'une solution. Comme le montreront les travaux ultérieurs du Conseil fédéral et des départements concernés relatifs aux négociations concernant la nouvelle CDI et à la procédure d'entraide administrative qu'elle implique, il aurait été possible, d'une manière générale, de créer des conditions adéquates plus tôt.

3.6.3.3 Appréciation des informations transmises au chef du DFF par le responsable du groupe de travail et les autres acteurs

Même après le dépôt par les autorités américaines de la demande d'entraide administrative, le chef du DFF a été informé régulièrement par Alexander Karrer des derniers développements de l'affaire UBS et notamment de l'impatience croissante des autorités américaines.

Les CdG ne sont pas vraiment parvenues à savoir si et comment le chef du DFF avait suivi la situation au sein de l'AFF. Ce dernier aurait dû être au moins conscient du fait que les perspectives d'une issue heureuse de la procédure d'entraide administrative étaient plus qu'incertaines, faute d'une préparation ad hoc de l'AFF. Il est par contre certain que, suite à l'information du chef du DFF du 19 septembre 2008, le Conseil fédéral avait mandaté celui-ci d'élaborer des scénarios au cas où une action rapide serait nécessaire. Il faut donc en conclure que deux mois après le dépôt de la demande, le chef du DFF et le Conseil fédéral n'excluaient pas que la procédure d'entraide administrative se solde par un échec.

L'absence du chef du DFF pour des raisons de santé (à partir du 21 septembre 2008) s'est répercutée sur le mandat qui lui avait été confié par le collège gouvernemental le 19 septembre 2008. Mais même après avoir repris ses fonctions, le chef du DFF n'a pas considéré ce mandat comme prioritaire. Il n'a d'ailleurs soumis à aucun moment des propositions en bonne et due forme à ses collègues.

Après avoir repris ses fonctions au début du mois de novembre 2008, le chef du DFF et son homologue du DFJP ont entamé une démarche conjointe qui a conduit, le 10 novembre 2008, à l'envoi d'une lettre aux ministres américains concernés. Le 14 novembre 2008, Alexander Karrer a attiré clairement l'attention du chef du DFF sur l'escalade du conflit au niveau politique; le 18 novembre 2008, le chef du DFF et son homologue du DFJP ont même été jusqu'à examiner les options d'action élaborées à l'origine par la CFB et adaptées par Alexander Karrer, en présence de représentants de la CFB qui ont par ailleurs fait part de leur propre analyse aux deux conseillers fédéraux.

Comme l'a montré la suite des événements, une réorientation du dossier au niveau politique n'était déjà plus possible dès la mi-novembre 2008, faute de marge de manœuvre disponible. Au contraire, il était devenu évident que la procédure d'en-

traide administrative était beaucoup trop lente et que les autorités américaines ne tarderaient pas à perdre patience.

A posteriori, les CdG ne comprennent pas que le DFF n'ait pas envoyé de représentant de l'AFF à la rencontre du 17 octobre 2008 à New-York, lors de laquelle le cabinet d'avocats américain mandaté par UBS a présenté aux autorités américaines (*DOJ, IRS, SEC, Fed* et *N.Y. Fed*), à la CFB et à UBS les résultats de son enquête au sujet des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis. La présence coordonnée de nombreuses autorités américaines à cette présentation était pourtant un signe tangible de l'importance majeure du dossier pour les Etats-Unis.

Autre point incompréhensible: le DFF s'est totalement distancé des négociations de conciliation qu'UBS avait entamées en novembre 2008 avec les autorités américaines car il attendait que la CFB se charge de superviser la procédure. L'opinion implicite du chef du DFF, qu'il a plus ou moins exprimé devant les CdG, est qu'il incombait à UBS seule de résoudre le problème vu qu'elle l'avait généré elle-même. Bien qu'en partie compréhensible, cette opinion a conduit les autorités suisses dans une impasse. Se fondant sur sa conception de l'Etat, le chef du DFF était toujours parti du principe que celui-ci ne devait décider de transmettre des données bancaires hors procédure d'entraide administrative qu'en tout dernier ressort; c'est pour cette raison que les mesures correspondantes n'ont été étudiées qu'au moment où la marge de manœuvre du DFF et du Conseil fédéral était fortement restreinte. En agissant ainsi, le chef du DFF a privé son département et le Conseil fédéral de certaines options d'action, ce que les CdG considèrent comme une erreur fatale.

En résumé, les CdG arrivent à la conclusion que le DFF et son chef disposaient, dès mars 2008, de toutes les informations leur permettant, en se fondant sur une analyse détaillée de la situation de départ, d'utiliser de manière optimale la marge de manœuvre encore disponible. Mais pour cela, il aurait fallu, d'une part, impliquer suffisamment tôt le collège gouvernemental dans le processus et, d'autre part, ne pas orienter la stratégie pour la place financière exclusivement en fonction des rapports entretenus avec les Etats-Unis, mais également avec les autres pays avec lesquels la Suisse a conclu des CDI.

Les informations mises à la disposition du DFF par les acteurs extérieurs se sont avérées tout à fait fiables, et témoignent de l'efficacité des réseaux constitués. Cependant, leur valeur diminuait à mesure que la procédure d'entraide administrative s'enlisait, car elles ne pouvaient dès lors plus être utilisées de manière optimale.

Enfin, les CdG ont également constaté que personne, au Secrétariat général du DFF, ne semblait avoir été chargé de conserver une vue d'ensemble sur l'affaire. On peut donc légitimement s'interroger sur l'efficacité de l'organisation du Secrétariat général, sur la fonction de ce dernier et sur sa raison d'être. Les CdG estiment qu'il aurait été très important qu'une personne compétente du Secrétariat général en contact avec le chef du DFF soit informée constamment des derniers développements du dossier.

3.6.3.4 Echanges d'informations entre les cheffes du DFJP et du DFAE/information du Conseil fédéral par le DFF

Pour autant que les CdG aient pu le constater, ce dossier n'a pas donné lieu à un échange d'informations régulier et direct entre le chef du DFF et les cheffes du DFAE et du DFJP, même si les développements de l'affaire avaient des répercussions sur certaines tâches et certaines compétences centrales des deux autres départements mentionnés. Des contacts directs et, partant, une collaboration entre le chef du DFF et son homologue du DFJP avaient eu lieu ponctuellement dès novembre 2008, lorsqu'il s'est agi d'intervenir auprès des plus hautes autorités américaines (lettre du 10 novembre 2008) et lorsqu'il a fallu discuter (pour la première fois) des options d'action relatives à une éventuelle transmission de données. Cette collaboration relevait toutefois de l'exception et dépendait selon toute vraisemblance fortement du fait que les différents acteurs ont continué à informer directement la cheffe du DFJP même après que le chef du DFF a repris ses fonctions. Les CdG n'ont par contre pas connaissance de contacts bilatéraux entre le chef du DFF et son homologue du DFAE.

En général, les CdG considèrent que le DFF n'a pas informé suffisamment tôt et de manière exhaustive le Conseil fédéral des développements de ce dossier, lequel relevait de ses compétences.

3.6.3.5 Expertise juridique au DFF

En décembre 2008, la situation était bloquée. Il était alors clair que la procédure d'entraide administrative de l'AFF ne pouvait pas être accélérée suffisamment pour que les exigences des autorités américaines soient satisfaites. La nécessité de communiquer les données hors procédure d'entraide administrative était devenue impérieuse. Jusqu'à ce que la CFB propose de livrer les données en se fondant sur les art. 25 et 26 LB, seule la transmission de données par le Conseil fédéral sur la base de la Constitution aurait permis de donner suite dans les temps aux demandes des autorités américaines. Les chefs du DFF et du DFJP, suivis ensuite par le Conseil fédéral avaient cependant rejeté cette solution dès le départ. C'est plus tard que le Conseil fédéral s'est rallié à cette option.

La proposition de la CFB relative à une transmission des données en se fondant sur la LB n'a fait l'objet d'aucune analyse, notamment de la part du DFF. Pour les CdG, le DFF aurait impérativement dû soumettre cette procédure à une expertise juridique indépendante, non pas parce qu'il ne fallait pas faire confiance à la CFB, mais parce qu'une décision de cette portée devait reposer sur des bases solides. Par rapport à la procédure fondée sur la Constitution, cette solution aurait constitué une mesure de moindre portée, qui aurait permis au Conseil fédéral d'éviter le recours au droit d'urgence. En dépit de ses obligations, le DFF n'a fourni au Conseil fédéral ni

expertise juridique complète des deux solutions, ni comparaison[817]. En conséquence, la question a été remise sur le tapis à la séance du Conseil fédéral du 18 février 2009, lorsqu'un de ses membres a relevé que la responsabilité de l'Etat pourrait être exclue avec certitude uniquement si le gouvernement ordonnait la transmission des données en se fondant sur la Constitution.

3.6.4 DFAE et DFJP

Les CdG ont décidé d'évaluer simultanément le rôle du DFAE et celui du DFJP, car ils présentent plusieurs analogies.

Les services concernés par ce dossier au DFAE (l'ambassade de Suisse aux Etats-Unis et la DP V) et au DFJP (l'OFJ) ont joué un rôle important dans l'examen des différentes questions qui se sont posées au long de l'affaire. Dans le cadre de leurs compétences respectives, ils ont fait tout ce qu'il leur était possible pour endiguer le flot de problèmes soulevés par les enquêtes américaines.

L'ambassade de Suisse aux Etats-Unis est très vite devenue un acteur en vue dans ce dossier, assurant notamment avec beaucoup d'engagement sa fonction de charnière entre autorités américaines et autorités suisses. Les appréciations portées sur place par l'ambassade sur la situation ont constitué une plus-value évidente, dont ont profité toutes les autorités suisses concernées. Très tôt, l'ambassade de Suisse a mesuré l'ampleur des exigences liées à la transmission de données de clients. La contribution de l'avocat-conseil de l'ambassade a représenté une étape importante et témoigne des efforts fournis par les services concernés en vue de livrer des informations pertinentes. La DP V a également joué un rôle actif dans ce dossier, du moins dans une première phase. Pour de mystérieuses raisons, elle a ensuite été reléguée à l'arrière-plan.

Quant à l'OFJ, il convient de souligner notamment le rôle positif qu'il a joué lorsqu'il s'est agi d'inciter les autorités américaines à déposer une demande d'entraide administrative auprès de l'AFC. Par la suite, l'OFJ n'a toutefois été consulté que ponctuellement, sur des questions juridiques. Ses compétences ont quand même permis aux autorités fédérales d'analyser d'un œil critique les interprétations d'UBS concernant certaines questions juridiques et de gagner ainsi en indépendance. Néanmoins, les CdG estiment que les compétences juridiques de l'OFJ auraient pu, et même auraient dû, être encore davantage mises à profit, par exemple dans le cadre d'investigations approfondies sur la transmission de données de clients en vertu du droit de nécessité ou sur le risque de responsabilité de l'Etat par rapport aux différentes options qui se présentaient. Quoi qu'il en soit, le fait que l'OFJ n'ait pas été plus sollicité ne lui est pas imputable, mais relève de la responsabilité du Conseil fédéral.

S'agissant de la fonction du secrétaire d'Etat au DFAE, les CdG n'ont pas pu se forger une opinion tranchée: lors de l'audition de la cheffe du DFAE, il est apparu

817 L'exposé d'une page établi par le Service juridique du DFF le 19.1.2009 concernant la responsabilité de l'Etat découlant d'une décision ou d'une ordonnance du Conseil fédéral fondée sur l'art. 184, al. 3, Cst. ne saurait être considéré comme une étude approfondie et exhaustive de cette question cruciale. Le DFF n'a pas non plus procédé à une comparaison du risque que chacune des deux solutions représentait pour la responsabilité de l'Etat. Voir à ce sujet doc. 127 du dossier de conduite du DFF.

que le secrétaire d'Etat avait joué dans ce dossier un rôle plus important que cela n'était apparu lors de son audition devant les CdG.

Le constat déjà établi dans le chapitre consacré au DFF, selon laquelle le secrétariat général ou, comme au DFAE, le secrétaire d'Etat, devraient être sollicités comme il se doit en vue d'une information optimale du chef de département ou d'un suivi adéquat de tout dossier potentiellement important, s'applique également au DFAE et au DFJP. Quant à savoir si tel était le cas au DFAE, les CdG ne sont pas en mesure – ainsi qu'il l'a été dit plus haut – de se prononcer de façon catégorique. Se fondant sur les données dont elles disposent, elles partent pourtant de l'idée qu'une participation accrue du secrétaire d'Etat aurait été souhaitable. Pour ce qui est du DFJP, les CdG ignorent si une personne du Secrétariat général a suivi ce dossier de près.

Recommandation 13

Les CdG invitent le Conseil fédéral à faire en sorte que, pour le suivi de dossiers importants – en particulier s'ils touchent différents départements –, le Secrétariat général du département concerné participe de manière appropriée aux flux d'informations afin de pouvoir assumer sa fonction d'état-major du département et du chef de département.

Un autre parallèle peut être développé entre ces deux départements: aussi bien la cheffe du DFAE que celle du DFJP ont ou auraient pu obtenir des informations plus détaillées sur les problèmes rencontrés dans ce dossier, et ce, grâce à l'implication de services qui leur sont subordonnés ainsi qu'au fait que la cheffe du DFJP est la suppléante du chef du DFF. Elles avaient ainsi la possibilité – contrairement aux chefs des autres départements, qui n'étaient pas touchés – d'aborder le sujet soit de façon bilatérale, soit avec le chef du DFF ou le Conseil fédéral dans son ensemble. Autant qu'il est permis d'en juger, en l'absence de traces écrites suffisamment exhaustives des séances du Conseil fédéral et sur la base des auditions menées par les CdG, les deux cheffes de département précitées ont insuffisamment exploité ces informations et, partant, n'ont pas assumé de manière adéquate leurs responsabilités en tant que membres du gouvernement. C'est ainsi que s'est envolée une chance de voir l'intégralité du Conseil fédéral se pencher plus rapidement et de façon pertinente sur cette affaire.

Le DFAE n'a pas profité de ce dossier pour effectuer ou demander un examen global du domaine concerné sous l'angle de la politique extérieure, ce qui aurait permis au Conseil fédéral d'inscrire le développement de l'affaire UBS/Etats-Unis dans une perspective plus générale. Pour sa part, le DFJP n'a pas non plus procédé à une évaluation juridique globale des possibilités d'action à l'intention du Conseil fédéral. Entre autres, il n'a pas étudié de manière approfondie et exhaustive la question de la transmission de données sur la base de la Constitution fédérale, pas plus qu'il n'a clarifié cette même question du point de vue légal sur la base de la LB. Bien que les CdG admettent que l'OFJ ne peut être le centre de compétences pour tous les domaines du droit, elles estiment qu'il devrait toujours être consulté dès lors qu'il s'agit d'aborder des questions juridiques fondamentales au sein du collège gouvernemental. L'OFJ devrait alors être à même de fournir au moins une appréciation constituant un deuxième avis.

Recommandation 14

Les CdG invitent le Conseil fédéral à demander systématiquement, lorsqu'il est appelé à se pencher sur d'importantes questions juridiques, une analyse approfondie et une appréciation à l'OFJ.

3.6.5 Conseil fédéral

3.6.5.1 Généralités sur la méthode de travail du Conseil fédéral

3.6.5.1.1 Forme écrite des délibérations

Selon les renseignements obtenus de la ChF, chaque séance du Conseil fédéral fait l'objet de trois genres différents de verbalisation: 1. Procès-verbal de décision pour toutes les affaires portées à l'ordre du jour. Le procès-verbal de décision est très bref, il révèle uniquement si une affaire a été adoptée selon la proposition faite au conseil ou renvoyée. Mais il ne dit pas comment la décision a été prise. 2. Chaque affaire fait l'objet d'un arrêté du Conseil fédéral. Cet arrêté reflète les décisions prises pour chaque affaire particulière. 3. Enfin, ce qu'on appelle le «procès-verbal vert» rend compte du déroulement chronologique de la séance et indique les demandes successives de parole. Ce procès-verbal est rédigé par l'un des vice-chanceliers. Etant donné qu'il ne s'agit pas d'un compte rendu substantiel ou sténographique, le «procès-verbal vert» n'est pas non plus approuvé par le Conseil fédéral. Les séances du Conseil fédéral ne font pas l'objet d'un enregistrement sur bande magnétique. La chancelière fédérale tient à relever que le «procès-verbal vert» constitue une prestation fournie par la ChF, prestation qui n'existe pas sous cette forme dans les cantons.

Le «procès-verbal vert» est remis aux membres du Conseil fédéral, après qu'il a été rédigé. La chancelière de la Confédération et les vice-chanceliers, qui prennent également part à la séance du Conseil fédéral, en reçoivent aussi un exemplaire personnel. Ce procès-verbal doit être conservé sous clé par chacun. Lorsqu'un membre quitte le Conseil fédéral, la chancelière de la Confédération obtient restitution du procès-verbal personnel du démissionnaire et le détruit. Un exemplaire du «procès-verbal vert» est remis aux Archives fédérales. Il est protégé et inaccessible au public durant 50 ans.

Pour la période allant du 26 septembre 2008 à la fin de l'année, le président de la Confédération alors en fonction avait donné au vice-chancelier l'ordre de renoncer à rédiger un «procès-verbal vert» des discussions sur UBS. La question n'avait pas fait l'objet d'une décision collégiale formelle et aucun membre du Conseil fédéral ne s'était opposé à l'ordre donné par le président de la Confédération. Même la chancelière ne s'y était pas opposée mais pour sa part, elle avait prié les deux vice-chanceliers de continuer à prendre des notes, ce qu'ils ont fait.

Selon les indications de la chancelière de la Confédération, cet ordre avait été donné par le président de la Confédération à la séance lors de laquelle la cheffe du DFJP, agissant comme suppléante du chef du DFF, avait informé le Conseil fédéral pour la première fois de la situation d'UBS, à savoir le 26 septembre 2008.

Ainsi qu'ont pu le constater les CdG, l'ordre présidentiel est, de fait, resté en vigueur au-delà de la fin de l'année 2008. Cet ordre ne concernait pas seulement les affaires et les informations sur la recapitalisation d'UBS au sens étroit du terme, mais encore toutes les questions relatives aux activités transfrontalières d'UBS. Cette procédure soulève la question du suivi des affaires au Conseil fédéral et du niveau de l'information de chacun des membres du Conseil fédéral.

C'est le 12 février 2009 seulement que le Conseil fédéral s'est posé pour la première fois la question de savoir pourquoi il n'y avait pas de «procès-verbal vert» sur les affaires d'UBS et qu'il a ressenti cela comme une lacune. A cette occasion, la chancelière de la Confédération avait expliqué au collège gouvernemental que des notes de séances avaient été prises et qu'elle les remettrait à tous les conseillers fédéraux. Le défaut de ce «procès-verbal vert» a fait l'objet d'une nouvelle discussion lors de la séance du Conseil fédéral du 18 février 2009. La Chancellerie y fut invitée à transmettre les notes qu'elle avait prises à ce sujet aux membres du collège gouvernemental jusqu'au 19 février 2009. Il s'agit d'un document de 11 pages intitulé «Notes en style télégraphique sur les discussions de septembre 2008 à janvier 2009».

Lors de leur audition devant les CdG, la majorité des membres actuels ou anciens du collège gouvernemental ont qualifié rétrospectivement la renonciation au «procès-verbal vert» comme une décision erronée et comme une lacune. Mais ils ont également tous souligné que la décision prise par le président de la Confédération avait, en fin de compte, été appuyée par tous les membres du collège gouvernemental. Il a également été allégué qu'il s'agissait là d'un incident unique, ce qui – comme le savent les CdG – ne reflète pas entièrement les faits. En effet, dans l'affaire Tinner, le Conseil fédéral avait par moment renoncé à verbaliser les débats et même une fois, à faire participer la chancelière de la Confédération à une séance, alors que sa participation est prescrite par la loi.

Dans leurs investigations, les CdG ont également constaté que le Conseil fédéral peinait à faire respecter la discrétion concernant les propositions ou les documents de travail à caractère secret. Les CdG doutent beaucoup du traitement de la protection des informations conforme aux prescriptions en vigueur par les membres du Conseil fédéral.

Selon ce qu'ont appris les CdG, le «procès-verbal vert» ne comporte fréquemment que peu ou pas d'indications sur les informations données oralement concernant les départements. La présente inspection a permis de reconstruire les faits et d'établir que, sous les points de l'ordre du jour concernant les «divers» et les «questions», le chef du DFF avait fourni régulièrement, durant plusieurs mois, des informations orales sur UBS ou les activités transfrontalières d'UBS. Ces informations n'ont pas été reprises dans le «procès-verbal vert», en conséquence de quoi les membres du collège n'ont, pendant longtemps, pas du tout saisi le sérieux de la situation.

Les CdG estiment qu'il faut sauvegarder la forme écrite dans toutes les situations. On ne saurait admettre l'argument du danger d'indiscrétion avancé par certains membres. Elles estiment que le collège gouvernemental fédéral peut et doit être en mesure de gérer des informations hautement délicates et de mener des affaires épineuses à terme, c'est-à-dire jusqu'à la prise de décision par le collège. Les dispositions sur la classification des affaires permettent sans autre de protéger également les informations classées «secrètes» ou «à tenir secrètes», sans qu'il soit nécessaire de sacrifier l'exigence de la forme écrite.

Motion 2

Le Conseil fédéral est chargé de présenter une révision de la LOGA, pour y inscrire l'obligation intégrale de la forme écrite pour toutes ses délibérations et décisions. La forme écrite doit être appliquée également pour les affaires secrètes et pour les simples informations orales. Les procès-verbaux du Conseil fédéral doivent pouvoir être utilisés comme instruments de conduite et garantir l'intelligibilité subséquente des délibérations et des décisions du Conseil fédéral.

Lors de leur audition, des membres du Conseil fédéral ont déploré que le «procès-verbal vert» leur soit remis en général seulement plusieurs semaines ou même plusieurs mois après la séance. Il a été expliqué aux CdG que certains membres du Conseil fédéral prenaient, lors des discussions sur les dossiers les concernant, des notes eux-mêmes, afin de pouvoir ensuite donner les instructions nécessaires au sein de leur département. En outre, pour le suivi des dossiers importants, ils se basaient également sur leurs propres notes, car le «procès-verbal vert» n'était pas assez substantiel voire incomplet.

Les CdG sont d'avis que le Conseil fédéral doit se donner les ressources et les moyens nécessaires pour faire établir un «procès-verbal vert» conforme à ses besoins et pour disposer d'un instrument de conduite et de travail approprié. Ce document est nécessaire ne fût-ce qu'en raison du nombre des affaires traitées chaque semaine par le Conseil fédéral. Une forme écrite satisfaisante pour les délibérations et les décisions du Conseil fédéral est également nécessaire du point de vue du mandat constitutionnel confié à la haute surveillance parlementaire. Comme le démontre la présente enquête des CdG et celle déjà mentionnée, réalisée par la DélCdG dans le cas Tinner, faute d'une forme écrite suffisante, la haute surveillance parlementaire ne peut s'exercer que d'une façon lacunaire.

Il est tout aussi nécessaire que le Conseil fédéral dispose d'un système de gestion ou de contrôle des affaires – également des affaires en suspens – qui comprenne aussi bien les mandats écrits qu'oraux du conseil et qui par ailleurs soit uniforme et accessible à tous les membres du collège. Ces exigences résultent également de ce que le Conseil fédéral est, aux termes de la Constitution fédérale, l'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération, et partant, qu'il porte, comme organe collégial, la responsabilité dernière des activités déployées par chaque département.

Recommandation 15

Le Conseil fédéral se dote des ressources et des moyens nécessaires pour disposer rapidement de procès-verbaux appropriés ainsi que d'un contrôle suffisant des affaires.

3.6.5.1.2 Bases d'informations du Conseil fédéral

Ainsi que l'ont constaté les CdG, jusqu'en février 2009, le Conseil fédéral ne disposait pas des informations nécessaires concernant les affaires transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis, informations qui lui auraient permis d'assumer rapidement et com-

plètement ses responsabilités de conduite en tant qu'autorité exécutive suprême de la Suisse. C'est ainsi que le Conseil fédéral, en sa qualité d'organe collégial, a mis beaucoup de temps à reconnaître que le litige opposant UBS aux USA n'était pas qu'un simple démêlé entre une entreprise privée suisse et l'autorité fiscale d'un pays étranger, comme il en existe beaucoup, mais un conflit fondamental et grave entre deux Etats, conflit hautement explosif sur le plan de la politique internationale. Par là-même, le Conseil fédéral, en sa qualité d'organe collégial, a (trop) longtemps méconnu les conséquences de grande portée de ce conflit pour la place financière suisse et s'est privé de toute marge de manœuvre dans le litige concret entre UBS et les autorités fiscales des USA.

Le premier infléchissement du cours des choses et le premier changement d'optique du collège n'est intervenu, comme l'ont appris les CdG, qu'à la fin octobre 2008, lorsque le Conseil fédéral a chargé le DFF d'établir un document de travail, en collaboration avec le DFAE et le DFE, portant sur les défis auxquels était alors confrontée la place financière et industrielle suisse notamment dans le domaine fiscal, et de montrer quels étaient les options pour la suite.

Il fallut encore un mois entier avant que le document de travail en question n'arrive sur la table du Conseil fédéral. A la fin du mois de novembre 2008, le 21 novembre 2008 pour être exact, le Conseil fédéral a pu pour la première fois procéder à une analyse étendue de l'affaire, encore qu'à ce moment-là l'examen se focalisait avant tout sur les problèmes fiscaux en relation avec l'UE. Les développements les plus récents survenus à l'interne aux USA, principalement dans le domaine législatif, y étaient bien décrits quoique à grands traits, mais le problème UBS-USA continuait d'être minimisé. En totale contradiction avec les faits alors avérés, la note de discussion prétendait que la collaboration entre la Suisse et les Etats-Unis par la voie de l'entraide administrative et judiciaire fonctionnait en principe bien, ceci également dans les cas de litiges fiscaux, et que les conflits entre UBS et les Etats-Unis ne pouvaient en aucun cas être interprétés comme une attaque contre le secret bancaire suisse.

En décembre 2008 enfin, le Conseil fédéral se démit totalement de sa responsabilité, en obligeant plus ou moins la CFB[818], comme le révèlent les notes de la ChF examinées par la DélCdG, à prendre les mesures nécessaires pour sauver UBS du naufrage[819].

La question de la légalité de la décision prise le 18 février 2009 par la FINMA n'est pas encore tranchée (recours de la FINMA actuellement en suspens auprès du Tribunal fédéral) et les CdG s'interdisent à cet égard de porter un jugement à la place du Tribunal fédéral; mais cela ne les empêchent pas de considérer comme inquiétant, pour des motifs de politique étatique, que le Conseil fédéral se soit soustrait à sa responsabilité, sans avoir au préalable analysé de manière exhaustive et en profondeur les bases juridiques entrant en ligne de compte.

818 Au cours des auditions menées par les CdG, les représentants de la CBF ont déclaré que la CFB avait élaboré cette proposition sans que les autorités n'aient exercé une quelconque influence, et que la CFB estimait que cette proposition était bonne.

819 Rapport de la DélCdG au groupe de travail Surveillance des marchés financiers «Einsichtnahme in die Aufzeichnungen/Notizen des Bundesrates», du 24.3.2010, p. 8.

3.6.5.1.3 Système des suppléances au Conseil fédéral

Durant la période allant du 21 septembre 2008 au 2 novembre 2008, la cheffe du DFJP a été appelée à assurer la direction du DFF, en tant que suppléante du chef du DFF, tout en continuant de diriger son propre département. Elle a dû s'occuper immédiatement des problèmes de recapitalisation et également amener très vite le Conseil fédéral à prendre une décision sur ce dossier particulièrement délicat; elle y est parvenue avec l'aide des autres acteurs concernés. Les CdG estiment que la cheffe du DFJP a agi avec rapidité et efficience; partant, elle a permis au Conseil fédéral de prendre en temps opportun les décisions nécessaires. Les CdG reconnaissent cet engagement.

Les CdG ont davantage de difficultés à évaluer la suppléance de la cheffe du DFJP dans le dossier UBS-USA. Cela tient d'une part au fait que ce dossier, comme on l'a démontré, n'avait pas été géré adéquatement au sein du DFF. Ce défaut de gestion a fait que ce dossier n'a pas été traité au plus haut niveau du département durant la période déterminante et par conséquent, qu'il a été plus ou moins oublié dans les turbulences occasionnées par la recapitalisation d'UBS. On ne peut cependant pas reprocher à la cheffe du DFJP cet état de fait. Elle a repris les problèmes UBS – USA dans le cadre de la proposition du DFF visant à recapitaliser UBS et a en général attiré l'attention sur cette problématique.

Les CdG ont constaté que le chef du DFF n'avait jamais mis la cheffe du DFJP au courant des dossiers importants et difficiles du DFF avant son absence pour cause de maladie, ce qui pourtant aurait certainement été un avantage. Quoi qu'il en soit, en regard des expériences professionnelles très variées des conseillères et des conseillers fédéraux avant qu'ils n'accèdent à cette fonction supérieure, il serait souhaitable qu'ils soient impliqués en tant que suppléants de manière générale dans les affaires courantes, par exemple dans le cadre d'entretiens bilatéraux réguliers.

Lors de sa convalescence, le chef du DFF s'est également occupé périodiquement des dossiers et des questions importantes de son département. Le Conseil fédéral devrait exclure explicitement ce genre d'activités en cas d'absence, ce d'autant que les règles générales de la suppléance ne supportent pas, pour l'essentiel, des doubles-emplois.

Enfin, lors de son retour aux affaires, le chef du DFF n'a pas jugé opportun d'organiser une transmission ordonnée des dossiers avec sa suppléante. A ce point de vue aussi, les CdG considèrent qu'il faut clarifier les choses.

En résumé, les CdG concluent que le système actuel des suppléances au sein du Conseil fédéral doit être adapté sur bien des plans, car il ne correspond pas aux exigences d'une activité moderne de gouvernement. Elles attendent donc du Conseil fédéral qu'il s'attaque à ce problème et qu'il trouve des solutions appropriées, afin que la défaillance – pour cause de maladie ou pour d'autres motifs – d'un membre du collège gouvernemental ne puisse plus entraîner des conséquences néfastes sur le bon fonctionnement et en particulier, sur l'activité gouvernementale du Conseil fédéral.

Recommandation 16

Le Conseil fédéral adapte son système de suppléance aux exigences des tâches gouvernementales modernes. Il examine à cet égard la nécessité et l'opportunité d'impliquer régulièrement la suppléante ou le suppléant dans les activités ordinaires de chaque département.

3.6.5.1.4 Renforcement des délégations du Conseil fédéral en contrepoids au principe départemental

Aux yeux des CdG, la présente inspection démontre que la perception que le Conseil fédéral a de lui-même en tant que collège gouvernemental a constitué l'entrave principale à une implication suffisante et précoce du collège gouvernemental.

Comme les CdG ont dû le constater, cette perception est marquée par une approche fortement développée du principe «départemental». Ce principe «départemental» qui se base sur l'art. 177, al. 2, Cst. recèle en lui-même le danger de vider de sa substance le principe de la collégialité (art. 177, al. 1, Cst.). Pour cette raison, il est indispensable que le collège gouvernemental voue une attention particulière au maintien ou à l'établissement d'une relation équilibrée entre ces deux principes et, qu'au besoin, il œuvre de manière à promouvoir leur équivalence. Il s'agit en l'occurrence d'une tâche éminemment importante, qui ne peut être réalisée que par le collège lui-même, ce d'autant que la Constitution fédérale ne prévoit ni la révocation des Conseillers fédéraux, ni une procédure en destitution.

L'audition des conseillères et des conseillers fédéraux a permis de constater qu'au sein du collège gouvernemental, les demandes récurrentes d'informations concernant une affaire ou à propos de l'évolution d'un dossier sont ou peuvent être considérées comme une atteinte au principe de la collégialité. Il en résulte que même les entretiens bilatéraux ne sont requis qu'avec une certaine retenue. Ils peuvent même être compris comme des critiques ou des manifestations de défiance.

Ces constats valent également pour les co-rapports (contre-propositions) au sujet des affaires d'autres départements. Il s'est avéré que les membres du collège gouvernemental ne faisaient qu'un usage parcimonieux de cet instrument – en effet, il s'agit impérativement d'éviter qu'un co-rapport puisse être interprété comme une critique à l'encontre d'un membre du collège gouvernemental.

Les CdG ont pris acte avec étonnement et consternation du fait que la grave maladie du chef du DFF n'a fait l'objet d'aucune discussion lors de son retour au Conseil fédéral. Certes, le président de la Confédération alors en fonction avait eu un entretien bilatéral avec le chef du DFF, entretien lors duquel il avait fait part de ses préoccupations et par ailleurs signalé que le collège gouvernemental était disposé à aider l'absent pour autant que cela soit nécessaire. D'autres membres du Conseil fédéral ont annoncé soit informellement, soit par un contact bilatéral, qu'ils étaient prêts à apporter leur appui au membre défaillant. Mais à aucun moment le Conseil fédéral n'a débattu la question de savoir si le chef du DFF était effectivement en mesure d'assumer à nouveau pleinement sa charge dès le 3 novembre 2008.

Plusieurs membres du Conseil fédéral ont exprimé lors de leurs auditions par les CdG les expériences positives qu'ils ont faites dans les délégations du Conseil

fédéral. Ainsi que l'a démontré l'évolution dès le mois de mars 2009 jusqu'à la conclusion d'un accord Suisse – USA en matière de double imposition (CDI) et de transmissions de données, le Conseil fédéral a beaucoup travaillé au sein de ses délégations. A cet égard, il a développé des solutions appropriées dans ses relations avec les autorités américaines. Il a élaboré des stratégies relatives aux problèmes fiscaux et à la place financière suisse – et cela également dans un environnement international – et a pris des mesures prospectives, pour le cas où il aurait fallu interdire à UBS de transmettre des données, avant la conclusion de l'accord.

Les CdG estiment que les délégations à trois (ad hoc ou permanentes) du Conseil fédéral constituent des instruments appropriés pour créer l'équilibre mentionné ci-dessus entre le principe de la collégialité et le principe «départemental». Elles sont unanimes à admettre, avec les membres du Conseil fédéral, que le travail exécuté en petit comité permet de discuter assez tôt, d'une façon approfondie et large, sur des thèmes délicats. De la sorte, les départements intéressés en particulier se trouvent impliqués au plus haut niveau. Comme autre avantage de ces rencontres, on cite le fait que la solution ou les propositions élaborées et préparées au sein des délégations sont très largement acceptées par l'organe collégial, car elles permettent au Conseil fédéral de disposer d'une base solide pour sa décision.

Motion 3

Le Conseil fédéral est chargé de réglementer dans la LOGA l'instrument des délégations à trois personnes, afin que dans toutes les affaires importantes et supra-départementales, ces délégations promeuvent un équilibre entre le principe de la collégialité et le principe départemental et améliorent ainsi les bases de décision du Conseil fédéral.

3.6.5.2 Renforcement de la responsabilité collective du Conseil fédéral

Selon l'art. 177, al. 1, Cst., le Conseil fédéral prend ses décisions en autorité collégiale. Il est l'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération (art. 174 Cst.). La présente enquête des CdG a cependant montré que le Conseil fédéral n'a pas assumé sa responsabilité globale en tant que collège et autorité exécutive suprême du pays dans le dossier des activités transfrontalières d'UBS.

Cela est lié d'une part à la compréhension que le Conseil fédéral a de lui-même en tant que collège; d'autre part, une mise en œuvre trop poussée du «principe départemental» a conduit à ce que le Conseil fédéral n'a pas assumé sa responsabilité globale. Pour les CdG, il s'agit là d'un constat grave, dans la mesure où elles ont déjà établi des constats similaires lors d'enquêtes précédentes. Dans cette perspective, il existe un besoin urgent d'agir afin que le Conseil fédéral ne conduise pas seulement formellement, mais aussi effectivement les objets importants en tant que collège en assumant sa responsabilité globale.

Motion 4

Le Conseil fédéral est chargé, dans le cadre de la réforme du gouvernement en cours, respectivement de décider et de proposer des mesures concrètes, afin qu'il puisse assumer une conduite effective des affaires importantes qui soit en accord avec sa responsabilité globale en tant qu'autorité collégiale et exécutive suprême.

Pour les CdG, il est d'une importance centrale, au vu des tentatives antérieures non abouties de réforme dans ce domaine, que les commissions législatives de l'Assemblée fédérale qui vont délibérer sur la réforme du gouvernement, agissent dans le sens de ce constat.

Recommandation 17

Les CdG invitent les commissions législatives compétentes, dans le cadre de leurs délibérations relatives au projet de réforme du gouvernement, à accorder une importance particulière aux mesures visant à une conduite des dossiers importants par le collège du Conseil fédéral, qui soit effective et en accord avec sa responsabilité globale en tant qu'autorité collégiale et exécutive suprême.

3.6.6 Chancellerie fédérale

Eu égard aux constats faits par les CdG au sujet du Conseil fédéral, la question s'est également posée de savoir quel rôle avait joué la ChF dans le dossier UBS/Etats-Unis. Aux termes de l'art. 30 LOGA, le chancelier de la Confédération est le chef de l'état-major du Conseil fédéral et il assiste ce dernier et le président de la Confédération dans l'accomplissement de leurs tâches[820]. L'organisation de la Chancellerie fédérale (Org ChF) décrit la ChF comme l'état-major du gouvernement[821].

Plus précisément, l'Org ChF attribue les fonctions suivantes à la ChF (art. 1, al. 2 et 3):

Al. 2: «Elle œuvre auprès du Conseil fédéral et des départements afin que les décisions du gouvernement soient prises selon une démarche cohérente s'inscrivant dans une vision à long terme et afin que le principe de collégialité soit respecté.»

Al. 3: «Elle remplit les fonctions fixées aux art. 30 et 32 à 34 LOGA, notamment les fonctions essentielles suivantes:

a. elle assiste le Conseil fédéral et le président de la Confédération dans leur activité gouvernementale et veille à ce que les décisions se préparent dans des conditions optimales;

820 Loi du 21.3.1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA); RS **172.010**.

821 Art. 1, al. 1, de l'ordonnance du 29 octobre 2008 sur l'organisation de la Chancellerie fédérale (Org ChF); RS **172.210.10**.

b. elle élabore en collaboration avec les départements des documents propres à permettre au gouvernement de définir une politique cohérente et prospective et examine la mise en œuvre de cette politique; […]»

Dans un tel contexte juridique, les CdG n'ont d'autre choix que de qualifier d'insatisfaisant le rôle joué par la ChF dans ce dossier. Celle-ci n'a en effet pas été à même de remplir la mission que lui assigne l'Org ChF.

L'audition de la chancelière de la Confédération a montré que la ChF se trouvait dans une situation délicate par rapport à la question de la recapitalisation ainsi qu'à celle de la transmission de données de clients: le président de la Confédération de l'époque avait ordonné aux représentants de la ChF, à la fin septembre 2008, de ne pas établir de procès-verbal au sujet du point de l'ordre du jour relatif à UBS. Etant donné la tension qui régnait durant la séance concernée, la chancelière de la Confédération avait décidé de ne pas débattre de l'instruction du président de la Confédération devant le Conseil fédéral.

Les CdG estiment pourtant qu'elle aurait absolument dû le faire. En outre, de par son élection par l'Assemblée fédérale, le chancelier ou la chancelière dispose d'une certaine indépendance et devrait être en mesure de tenir tête au Conseil fédéral même dans les situations difficiles. Elles jugent en revanche positif le fait que la chancelière de la Confédération ait demandé aux vice-chanceliers de quand même prendre des notes sur les délibérations. Ce détail se révélera fort utile par la suite, tant pour les membres du Conseil fédéral que pour les CdG.

Un autre élément n'a pas convaincu les CdG: les explications de la chancelière de la Confédération concernant la liste de contrôle de la ChF, qui comprendrait certes les mandats confiés et approuvés par écrit, mais pas les mandats donnés verbalement par le Conseil fédéral à l'un de ses membres. Les CdG sont clairement d'avis qu'une telle distinction n'a aucun sens et que la ChF devrait avoir pour principe de recenser la totalité des mandats.

Recommandation 18

Les CdG invitent le Conseil fédéral à faire recenser par la Chancellerie fédérale tous les mandats confiés à ses membres et à procéder à un controlling à l'intention du collège gouvernemental.

Par ailleurs, l'audition de la chancelière de la Confédération a révélé aussi que la ChF était et pouvait être tenue au courant du flux d'informations uniquement dans la mesure où l'ensemble du Conseil fédéral était lui-même informé. Ainsi, c'est après avoir appris les derniers développements de l'affaire UBS par les journaux que la chancelière de la Confédération a invité le chef du DFF à informer le Conseil fédéral de la situation, le 19 septembre 2008. La ChF n'était pas non plus informée des travaux des délégations du Conseil fédéral, ou alors seulement lorsque celles-ci en rendaient compte au collège gouvernemental, ce qui ne se produisait pas régulièrement. Il manquait ainsi à la ChF une base d'information essentielle pour qu'elle puisse remplir ses fonctions d'état-major.

Considérant les observations qu'elles ont pu faire au cours de l'examen du dossier UBS (tout comme au cours de celui de l'affaire Tinner), les CdG notent que le rôle de la ChF ainsi que l'exercice de sa fonction d'état-major du Conseil fédéral

devraient être renforcés. Les CdG y reviendront dans le cadre de la réforme du gouvernement.

3.6.7 Tribunal administratif fédéral

Dans ce dossier, le TAF n'a pas joué un rôle de premier plan, car il ne négociait pas avec les autorités suisses ou américaines. Toutefois, son rôle en arrière-plan est important, dans le sens où il était chargé de décider en dernière instance des recours déposés contre les décisions de l'AFC dans le cadre de l'entraide administrative destinée à l'*IRS*. Dans les faits, la durée de la procédure de recours et par ce biais, la durée totale des procédures d'entraide administrative, était entre les mains du TAF, lequel n'avait pas été mis au courant de l'urgence de la situation.

Le TAF n'a pris connaissance de l'affaire que le 17 octobre 2008 par la presse, lors de la première décision de clôture de l'AFC dans le cadre de l'entraide administrative. Pour tout ce qui précède cette date, le TAF n'a en aucune manière été informé par les autorités suisses.

Par la suite, l'élément central pour le TAF a été la demande d'entraide de l'*IRS* à l'AFC du 16 juillet 2008. Il ressortait de la demande en question que l'*IRS* s'attendait à ce que l'AFC fournisse les données de clients demandées dans un délai de 180 jours après le dépôt d'un recours au TAF. Le TAF avait donc pris les mesures nécessaires afin de pouvoir rendre un jugement dans le délai imparti de 180 jours. Il est à noter qu'il a respecté ce délai, celui-ci arrivant à échéance le 17 avril 2009 en ce qui concerne la décision de l'AFC du 17 octobre 2008.

Afin de pouvoir prendre les mesures organisationnelles nécessaires en prévision de la masse de recours potentiels, le TAF avait pris de son propre chef contact avec l'AFC. Aux yeux du TAF, il n'y avait rien de répréhensible dans cette façon de procéder. Les CdG partagent pleinement ce point de vue. De tels contacts informels entre le TAF et les autorités concernées ont déjà eu lieu par le passé et servent uniquement à permettre au TAF d'établir des pronostiques fiables en vue de la charge de travail potentielle et de préparer les mesures organisationnelles ou autres à prendre en temps voulu. Par le passé, de telles rencontres informelles entre les autorités concernées ont eu lieu dans le cadre des procédures d'expropriation en lien avec l'aéroport de Zürich, en 2004 et, quelques années plus tard, dans le cadre de la construction de la nouvelle ligne ferroviaire à travers les Alpes (NLFA), lorsque les recours au tribunal avaient bloqué l'avancement de travaux gigantesques, avec un risque de surcoûts de l'ordre d'un milliard de francs suisses pour la Confédération. Le chef du DETEC avait alors rencontré les présidents du tribunal fédéral et du TAF afin d'évaluer la durée des procédures de recours.

Les CdG estiment que, dans le cadre d'une problématique aussi importante en raison de ses impacts possibles ou même prévisibles au niveau national et international, les intérêts publics exigent que les tribunaux impliqués et les services de l'administration fédérale concernés coordonnent au mieux leurs activités au niveau temporel.

C'est dans cet ordre d'idée que le TAF avait pris contact avec l'AFC. Une première rencontre du président du TAF avec le directeur de l'AFC et le chef de la Division des affaires internationales de l'AFC, prévue initialement le 11 novembre 2008, avait été annulée quelques jours auparavant par le directeur de l'AFC, celui-ci redoutant des demandes de récusation par les parties en présence.

Par la suite, les 18 et 19 novembre 2008, le TAF recevait les premiers recours concernant la procédure d'entraide administrative de l'AFC.

Une rencontre entre le président du TAF et le chef de l'entraide administrative pour les Etats-Unis a finalement eu lieu le 25 novembre 2008. Elle s'est soldée par la déception du TAF de ne pas avoir reçu d'informations plus précises permettant une estimation du nombre de recours potentiels et de leur complexité. Sur cette base, le TAF n'a pas pu véritablement évaluer la situation et optimiser au mieux l'accomplissement de son mandat.

Alors que le TAF travaillait à plein régime pour rendre ses premiers jugements dans les temps impartis, il a appris avec surprise et à nouveau par les médias la décision de la FINMA du 18 février 2009 d'ordonner à UBS la transmission de données de clients au *DOJ*. Le 20 février 2009, le TAF interdisait cette transimission pour huit clients américains d'UBS par une décision superprovisionnelle.

Le 25 février 2009, le chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA a souhaité discuter du problème avec le président du TAF, lequel a refusé net, du moment que les recours étaient en traitement[822].

Le 5 mars 2009, le TAF a classé les premiers recours, ceux-ci étant devenus sans objet suite à leur transmission au *DOJ*.

Suite aux négociations des autorités suisses avec l'*IRS* en août 2009, le directeur de l'OFJ a personnellement informé le président du TAF du grand nombre de demandes à traiter dans le cadre de l'accord conclu avec les USA. Par la suite et dans la mesure où cela s'est avéré nécessaire, le directeur de l'OFJ a multiplié les contacts avec le TAF.

Dans sa décision du 5 janvier 2010, le TAF est arrivé à la conclusion que les bases légales sur lesquelles la FINMA s'était fondée pour ordonner la transmission de données de clients d'UBS au *DOJ* n'étaient pas suffisantes. Le recours de la FINMA contre cette décision est encore pendant auprès du Tribunal fédéral.

Les autorités suisses n'ont pas intégré le TAF dans la préparation à la crise liée à l'affaire des activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis.

Le TAF n'a pas même été averti de la décision de la FINMA du 18 février 2009, alors même qu'il travaillait avec diligence aux traitement des dossiers. La question de savoir si de meilleurs résultats auraient pu être atteints si le TAF avait reçu les informations nécessaires doit rester ouverte.

3.6.8 Conclusions et points en suspens

Dans ce chapitre, les CdG formulent des constatations d'ordre général qu'elles estiment essentielles, mais qui n'ont pas pu être intégrées de manière pertinente dans les chapitres précédents.

822 Selon la FINMA, le chef des services centraux et stratégiques de la FINMA voulait discuter avec son président de l'harmonisation des décisions provisoires contradictoires du TAF.

3.6.8.1 Comportement fautif d'UBS et non-respect par les Etats-Unis de l'ordre juridique suisse

Les CdG tiennent à préciser que c'est UBS qui, par le comportement fautif de ses employés aux Etats-Unis, est la principale responsable de cette affaire.

Cependant, les Etats-Unis eux-mêmes ont une part de responsabilité dans le conflit, considérant que, dès le départ, ils ont voulu passer outre aux dispositions de la CDI ainsi qu'à celles de la législation suisse applicables à l'entraide administrative. En l'espèce, les Etats-Unis ont pratiqué une *Realpolitik,* sans prendre en considération les intérêts et l'ordre jurdique des autres Etats, dans le dessein d'atteindre le plus rapidement possible leurs propres objectifs. Ils se sont ainsi abstenus de saisir directement le gouvernement suisse en vue de régler l'affaire UBS dans le cadre de la CDI conclue entre les deux pays.

Les CdG considèrent donc qu'il s'agit de condamner vivement aussi bien le comportement fautif d'UBS que le non-respect par les Etats-Unis de l'ordre juridique suisse.

3.6.8.2 Résolution du problème entravée par deux facteurs

A posteriori, les CdG relèvent deux facteurs qui ont influencé le comportement des autorités suisses:

1. Pendant trop longtemps, ni les représentants de l'administration ni le Conseil fédéral n'ont été disposés à se livrer à un examen critique, à la lumière des événements, de la question de la distinction entre évasion fiscale et fraude fiscale en lien avec l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE et, partant, à étudier d'autres options d'action dans une perspective plus large.
2. Il ressort des auditions effectuées par les CdG ainsi que des documents qu'elles ont réclamés que l'opinion générale selon laquelle UBS devait résoudre seule un problème qu'elle avait elle-même causé a, à de multiples reprises, entravé la recherche d'une solution par l'administration fédérale centrale et par le Conseil fédéral.

Les CdG ne peuvent toutefois pas établir avec certitude la mesure dans laquelle ces facteurs ont effectivement empêché les représentants de l'administration de trouver une solution au problème de manière proactive.

Le premier facteur est en partie compréhensible, au vu de la position défendue durant des décennies par les autorités et par les milieux politiques au sujet de la distinction entre évasion fiscale et fraude fiscale. Il est cependant regrettable qu'il ait fallu attendre la livraison de données du 18 février 2009 pour que le Conseil fédéral et les milieux politiques se décident à réexaminer la question dans son ensemble.

Quant au deuxième facteur, il a eu, de l'avis des CdG, diverses retombées négatives: en particulier, les autorités impliquées ne se sont à aucun moment demandé s'il était opportun de laisser UBS négocier toute seule avec les autorités américaines. Pourtant, dès le départ, le gouvernement américain était représenté par trois autorités majeures (*DOJ*, *IRS* et *SEC*), celles-ci ayant parfois des intérêts divergents et n'étant pas actives en permanence dans le dossier. Malgré cela, et jusqu'au dernier moment, les acteurs suisses ont sous-estimé l'alliance qui réunissait les autorités américaines

concernées, alliance qui leur permettait de peser de tout leur poids face à UBS ainsi qu'aux autorités suisses, trop peu – voire pas du tout – présentes dans cette affaire.

3.6.8.3 Informations initiales insuffisantes

Dans la gestion du dossier, il y a, dès le début, une contradiction entre d'une part les premières déclarations d'UBS, qui avait souligné le fait qu'une solution par une transmission de données avait été demandée par le *DOJ*, et d'autre part les déclarations des autorités suisses, selon lesquelles UBS aurait trop longtemps minimisé l'importance de l'affaire en croyant qu'elle pourrait être réglée relativement facilement dans le cadre d'un accord de la banque avec les autorités américaines. De la même manière, au début de la gestion du dossier, d'un côté les autorités suisses avaient noté, sur la base des informations d'UBS, la gravité de l'affaire, mais d'un autre côté, elles avaient décidé de ne pas intervenir et de laisser UBS agir seule. Dans les faits, la part des autorités suisses s'est réduite à convaincre les autorités américaines de se saisir de la voie de l'entraide administrative, celle-ci étant plus rapide que celle de l'entraide judiciaire.

Les CdG critiquent le manque de clarté dans l'analyse de la situation par les autorités suisses. Celles-ci se sont trop longtemps contentées des informations d'UBS, sans chercher à les vérifier par leurs propres moyens.

Les CdG estiment que les autorités suisses ont donné, de manière générale, trop de crédit aux déclarations d'UBS. Elles n'ont pas assez cherché à comprendre par elles-mêmes les enjeux du problème soulevé. Certes, les autorités suisses avaient évoqué déjà le 7 mars 2008 l'idée de proposer aux autorités américaines d'utiliser le terme de *«tax fraud or the like»* de l'art. 26 de la CDI pour déposer une entraide administrative, mais elles ne se sont pas demandé quelles en seraient toutes les incidences sur la procédure d'entraide administrative. De ce fait, aucune stratégie n'a été préparée pour le cas où l'entraide administrative ne répondrait pas aux attentes des autorités américaines. Dans la première phase, les autorités suisses n'ont pas entrepris de recherches de leur propre chef et aucune enquête n'a été lancée; les CdG n'ont pas même connaissance d'un quelconque échange ou d'une quelconque instruction donnée à UBS en vue de sauvegarder les intérêts suisses.

C'est seulement lorsque la pression des autorités américaines s'est fait sentir de manière plus pressante, c'est-à-dire après l'arrestation d'un représentant d'UBS, le 21 avril 2008, que les autorités suisses et UBS ont commencé à rechercher des solutions avec les autorités américaines, car elles se souciaient de ce que le représentant d'UBS puisse violer le secret bancaire. Puis, fin mai 2008, la CFB a lancé sa propre enquête sous la pression des autorités américaines. En outre, jusqu'en octobre 2008, les autorités suisses ont investi beaucoup d'énergie pour convaincre les autorités américaines dubitatives de se contenter de l'entraide administrative, laquelle n'a pas été en mesure de livrer les résultats escomptés. Comme les CdG l'ont déjà constaté, les autorités suisses n'ont pas été en mesure de proposer une solution adéquate aux autorités américaines et ceci malgré les pressions croissantes.

Ce n'est qu'en octobre 2008 que la nécessité d'une transmission de données au *DOJ* a resurgi de manière évidente pour les autorités suisses; cette nécessité a été confirmée en novembre 2008 par l'inculpation de Raoul Weil. Néanmoins, jusqu'au mois de février 2009, le DFF rechignait à transmettre des données, alors qu'UBS, la CFB

et la BNS faisaient pression sur le DFF pour qu'une telle transmission puisse avoir lieu, la banque étant menacée dans son existence même par la menace imminente d'une plainte pénale.

Les CdG constatent que les autorités suisses se sont dès le départ insuffisamment informées sur le dossier et qu'elles n'ont rien entrepris pour corriger le tir en cours de route. Il est à relever que la CFB a terminé son enquête sur les activités transfrontalières d'UBS aux Etats-Unis le 17 décembre 2008, mais qu'elle n'a pas jugé utile d'en communiquer immédiatement les résultats aux autorités suisses impliquées. Le Conseil fédéral en a été informé seulement le 18 février 2009 par le DFF et cela de manière indirecte, un rapport succinct ayant été distribué comme annexe à la note de discussion du 17 février 2009 concernant les procédures judiciaires contre UBS aux Etats-Unis. Il est à noter que ces résultats sont intervenus bien trop tard pour mettre en place une autre stratégie.

Sur la base de leur enquête, les CdG arrivent donc à la conclusion que les autorités suisses ont négocié la solution de l'entraide administrative avec les autorités américaines en se basant uniquement sur les déclarations d'UBS et surtout en omettant de s'assurer d'elles-mêmes dans la mesure du possible et dans les délais utiles du bien-fondé des accusations de fraudes et agissements délictueux avancées par les autorités américaines contre UBS.

3.6.8.4 Auditions d'anciens représentants et de représentants actuels d'UBS

Les CdG ont jugé que, pour mieux comprendre les événements et pouvoir s'appuyer sur un corpus d'informations aussi large que possible, il était important qu'elles auditionnent des anciens représentants et des représentants actuels d'UBS.

Ces auditions ont eu lieu au printemps 2010; les personnes suivantes y ont été entendues: Marcel Ospel (ancien président du conseil d'administration d'UBS), Peter Kurer (ancien président du conseil d'administration et ancien *Group General Counsel* d'UBS), Marcel Rohner (ancien *CEO* d'UBS), Hansruedi Schumacher (chef *NAM* International d'UBS jusqu'au printemps 2002), Oswald Grübel (actuel *CEO* d'UBS), Markus Diethelm (*Group General Counsel* d'UBS depuis septembre 2009) et Christoph Kurth (*Head Litigation Corporate Center* d'UBS). Ces personnes n'avaient aucune obligation légale de participer aux auditions des CdG; elles ont donc décidé librement d'y prendre part.

Dans le cadre de ces auditions, les anciens membres des organes directeurs d'UBS ont expliqué que ce n'est qu'en automne 2007 qu'ils avaient eu connaissance des irrégularités commises par certains collaborateurs dans le cadre des activités transfrontalières d'UBS avec des clients privés domiciliés aux Etats-Unis.

Les auditions des anciens représentants d'UBS ont aussi permis de conclure que ces personnes déploraient la manière dont cette affaire avait évolué et qu'au moment où elles ont été entendues, elles ne parvenaient toujours pas véritablement à s'expliquer pourquoi ces irrégularités n'avaient pas pu être décelées plus tôt par le système de contrôle interne d'UBS. Elles ont expliqué qu'à partir de l'automne 2007, UBS avait eu la ferme intention de faire toute la lumière sur le problème des affaires transfrontalières avec la clientèle privée, de remédier dans les plus brefs délais aux carences qui pourraient être constatées dans ce domaine et d'en tirer les conséquences qui

s'imposeraient en matière de gestion des ressources humaines, ce qui a effectivement été fait. Elles ont précisé que la banque avait consacré des ressources importantes à la résolution de ces problèmes. Le nouveau *Group General Counsel* d'UBS et son *Head Litigation Corporate Center* ont en particulier fourni des informations détaillées mettant en évidence l'engagement d'UBS et ses efforts de mise à jour, mais aussi les difficultés qu'elle avait rencontrées dans sa recherche de solutions. En outre, UBS a signalé à plusieurs reprises qu'elle était prête à fournir des documents utiles à l'enquête. Conformément à leur mandat légal, les CdG n'ont pas sollicité de documents complémentaires de la part d'UBS.

3.6.8.5 Le *QIA* et l'autorisation au sens de l'art. 271 CP

Dans le but de pouvoir satisfaire aux obligations découlant du *QIA,* l'Association suisse des banquiers avait adressé, le 2 août 2000, une requête au DFF. Elle y demandait que les personnes qui seraient chargées de mettre en œuvre le *QIA* conclu entre les banques et courtiers suisses et l'*IRS* soient mises au bénéfice d'une autorisation au sens de l'art. 271, ch. 1, CP [actes exécutés sans droit pour un Etat étranger].

Le DFF, en la personne de son chef[823], avait répondu positivement à cette requête. Le 7 novembre 2000, il avait en effet autorisé les personnes chargées d'appliquer le *QIA,* soit les organes, employés et représentants des banques et courtiers, ou ceux de leurs organes de révision et mandataires, à accomplir sur le territoire suisse les opérations prévues par le *Final Qualified Intermediary Withholding Agreement (IRS Revenue Procedure 2000-12),* notamment la retenue de l'impôt à la source selon le droit américain, la remise à des tiers d'informations concernant de telles retenues et la réalisation de contrôles sur ces activités. La réponse du DFF précisait cependant explicitement que cette autorisation ne dispensait nullement les personnes chargées d'appliquer le *QIA* de respecter les dispositions du droit suisse, notamment celle de l'obligation de garder le secret.

Cette autorisation a été communiquée par écrit à l'Association suisse des banquiers, à l'intention des instituts ayant conclu un *QIA* avec l'*IRS.* Des copies en ont été adressées à la ChF, au MPC, au Secrétariat général du DFF, au DFAE (Direction du droit international public), au Service juridique du DFF, à l'AFC, à la CFB et à la BNS. Elle se référait, à titre de bases légales, à l'art. 271, ch. 1, CP déjà mentionné, et à l'art. 31, al. 1, OLOGA.

Pour les CdG, la question se pose tout d'abord de savoir s'il était licite d'accorder l'autorisation globale susmentionnée à un large cercle de personnes définies seulement par des critères très généraux, et ce, pour une durée indéterminée. Il faudrait en outre éclaircir la question de l'autorité compétente pour accorder une telle autorisation. En effet, si l'art. 31, al. 1, OLOGA accorde aux départements et à la ChF la compétence de décider dans leur domaine des autorisations au sens de l'art. 271, ch. 1, CP, l'art. 31, al. 2, OLOGA précise que «les cas d'importance majeure, sur le plan politique ou autre, doivent être soumis au Conseil fédéral». La CdG ignore si la décision en question avait été soumise au collège gouvernemental et elles n'ont pas mené d'investigations à ce sujet.

823 Le chef du DFF était alors le conseiller fédéral Kaspar Villiger.

En outre, le rappel, dans le cadre de cette autorisation, de l'obligation pour les personnes concernées de respecter les dispositions du droit suisse, et notamment le secret bancaire, laisse ouvertes bien des interrogations, lorsque l'on constate la multitude d'obligations auxquelles doivent satisfaire les *QI* en matière de déclarations et de comptes à rendre selon le *Final Qualified Intermediary Withholding Agreement, Revenue Procedure 2000-12*.

Dans le cadre de la présente enquête, les CdG n'ont pas examiné jusqu'à quel point le *QIA* conclu en l'an 2000 entre l'Etat américain et l'Association suisse des banquiers était effectivement compatible avec le secret bancaire ni si, après son durcissement unilatéral par l'*IRS,* il l'était demeuré, s'il l'était initialement. Les CdG n'ont pas non plus examiné le rôle joué par le DFF ou l'AFC dans le cadre des négociations menées à l'époque entre l'Association suisse des banquiers et l'*IRS*. Elles ont seulement pu constater que la CFB admettait que le *QIA* était compatible avec le secret bancaire, mais que, manifestement, elle ne s'était jamais penchée attentivement sur cette question et elles ont pu faire le même constat à propos du DFF. C'est pourquoi les CdG considèrent qu'il serait souhaitable que les autorités suisses fassent toute la lumière sur cette question et, notamment, qu'elles déterminent clairement le rôle joué par les autorités suisses dans le cadre de la négociation de contrats privés entre les banques suisses et l'Etat américain – ou celui qu'elles doivent y jouer. Il conviendrait en outre d'examiner si des autorisations telles que celle susmentionnée ne devraient pas faire l'objet d'un réexamen périodique.

Postulat 2

Le Conseil fédéral est chargé d'examiner de manière approfondie, dans un rapport détaillé, les questions soulevées par le rapport des CdG à propos de l'application de l'art. 271 CP et de la compatibilité du *QIA* avec le secret bancaire suisse.

3.6.8.6 Renforcement du CP

L'art. 164 CP prévoit qu'un débiteur qui aurait causé un dommage à ses créanciers en diminuant leurs actifs soit puni, mais il précise que les faits ne sont effectivement punissables que si ce débiteur a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui.

De même, l'art. 165 CP déclare punissable le débiteur qui, par des fautes de gestion, notamment par une dotation insuffisante en capital, par des dépenses exagérées, par des spéculations hasardeuses, par l'octroi ou l'utilisation à la légère de crédits, par le bradage de valeurs patrimoniales ou par une négligence coupable dans l'exercice de sa profession ou dans l'administration de ses biens, aurait causé ou aggravé son surendettement, causé sa propre insolvabilité ou aggravé sa situation alors qu'il se savait insolvable – mais seulement s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui.

L'art. 165 CP constitue une disposition subsidiaire des art. 163 et 164 CP; son titre marginal «gestion fautive» indique qu'il concerne des pratiques de gestion en principe licites, mais irresponsables d'un point de vue commercial. Il ne s'applique qu'en cas de faillite ou en présence d'un acte de défaut de biens.

Les CdG sont d'avis que les délits énumérés aux art. 164 et 165 CP devraient être également applicables aux entreprises d'importance systémique que l'Etat doit soutenir financièrement, ou a dû soutenir financièrement, pour éviter leur faillite, comme cela a été le cas pour UBS.

Motion 5

Le Conseil fédéral est chargé de réviser les art. 164 et 165 CP, afin d'étendre leur champ d'application également aux grandes entreprises qui, en raison de leur importance systémique pour l'économie du pays et la stabilité financière, doivent être préservées de la faillite par des interventions de l'Etat.

4 Les CdG rappellent UBS à ses devoirs

Bien que les CdG se soient limitées à leurs propres compétences dans le cadre de cette inspection, elles ne peuvent s'empêcher de constater qu'il existe toujours, dans le public, un besoin important de transparence concernant les activités internes et les responsabilités de la banque. La présente enquête ne peut répondre que partiellement à ce besoin.

Recommandation 19

Les CdG demandent au Conseil fédéral ainsi qu'à UBS de veiller, respectivement de créer les conditions nécessaires à ce que:

1. la manière dont UBS – notamment le conseil d'administration, la direction du groupe et la société de révision – a géré à l'interne la crise des subprimes et les affaires transfrontalières de la banque aux Etats-Unis soit revue en profondeur (opportunité du dépôt par UBS d'une plainte pénale et d'une action en responsabilité, mise à l'ordre du jour de la décharge pour les années 2007 à 2009 lors de l'assemblée générale d'UBS le 15 avril 2010, conventions de départ des cadres moyens et supérieurs, etc.);
2. toute la transparence soit faite sur la décision du conseil d'administration d'UBS de ne pas entamer de procédures pénales et civiles contre les anciens cadres d'UBS;
3. la Confédération, respectivement ses organes ayant une personnalité juridique propre, soient en mesure – en tant qu'actionnaires d'UBS ou en tant que groupes d'actionnaires – d'entreprendre des procédures pénales et/ou civiles (actions en responsabilité) contre les membres responsables du conseil d'administration, les membres responsables de la direction générale et le cas échéant, contre la société de révision. A cette fin, la Confédération porte les risques liés au procès et garantit la prise en charge des frais de procédure (frais du tribunal et des avocats);
4. les résultats et conclusions essentiels de ces travaux soient rendus publics.

Pour les CdG, il est absolument crucial que ces examens soient menés de manière complètement indépendante, par exemple par un groupe d'experts neutre.

5 Suite des travaux

Les CdG prient le Conseil fédéral et la FINMA de leur donner leurs avis sur les présents constats et recommandations d'ici fin décembre 2010. Elles les invitent en outre à faire connaître leurs calendriers et les modalités qu'ils envisagent pour la mise en oeuvre des recommandations des deux commissions.

Les CdG invite aussi la BNS à leur donner son avis sur les présents constats et recommandations, autant que la BNS est concernée, d'ici fin décembre 2010.

30 mai 2010 Aux noms des deux Commissions de gestion:

La présidente de la CdG-N:
Maria Roth-Bernasconi, conseillère nationale

Le président de la CdG-E:
Claude Janiak, député au Conseil des Etats

Le président du groupe de travail Surveillance des marchés financiers:
Pierre-François Veillon, conseiller national

Le vice-président du groupe de travail Surveillance des marchés financiers:
Hans Hess, député au Conseil des Etats

La secrétaire: Beatrice Meli Andres

Annexe 1

Comportement des autorités face à la crise des marchés financiers – chronologie des événements

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
1.	1998	M. Villiger, conseiller fédéral, se voit adresser un rapport sur les principes de l'aide financière que l'Etat pourrait apporter en cas de crise bancaire. Ce rapport a été rédigé par des représentants de la CFB et de la BNS («petit comité»).	CFB, BNS	Chronologie FINMA nº 1
2.	2001	La BNS se dote d'un Service de la stabilité financière.	BNS	P.-v. CdG-E/N du 22.4.2009, Roth
3.	2001	Programme d'évaluation du secteur financier du FMI: simulations de crise.	FMI	Lettre du DFF du 4.5.2009
4.	2001/2002	Renforcement de la collaboration entre la CFB et la BNS en matière de stabilité systémique dans le cadre du comité de pilotage chargé de la stabilité systémique (STASY). En janvier 2007, celui-ci est remplacé par le «Comité de pilotage stabilité financière (STAF)», auquel est associé l'AFF.	CFB, BNS, AFF	Chronologie FINMA nº 4 Chronologie DFF du 13.8.2009 Chronologie BNS du14.8.2009
5.	2002	Un organe informel composé de représentants de la BNS, de la CFB et du DFF existe depuis 2002 («FINKRIST»). Il s'est penché sur les diverses évolutions potentielles de la place financière suisse (scénarios), y compris sur la possibilité de la faillite d'une grande banque.	CFB, BNS, DFF	P.-v. CER-E, 14.1.2008, Merz
6.	dès 2003	Rapport annuel de la BNS sur la stabilité financière.	BNS	Lettre du DFF du 4.5.2009
7.	janvier 2005 (DFF: dès 2003)	L'AFF, la BNS et la CFB rédigent un rapport sur les lignes directrices en cas de crise dans le secteur financier («Lignes directrices en cas de crise FINKRIST», plus communément appelé KLL [«FINKRIST Krisenleitlinien»])	DFF, CFB, BNS, AFF, OFAP	Chronologie FINMA nº 8
8.	avril 2005	Information du Conseil fédéral au sujet de Bâle II.	CF/DFF	Lettre du DFF du 4.5.2009
9.	été 2005	Première rencontre CFB, BNS et DFF portant sur des stratégies de prévention (après l'affaire Swissair). Evaluation circonstanciée de la situation et discussion de scénarios envisageables pour la place financière suisse, y compris la possibilité d'une faillite bancaire.	CFB-BNS-DFF	M. Merz, 07.5380 Bulletin officiel et p.-v. CdG-E du 18.11.2008 P.-v. CER-N du 25.2.2008, Merz
10.	septembre 2005	Les lignes directrices en cas de crise (KLL) sont discutées avec le chef du DFF.	DFF, CFB, BNS	Chronologie FINMA nº 8

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
11.	2006	Le FMI procède à une évaluation complémentaire du système financier de la Suisse (y compris simulations de crise) et recommande, entre autres mesures, un renforcement de la surveillance exercée sur les deux grandes banques.	FMI	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008, p. 35 Lettre du DFF du 4.5.2009 Chronologie du DFF du 13.8.2009
12.	juin 2006	Rapport de la BNS sur la stabilité financière: la BNS relève une augmentation des risques liés à la croissance du bilan et à la forte hausse du niveau d'endettement des grandes banques.	BNS	P.-v. CdG-E/N du 22.4.2009, Roth BNS, Rapport sur la stabilité financière 2006
13.	juin / juillet 2006	Mises au point avec CS et UBS: la CFB et la BNS discutent les lignes directrices en cas de crise avec les deux grandes banques. Bien que reconnaissant l'utilité du travail fourni, celles-ci estiment que la crise envisagée n'est pas réaliste.	CFB, BNS, UBS, CS	Chronologie FINMA n° 13 à 15
14.	début 2007	Les prix de l'immobilier résidentiel aux Etats-Unis stagnent ou sont même en baisse. L'indice des prix ABX-*Home-Equity* pour les hypothèques *subprimes* notées BBB perd 20 % entre novembre 2006 et février 2007.		BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008, p. 19 s. FINMA, Rapport «Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers» du 14.9.2009, p. 72
15.	30.1.2007	Le développement des KLL aboutit à la création d'un «Comité de pilotage KLL» (CP KLL), qui vient supplanter FINKRIST et dont l'organisation comporte trois niveaux: 1) Etat-major de conduite opérationnel; 2) Comité de pilotage composé du directeur de l'AFF, du vice-président de la BNS, du directeur de la CFB et du président de la CFB; 3) Instance tripartite composée du chef du DFF, du président de la BNS, et du président de la CFB (échelon stratégique).	DFF, CFB, BNS	Chronologie FINMA n° 18
16.	février 2007	Le prix des titres adossés à des crédits hypothécaires *subprimes* notés BBB est en baisse.		BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008
17.	février 2007	Simulation de crise *FSAP Banking System Stress Testing* par le Fonds monétaire international (FMI).	FMI	Chronologie FINMA n° 19 FINMA, Rapport «Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers» du 14.9.2009, p. 34
18.	13.2.2007	UBS publie un bénéfice record pour 2006.	UBS	UBS, communiqué de presse du 16.2.2007

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
19.	9.3.2007	La CFB s'est adressée par écrit à UBS au début de février 2007 pour obtenir des informations sur l'exposition de la banque au marché hypothécaire *subprime* aux Etats-Unis. A Londres, le *Chief Risk Officer* de *l'Investment Bank* d'UBS indique aux représentants de la CFB que l'*Investment Bank* bénéficierait de la détérioration du marché hypothécaire américain, car elle avait constitué des positions courtes (*short*) plus importantes.	CFB, UBS	Rapport du 14.9.2008 de la FINMA, p. 23 P.-v. CER-N du 25.2.2008, Zuberbühler P.-v. CER-E du 14.1.2008, Haltiner
20.	mars 2007	Le potentiel de risque émanant du marché des *subprime*s aux Etats-Unis augmente: à la mi-mars 2007, la direction de *Dillon Read Capital Management* (*DRCM*), une activité de gestion de placements alternatifs créée en 2005 par UBS, annonce une augmentation des pertes, déclenchant des discussions, analyses et évaluations internes.	UBS	UBS, *Shareholder Report*, p. 9
21.	mars 2007	A l'issue de l'évaluation annuelle du secteur financier par le FMI, la CFB s'exprime en faveur d'un nouveau supplément de fonds propres dans le cadre du 2e pilier de Bâle II, conformément aux recommandations du FMI.	CFB	Chronologie FINMA n° 21
22.	mars 2007	Le *CEO* d'UBS rejette le plafonnement du bilan de la banque d'investissement demandé par le *Group Treasury*.	UBS	UBS, *Shareholder Report*, p. 26
23.	mars 2007	La CFB et la BNS lancent un projet de réforme visant à réglementer la liquidité des grandes banques.	BNS, CFB	BNS, Rapport de gestion 2007 Chronologie FINMA n° 24
24.	fin avril 2007	Le conseil d'administration d'UBS ferme *DRCM* et réintègre les stratégies d'investissement à l'*Investment Bank*. Les amortissements liés au secteur des *subprime* effectués à ce jour par *DRCM* se montent à 430 millions de dollars.		UBS, *Shareholder Report*, p. 18 et 31
25.	1.5.2007	Mise au point DFF – CFB: à l'initiative de la CFB, une première mise au point formelle a lieu entre le DFF et la CFB. Le sujet de la préparation à une situation de crise impliquant les grandes banques ne figurait pas à l'ordre du jour.	CFB, DFF	Chronologie FINMA n° 25
26.	3.5.2007	UBS réalise un bénéfice de 3275 millions de francs au premier trimestre (résultat pour la même période de l'exercice précédent: 3504 millions de francs).	UBS	UBS, communiqué de presse du 3.5.2007
27.	23.5.2007	Signature d'un *Memorandum of Understanding* (*MoU*) portant sur la collaboration entre la BNS et la CFB. But: renforcer la surveillance des marchés financiers.	BNS, CFB	P.-v. CdG-E du 18.11.2008, Roth Communiqué de presse de la BNS Chronologie FINMA n° 26

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
28.	23./24.5.2007	A la fin du mois de mai 2007, la CFB et la BNS organisent avec les deux grandes banques une réunion «Risques inhérents au système financier / simulations de crise». Selon les scénarios d'UBS et de CS, leurs pertes représentent au maximum le résultat d'un trimestre. Elles confirment les résultats du *FSAP Banking System Stress Testing* du FMI, qui avait conclu que le secteur bancaire suisse était à même de résister à de multiples chocs macroéconomiques et que les deux grandes banques étaient donc très liquides et solides en cas de crise des liquidités. La CFB et la BNS décident malgré tout de sonder les limites des grandes banques en procédant à d'autres simulations de crise selon les prescriptions des autorités.	CFB, BNS, CS, UBS	FINMA, Rapport «Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers» du 14.9.2009, p. 34
29.	juin 2007	Dans son «Rapport sur la stabilité financière 2007», la BNS fait pour la première fois explicitement référence au marché des *subprime*s américain et n'exclut pas que les problèmes sur le marché hypothécaire américain au début de 2007 soient les premiers symptômes d'une crise plus profonde. La BNS estime que le risque de marché d'UBS a fortement augmenté en 2006 par rapport à l'année précédente. La BNS attire l'attention sur l'augmentation des risques liés à la croissance du bilan et à la forte hausse du taux d'endettement des grandes banques, voire de leur exposition sur le marché immobilier aux Etats-Unis. La BNS souligne à quel point il est important que les banques améliorent la qualité des informations fournies au sujet de leurs risques.	BNS	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2007, p. 23 et 53 Lettre du DFF du 4.5.2009
30.	26.6.2007	CP KLL[1]: discussion et approbation des nouveaux projets partiels et discussion d'ateliers communs avec le FMI et la *Federal Reserve*. [1] En règle générale, les rencontres du comité de pilotage KLL (CP KLL) se tiennent sans la présence du chef du DFF et du président de la BNS. Par contre, et sauf exceptions, les autres membres des trois niveaux de l'organisation de crise sont généralement présents à ces rencontres.	CFB, BNS, AFF	Chronologie KLL vérifiée par la FINMA et la BNS
31.	juin/juillet 2007	Baisse des prix des titres surévalués qui ne sont pas adossés à des hypothèques de première qualité. Plusieurs *hedge funds* plongent. L'étendue des risques/de l'exposition des grandes banques internationales – et notamment des grandes banques suisses – sur le marché des *subprime*s est encore largement inconnue.		BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008
32.	6.7.2007	UBS annonce le remplacement de son *CEO* (M. Rohner succède à P. Wuffli).	UBS	UBS, *Shareholder Report,* p. 6
33.	fin juillet 2007	La banque d'investissement d'UBS identifie les problèmes liés au marché des *subprimes* US. Premiers signes d'une crise des liquidités.	UBS	UBS, *Shareholder Report*, p.35
34.	6.8.2007	Le *CEO* et le *Chairman's office* de l'UBS sont informés des problèmes liés au marché des *subprimes*.	UBS	UBS, *Shareholder Report*, p.35

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
35.	août 2007	La CFB active le mode de crise («alerte jaune»). La surveillance des grandes banques et la collaboration avec la BNS sont intensifiées: l'évolution des produits, de la capitalisation et des liquidités ainsi que l'évaluation des actifs illiquides problématiques sont suivies de près; simulations de crise sur les risques groupés, identification des risques de contamination et surveillance de la réduction des actifs problématiques ainsi que de la communication des banques et des autorités avec le public.	CFB, BNS	Chronologie FINMA n° 36
36.	août 2007	La BNS renforce sa surveillance des marchés financiers et son observation des deux grandes banques suisses en collaboration avec la CFB; afin de renforcer les capitaux dont dispose le système financier, la BNS – avec la CFB – recommande aux banques d'augmenter leurs fonds propres au plus vite; elle demande à l'état-major de crise de prévoir toutes les mesures nécessaires pour le cas où des banques se trouveraient en difficultés. L'attention est focalisée sur les grandes banques. Différents scénarios sont envisagés.	BNS	P.-v. CdG-E du 18.11.2008, Roth
37.	9.8.2007	Date à laquelle il apparaît clairement que le marché interbancaire est l'objet d'une crise de confiance: les taux des crédits interbancaires, comparés aux taux directeurs des banques centrales, prennent l'ascenseur dans le monde entier, mais avant tout aux Etats-Unis. La liquidité s'épuise sur de nombreux marchés.	Etats-Unis	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008
38.	9./10.8.2007	La BNS ainsi que d'autres banques centrales commencent à approvisionner temporairement les marchés en liquidités à titre extraordinaire (motif: crise des *subprimes*).	BNS	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008
39.	14.8.2007	UBS réalise un bénéfice de 5622 millions de francs au deuxième trimestre (résultat pour la même période de l'exercice précédent: 3147 millions de francs).	UBS	UBS, Communiqué de presse du 14.6.2007
40.	18.8.2007	Compte tenu des résultats au deuxième trimestre, UBS émet un avertissement sur les bénéfices; si les turbulences se poursuivent, elle prévoit un résultat très médiocre dans le secteur «banque d'investissement».	UBS	UBS, *Shareholder Report*, p. 6
41.	20.8.2007	Rencontre CFB – UBS. Le *CEO* d'UBS détaille les chiffres actualisés du compte de résultat. Selon lui, la raison principale expliquant la situation d'UBS à cette date réside dans le taux de refinancement beaucoup trop bas (inférieur au LIBOR) et trop peu différencié qui a été accordé à la banque d'investissement à l'intérieur d'UBS. En résumé, la CFB relève que le problème d'UBS a été identifié, que sa liquidité n'est pas menacée pour le moment, mais qu'elle pourrait poser problème à l'avenir. C'est là que la CFB (Service Grandes banques) réalise qu'UBS connaît de sérieuses difficultés.	CFB, UBS	Chronologie FINMA n° 35 Réponses écrites de D. Sigrist, 30.10.2009

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
42.	22.8.2007	Séance du Conseil fédéral: le chef du DFF fait état de la situation sur le marché de l'immobilier aux Etats-Unis.	CF	Chronologie DFF 13.8.2009
43.	24.8.2007	La CFB a connaissance d'une exposition nette de l'UBS au secteur *subprime* de 53,1 milliards de francs au 24 août 2007 (y compris: *DRCM*).	CFB	Iv. pa. Müller 09.3775 FINMA, Rapport «Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers» du 14.9.2009, p. 24
44.	29./30.8.2007	Séance de la CFB (avec participation de la BNS) – Il s'agit, dans un premier temps, d'obtenir régulièrement des grandes banques des informations aussi fiables que possible relatives à l'évaluation des risques et aux résultats des simulations de crise. La collaboration entre la CFB et la BNS doit être intensifiée à tous les niveaux. Aux termes de Bâle II, décision préliminaire d'augmenter les exigences de fonds propres de 120 % à 130 % pour les grandes banques en prévision des premières pertes de l'ordre de 2 à 3 milliards de francs attendues chez UBS.	CFB, BNS	Chronologie FINMA n° 37 à 39
45.	début septembre	La CFB informe l'AFF des pertes attendues chez UBS au troisième trimestre 2007.	CFB, DFF	Chronologie FINMA n° 40
46.	17.9.2007	Nationalisation de la banque anglaise *Northern Rock*, devenue insolvable. La prise d'assaut de la banque britannique *Northern Rock* en septembre 2007 montre que le programme mis en place par la BNS prévoyant l'octroi de liquidités d'urgence contre nantissement de portefeuilles hypothécaires suisses (*Emergency Liquidity Assistance*, *ELA*) à des banques solvables ayant une fonction systémique pouvait se révéler contreproductif en raison de son effet stigmatisant.	*Northern Rock*	Chronologie FINMA n° 41
47.	18.9.2007	Réunion de la CFB avec l'UBS *Chairman's Office*. Sujets de discussion: *Dillon Read Capital Management* et remplacement du *CEO*, risques de marché et risques de crédits ainsi que la liquidité. Au moyen de transparents, les représentants d'UBS expliquent les mécanismes de titrisation de crédits hypothécaires.	CFB, UBS	Chronologie FINMA n° 42
48.	27.9.2007	Séance de la CFB – Elle décide de faire le point sur l'état des grandes banques une fois par mois. La CFB s'interroge sur la nécessité de mettre au courant le gouvernement. Le chef du DFF a toutefois déjà été informé.	CFB	Chronologie FINMA n° 45
49.	octobre 2007	Le Forum sur la stabilité financière (FSF) émet des recommandations en vue de la prise de mesures concrètes visant à lutter contre la crise financière menaçante (en collaboration avec la Suisse).	FSF	CF, Message Train de mesures

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
50.	1.10.2007	UBS émet un avertissement sur les bénéfices du troisième trimestre et annonce une perte de 4,2 milliards de francs. L'agence de notation *Standard & Poor's* (*S&P*) abaisse la note d'UBS. La banque annonce aussi différents changements au sein de sa direction (notamment M. Rohner, qui, en plus de sa fonction de *CEO*, devient *Chairman* et *CEO* d'UBS *Investment Bank* en remplacement de H. Jenkins).	UBS	UBS, *Shareholder Report*, p. 6 UBS, Communiqué de presse du 1.10.2007
51.	novembre 2007	Toujours en mode de crise, la CFB déclenche l'«alerte rouge».	CFB	Chronologie FINMA n° 49
52.	1.11.2007	Séance de la CFB – UBS a pratiquement été coupée de ses sources de liquidité et annonce de nouvelles pertes. La CFB discute du fait qu'UBS n'annonce ses pertes que par tranches et n'a apparemment pas anticipé ce qui pourrait encore venir. La CFB entend discuter de cette politique avec UBS.	CFB	Chronologie FINMA n° 48
53.	21./22.11.2007	Séance de la CFB – La CFB (avec participation de la BNS) décide de demander à UBS de préparer des mesures de correction pour le cas où les fonds propres tomberaient en dessous du niveau requis de 120 %/130 %.	CFB, BNS	Chronologie FINMA n° 53
54.	28.11.2007	Séance du Conseil fédéral: Le président de la BNS informe sur les *subprime*s.	CF, BNS	Chronologie DFF, 13.8.2009
55.	29.11.2007	Mise au point institutionnalisée entre le DFF et la CFB: il est question, entre autres, des turbulences sur les marchés financiers (et des mesures prises pour les maîtriser – info CFB) ainsi que de la stratégie pour la place financière (plan d'ensemble du secteur financier; réaction des autorités – info DFF/CFB).	DFF, CFB	Chronologie FINMA n° 54
56.	7.12.2007	Séance du Conseil fédéral: Le chef du DFF annonce qu'UBS procède à des amortissements de dix milliards de francs.	CF	Chronologie DFF, 13.8.2009
57.	10.12.2007	Dans le cadre de la surveillance renforcée exercée par la BNS et la CFB, on reconnaît chez UBS la nécessité d'amortissements supplémentaires considérables. UBS annonce de nouveaux amortissements (10 milliards de dollars); elle projette de se procurer de l'argent frais en émettant un emprunt à conversion obligatoire (13 milliards de francs); en février 2008, les actionnaires donnent leur aval.	BNS, CFB, UBS	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008 P.-v. CdG-N/E du 22.4.2009, Roth UBS, communiqué de presse du 10.12.2007
58.	12.12.2007	La BNS – pour la première fois de son histoire – met à la disposition des marchés des liquidités en dollars dans le cadre d'une intervention coordonnée par plusieurs banques centrales (4 milliards de dollars pour les marchés monétaires suisses).	BNS	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008
59.	18.12.2007	Réunion ordinaire de la CFB et de la BNS avec UBS, destinée à faire le point après la publication des corrections de valeur et des mesures prises par UBS le 10 décembre 2007.	CFB, BNS, UBS	Chronologie KLL vérifiée par la FINMA et la BNS

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
60.	18.12.2007	Instance tripartite – Discussions entre le DFF (chef et directeur AFF), la BNS (président) et la CFB (président et directeur).	CFB, BNS, DFF	Chronologie KLL vérifiée par la FINMA et la BNS
61.	19.12.2007	Séance de la CFB – Elle donne à UBS jusqu'à fin mars pour lui fournir un rapport relatif au déroulement, aux causes et aux responsables de la crise. La CFB confirme en outre sa décision provisoire d'augmenter les exigences en matière de fonds propres.	CFB, UBS	Chronologie FINMA n° 61
62.	janvier 2008	La BNS met à la disposition des marchés monétaires suisses des liquidités en dollars (4 milliards de dollars).	BNS	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008
63.	janvier 2008	La CFB ouvre une enquête sur les causes des réajustements de valeur auxquels UBS a dû procéder en 2007 sur des actifs titrisés qui étaient en grande partie adossés à des hypothèques *subprime*s aux Etats-Unis. Elle publie son rapport le 30.9.2008.	CFB	CFB – Rapport *Subprime* UBS, p. 3.
64.	23.1.2008	Lettre de la CFB à UBS: la qualité des informations fournies est inacceptable et les processus internes d'UBS sont trop lents. La banque est priée de respecter les délais impartis pour la fourniture d'informations.	CFB, UBS	Chronologie FINMA n° 68
65.	29.1.2008	Instance tripartite: la CFB et la BNS informent le chef du DFF de la gravité de la situation d'UBS et lui présentent des options stratégiques en prévision d'une nouvelle aggravation de la situation. Une recapitalisation d'UBS s'impose de toute urgence et il se peut qu'une intervention de la Confédération devienne nécessaire si la banque ne trouve pas les capitaux sur le marché.	CFB, BNS, DFF	Chronologie FINMA n° 69
66.	30.1.2008	UBS avertit que de nouveaux amortissements pourraient être nécessaires.	UBS	UBS, Communiqué de presse du 30.1.2008
67.	14.2.2008	UBS confirme la perte nette de 4,4 milliards de francs annoncée pour 2007.	UBS	UBS, Communiqué de presse du 14.2.2008

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
68.	22.2.2008	CP KLL: la CFB présente au CP KLL un rapport sur l'éventualité d'une crise affectant les grandes banques, accompagné de scénarios relatifs au calendrier, à un soutien étatique de solutions mises en place par le secteur privé et à la sauvegarde des opérations en Suisse. Elle y présente dans le détail quatre possibilités d'intervention de l'Etat (procédure d'assainissement, garantie des actifs toxiques, recapitalisation, séparation des opérations en Suisse). Le CP KLL se penche aussi sur un document de la BNS intitulé «Handlungsmöglichkeiten bei einem akuten Vertrauensverlust gegenüber der UBS: Positionspapier der Schweizerischen Nationalbank». Dans le cas d'une perte de confiance grave, le CD KLL considère alors que la meilleure des solutions consisterait à combiner un apport de liquidités par la BNS avec une recapitalisation au moyen de fonds privés ou publics, si nécessaire.	CFB, BNS, AFF	Chronologie FINMA n° 72
69.	27.2.2008	Séance de la CFB: la CFB décide de demander à UBS d'aliéner certaines parties de son portefeuille hypothécaire américain et de renforcer une nouvelle fois son capital à l'assemblée générale ordinaire. Le remplacement de Marcel Ospel en tant que président du conseil d'administration est évoqué pour la première fois, tout comme l'éventualité d'une externalisation de certains types d'opérations.	CFB	Chronologie FINMA n° 74
70.	27.2.2008	Un document résumant la position de la CFB et de la BNS et présentant différentes options d'intervention est envoyé au chef du DFF.	CFB, BNS, DFF	Chronologie FINMA n° 76
71.	27.2.2008	L'assemblée générale extraordinaire d'UBS approuve la création d'un capital conditionnel pour l'émission d'obligations remboursables en actions.	UBS	UBS, Communiqué de presse du 27.2.2008
72.	mars 2008	La BNS ainsi que d'autres banques centrales du G10 annoncent des mesures coordonnées visant à garantir la liquidité (la BNS met à la disposition des marchés monétaires suisses des liquidités pour un montant de 6 milliards de dollars).	BNS	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008
73.	4.3.2008	Réponse écrite du DFF au document de février 2008: le DFF attire l'attention de la BNS et de la CFB sur les différentes questions restées sans réponse ainsi que sur les problèmes politiques posés par une intervention de l'Etat.	DFF, CFB, BNS	Lettre du DFF du 4.5.2009
74.	13.3.2008	Comité de pilotage KLL – La prise de position du DFF du 4.3.2008 est discutée par le comité de pilotage et des mandats sont délégués pour la suite des travaux.	CFB, BNS, AFF	Lettre du 17.3.2008 du président de la BNS et du président de la CFB à l'adresse du chef du DFF
75.	17.3.2008	Lettre de la BNS et de la CFB au DFF (chef de département): les présidents de la BNS et de la CFB le remercient de sa réponse à leur prise de position et annoncent une version revue et corrigée du document pour la mi-avril.	CFB, BNS; DFF	Merz, classeur 1, n° 9

Nº	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
76.	19.3.2008	Séance de la CFB: la recapitalisation importante qui est encore nécessaire doit être assurée par UBS, qui doit aussi réduire effectivement et avec détermination certains de ses actifs, américains en particulier. La CFB est en outre d'avis que M. Ospel n'a plus sa place au poste de président du conseil d'administration, conclusion qui est communiquée le lendemain même à l'intéressé par une délégation de la CFB. La BNS et le chef du DFF en sont informés immédiatement.	CFB	Chronologie FINMA nº 83
77.	19.3.2008	Réunion de l'instance tripartite: les participants font le point sur la situation d'UBS et discutent de l'aliénation d'actifs.	CFB, BNS, DFF	Merz, classeur 1, nº 10
78.	20.3.2008	CP KLL + état-major de conduite opérationnel – A l'ordre du jour: situation d'UBS, partenaires potentiels dans le cadre d'une solution secteur privé (première appréciation du point de vue des autorités), présentation et évaluation de quatre options de soutien étatique, présentation et analyse du soutien de *Bear Stearns* par la *Fed*, analyse circonstanciée de la possibilité d'une prise en charge de risques par l'Etat.	CFB, BNS, AFF	Chronologie vérifiée par la FINMA et la BNS
79.	fin mars 2008	L'AFF rédige à l'attention du chef du DFF une note libre faisant état des possibilités d'action pour le cas où UBS ferait face à une perte de confiance grave.	DFF/AFF	Lettre du DFF du 4.5.2009
80.	printemps 2008	La BNS envisage deux options de transactions, qu'elle prépare de manière détaillée (projet Pink et projet Rose). «Pink» prévoit un prêt substantiel de la BNS à UBS, «Rose» l'acquisition définitive de titres matérialisant des actifs illiquides d'UBS.	BNS	P.-v. CdG-E du 18.11.2008, Roth
81.	1.4.2008 (ou 30.3.)	Séance de l'instance tripartite: les participants font le point sur la situation d'UBS, discutent de l'aliénation d'actifs et de l'éventualité d'un rachat d'UBS ainsi que du départ de M. Ospel (Kurer PCA par intérim).	CFB, BNS, AFF	Merz, classeur 1, nº 13 Chronologie vérifiée par la FINMA et la BNS
82.	1.4.2008	UBS annonce des pertes brutes et des amortissements pour un montant de 19 milliards de dollars sur des actifs en rapport avec des crédits hypothécaires américains. Au premier trimestre, elle annonce en outre une perte nette de 12 milliards de francs. La banque annonce en outre une augmentation de capital ordinaire de 15 milliards de francs (entièrement souscrite par un consortium de banques) ainsi que le remplacement du président de son conseil d'administration au 23 avril 2008.	UBS	UBS, Communiqué de presse du 1.4.2008 Chronologie FINMA nº 91

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
83.	1.4.2008	Lors de sa conférence de presse annuelle, la CFB annonce son intention d'augmenter massivement les exigences auxquelles les grandes banques doivent satisfaire en matière de fonds propres pour remédier au problème du «*too big to fail*» et d'envisager, en plus, l'introduction d'un ratio d'endettement. La CFB et la BNS constituent ensuite une équipe commune chargée de développer un nouveau régime auquel les grandes banques seraient soumises en matière de fonds propres.	CFB, BNS	Chronologie FINMA n° 88 Exposé de Daniel Zuberbühler, Crise mondiale du crédit – Conséquences pour la surveillance des banques, tenu le 1.4.2008 à l'occasion de la conférence de presse annuelle de la CFB.
84.	1.4.2008	Envoi du *non paper* de l'AFF à la BNS et à la CFB avec lettre d'accompagnement du chef du DFF.	AFF, DFF, CFB	Lettre du DFF du 4.5.2009 Chronologie FINMA n° 87 Merz, classeur 1, n° 22
85.	2.4.2008	CP KLL + état major de conduite opérationnel: discussion des mesures réservées en prévision de situations de crise et discussion *du non paper* de l'AFF.	CFB, BNS, AFF	Chronologie vérifiée par la FINMA et la BNS
86.	2.4.2008	Séance du Conseil fédéral: le chef du DFF informe au sujet des nouveaux amortissements auxquels UBS a dû procéder aux Etats-Unis.	CF	Chronologie DFF du 13.8.2009
87.	avril 2008	La BNS met encore une fois à la disposition des marchés monétaires suisses des liquidités d'un montant de 6 milliards de dollars à titre temporaire.	BNS	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008
88.	15.4.2008	Le Forum de Stabilité Financière FSF publie son rapport final avec un catalogue de recommandations pour enrayer la crise financière (avec la participation de la CH).	FSF	CF, Message train de mesures FSF, communiqué de presse
89.	17.4.2008	Entretien du chef du DFF avec MM. M. Ospel et P. Kurer: Principale menace: déstabilisation d'UBS par Luqman Arnold ou OPA (in)amicale sur tout ou parties d'UBS; constitution de nouvelles provisions pas exclue, mais pas besoin d'argent frais.	UBS, DFF	Merz, classeur 1, n° 15
90.	21.4.2008	CP KLL + état major de conduite opérationnel: la discussion porte sur l'organisation des KLL. En période de «phase verte», l'initiative revient à la CFB. En période de «phase rouge», la responsabilité est transférée à la BNS ou à la CFB lorsqu'il y a engagement politique de la Confédération. Autres sujets de discussion: *non paper* de l'AFF et suite des opérations. *Le non paper* vise à présenter toutes les options envisageables dans le cas d'une crise bancaire et sert donc de base de décision politique.	CFB, BNS, AFF	Chronologie vérifiée par la FINMA et la BNS

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
91.	22.4.2008	Séance de la CFB: la CFB exige d'UBS qu'elle lui présente sa vision de la nouvelle orientation stratégique de la banque et menace d'exiger des fonds propres supplémentaires si elle ne dispose pas d'un plan détaillé pour les systèmes informatiques et les points faibles relevés (contrôle des risques, reporting, gouvernance, etc.) avant la fin juin 2008 et si la mise en œuvre de ce plan n'a pas commencé d'ici là. La CFB entend aussi exiger la présentation d'un plan concret pour le transfert de risque des actifs hypothécaires américains importants d'ici fin avril 2008.	CFB	Chronologie FINMA n° 99
92.	23.4.2008	Peter Kurer est nommé nouveau président du conseil d'administration d'UBS par l'assemblée générale.	UBS	UBS, Communiqué de presse du 23.4.2008
93.	mai 2008	La BNS augmente le volume de ses mesures de liquidité à 12 milliards de dollars.	BNS	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008
94.	6.5.2008	UBS, 1er trimestre 2008 – les positions liées au marché américain des *subprime*s ont été réduites de 60 % depuis le 3e trimestre 2007. Cette réduction a été obtenue au moyen tant de ventes que d'amortissements.	UBS	UBS, Communiqué de presse du 6.5.2008 Merz, classeur 1, n° 20
95.	7.5.2008	Lettre de la BNS au DFF (chef du département): réaction au *non paper* de l'AFF du 1er avril (actions envisageables si une grande banque perdait la confiance de sa clientèle).	BNS, DFF	Merz, classeur 1, n° 22
96.	8.5.2008	La Direction générale de la BNS approuve les travaux préparatoires des deux projets «Pink» et «Rose» destinés au soutien d'UBS.	BNS	P.-v. CdG-E du 18.11.2008, Roth
97.	13.5.2008	Rencontre institutionnalisée entre le DFF et la CFB portant notamment sur la crise des marchés financiers: efficacité des mesures prises aux niveaux national et international, informations au sujet des interventions parlementaires et des discussions avec les commissions (info CFB) ainsi que dialogue sur la stratégie en matière de place financière (CODIFI) – état d'avancement des travaux (info DFF).	DFF, CFB	Lettre du DFF, 4.5.2009 Chronologie FINMA n° 101
98.	19.6.2008	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008. La BNS y souligne que les grandes banques suisses restent exposées aux risques de crédit et de marché sur le plan international. Elle y annonce un durcissement des dispositions en matière de dotation des grandes banques en fonds propres et en liquidités. En matière de fonds propres, elle prévoit non seulement d'augmenter les exigences en fonction des risques, mais aussi d'introduire un plancher pour le ratio d'endettement (*leverage ratio*). Elle exige en outre des banques qu'elles améliorent leur transparence et leur gestion des risques.	BNS	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2008

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
99.	21.5.2008	UBS vend au gérant d'actifs américain *BlackRock* des actifs liés à l'immobilier aux Etats-Unis à hauteur de 15 milliards de dollars.	UBS	UBS, Communiqué de presse du 21.5.2008
100.	23.6.2008	Lettre de la BNS à la CFB: la BNS salue l'initiative de la CFB visant à augmenter les fonds propres des grandes banques afin de mieux protéger l'économie et la place financière suisses contre les risques que les grandes banques représentent pour le système.	BNS, CFB	Chronologie FINMA n° 109 Chronologie actualisée par la FINMA du 15.4.2010, n° 91
101.	25.6.2008	UBS soumet à la CFB un plan d'action axé sur une amélioration de la gestion des risques et du contrôle financier et qui donne l'impression que les problèmes seront résolus d'ici la fin de l'année. UBS soumet à la CFB un plan en treize points traitant, entre autres, de la nouvelle orientation du conseil d'administration.	CFB, UBS	Chronologie FINMA n° 111
102.	été 2008	Lors du débat d'entrée en matière sur le budget et le plan financier, la Commission des finances du CE discute des scénarios pessimistes et s'assure auprès du CF que les décisions réservées ont dûment été préparées.	CdF	Débat parlementaire sur le train de mesures
103.	2.7.2008	CP KLL + état-major de direction opérationnel – Ordre du jour: 1. Information CFB/BNS sur la situation des grandes banques, 2. Information CFB sur les projets de recapitalisation, 3. Information BNS sur les projets *Asset Purchase/Asset Swap*, 4. Information CFB/DFF sur la suite des opérations en matière de réforme du régime des fonds propres des grandes banques, 5. Information BNS/CFB relative à la réforme du régime des liquidités, 6. Niveau de crise KLL, 7. Divers. Les participants décident unanimement le maintien de la phase d'alerte rouge.	CFB, BNS, AFF	Chronologie vérifiée par la FINMA et la BNS
104.	3.7.2008	Un projet de nouveau régime en matière de fonds propres réalisé en commun par la CFB et la BNS est envoyé au CS et à UBS, qui sont priés de prendre position avant la mi-août. Le CS remet en question la base juridique et s'oppose notamment au ratio d'endettement. UBS admet l'utilité de principe d'un tel ratio. Les deux banques craignent d'être désavantagées par rapport à la concurrence et plaident donc en faveur de mesures concertées sur le plan international.	BNS, CFB, UBS, CS	Chronologie actualisée par la FINMA du 15.4.2010
105.	juillet 2008	La CFB exige des deux grandes banques un relevé détaillé des modèles et structures des systèmes de compensation et d'incitation.	CFB	P.-v. CER 14.10.2008, Haltiner
106.	juillet 2008	L'AFF demande au prof. Manuel Amman de l'Université de St-Gall un avis d'expert sur le projet d'augmentation des exigences auxquelles les grandes banques suisses doivent satisfaire en matière de fonds propres.	AFF	Lettre du DFF du 4.5.2009

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
107.	juillet 2008	La CFB soumet au comité de Bâle son projet de nouveau régime de fonds propres pour CS et UBS. Il est rejeté dans un premier temps, mais reconsidéré en septembre, suite à l'aggravation de la crise après la faillite de *Lehman Brothers*.	CFB	CFB, Rapport de gestion 2008
108.	27.8.2008	Séance de la CFB: les responsables de la CFB entendent faire pression sur UBS au cas où elle ne serait pas en mesure de clarifier la structure de la banque d'investissement avant la fin du mois de septembre. La Commission souhaite comprendre les hésitations d'UBS en ce qui concerne l'avenir de la banque d'investissement.	CFB	Chronologie FINMA n° 123
109.	5.9.2008	L'AFF remet à la CFB, avec copie à la BNS, l'expertise que le prof. Manuel Amman a rédigée sur mandat de l'AFF au sujet du projet d'augmenter les exigences de fonds propres des grandes banques suisses.	AFF, CFB, BNS	Chronologie FINMA n° 125
110.	15.9.2008	*Lehman Brothers* se déclare en faillite et requiert la protection des créanciers. L'Etat ne fait rien pour sauver l'entreprise.	*Lehman Brothers*	
111.	19.9.2008	Séance du CF: le chef du DFF informe sur la crise des marchés financiers aux Etats-Unis.	CF	Chronologie DFF du 13.8.2009
112.	19.9.2008	Le Gouvernement américain présente un plan de sauvetage (plan Paulson) destiné à soutenir le marché financier américain, affaibli par la crise financière depuis 2007. Les mesures prévues, représentant une aide de quelque 700 milliards de dollars, sont spécifiées dans le *Troubled Assets Relief Program* (programme de sauvetage des actifs à risque).	Etats-Unis	
113.	20.9.2008	Le président de la CFB et le président de la BNS contactent le chef du DFF pour lui faire part de la gravité de la situation et de la nécessité immédiate d'une séance de crise.	BNS, CFB, DFF	P.-v. CdG-E du 18.11.2008, Roth Chronologie FINMA n° 128
114.	20.9.2008	CP KLL + état-major de direction opérationnel – discussion de différentes options d'intervention; la réunion est motivée par le plan Paulson, annoncé par le Gouvernement des Etats-Unis le 19.09.2008 et dont l'entrée en vigueur est prévue le 22.09.2008. Le Comité s'interroge sur l'avenir des banques suisses si elles en sont exclues.	BNS, CFB, AFF	Chronologie actualisée par la FINMA du 15.4.2010, n° 105
115.	20.9.2008	Le chef du DFF est victime d'un accident cardio-vasculaire et doit être hospitalisé. Sa suppléante est désignée en la personne de la cheffe du DFJP.	DFF	

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
116.	21.9.2008	Réunion d'urgence de la BNS et de la CFB avec UBS: celle-ci est informée que la BNS est disposée à racheter des actifs illiquides. La question de la recapitalisation est abordée. La BNS assujettit le rachat à la condition d'une injection de capital, par mesure de prudence. UBS va tenter de trouver les capitaux nécessaires sur le marché.	CFB, BNS, UBS	Chronologie FINMA n° 129
117.	21.9.2008	En sa qualité de suppléante du chef du DFF, la cheffe du DFJP est mise au courant de la situation par le directeur de l'AFF, le président de la BNS ainsi que le président et le directeur de la CFB.	BNS, CFB, DFF	Chronologie FINMA n° 130
118.	22.9.2008	Séance extraordinaire du Conseil fédéral consacrée à la crise financière. La suppléance par la cheffe du DFJP est décidée formellement.	CF	Lettre de la ChF du 11.5.2009
119.	22.9.2008	La BNS contacte UBS pour une analyse approfondie de la situation. Elle réalise au fil de la discussion que le scénario «Pink» n'entre plus en ligne de compte et qu'il faut continuer de préparer le plan «Rose» (variante lourde), ce qui permettra, par la suite, de lancer le projet «Rose» sous une forme améliorée. Parallèlement, UBS est d'accord de procéder à une recapitalisation additionnelle à hauteur de 6 milliards de francs.	BNS, UBS	P.-v. CdG-E du 18.11.2008, Roth
120.	24.9.2008	Fonds propres supplémentaires pour les grandes banques: le DFF informe la CFB qu'il souhaite un report de la décision de la CFB jusqu'à ce que le Conseil fédéral ait discuté du projet d'augmentation des fonds propres et soit parvenu à se forger une opinion à ce sujet. Le projet doit être soumis à la commission à la session de novembre.	CFB, DFF	Chronologie FINMA n° 133
121.	25.9.2008	CP KLL – au soir, rencontre du CP KLL avec la cheffe du DFJP et des représentants d'UBS dans les locaux du Palais fédéral Ouest.	CFB, BNS, DFF, UBS	Chronologie KLL vérifiée par la FINMA et par la BNS
122.	26.9.2008	Soucieuse de calmer la situation sur les marchés monétaires, la BNS met à leur disposition des liquidités en dollars.	BNS	BNS, Communiqué de presse du 26.9.2008
123.	26.9.2008	La cheffe du DFJP informe oralement le Conseil fédéral des mesures prévues pour maîtriser la crise qui pourrait frapper UBS.	CF	Lettre du DFF du 4.5.2009
124.	30.9.2008	Rapport de la CFB «Crise des *subprimes*: enquête de la CFB sur les causes des réajustements de valeur auxquels a dû procéder UBS».	CFB	Site Internet de la CFB
125.	1.10.2008	CP KLL (avec la Direction de la BNS au grand complet) prépare une note d'information à l'attention du Conseil fédéral.	CFB, BNS, AFF	Chronologie KLL vérifiée par la FINMA et par la BNS

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
126.	2.10.2008	Séance extraordinaire du CF: le CP KLL informe le Conseil fédéral de la situation ainsi que des travaux préparatoires en cours (sur la base d'un document de travail du DFF du 2.10.2008). A cette date, la prise de participation de la Confédération n'est encore qu'une option. UBS espère toujours trouver 6 milliards de francs sur le marché des capitaux.	BNS, UBS, CF	P.-v. CdG-E du 18.11.2008, Roth Lettre de la ChF du 11.5.2009 Lettre du DFF du 4.5.2009 Chronologie FINMA n° 141
127.	5.10.2008	CP KLL + UBS: Préparation d'une recapitalisation d'urgence par la Confédération: la CFB, l'AFF et la BNS (Direction générale) rencontrent les chefs d'UBS (P. Kurer, M. Rohner). Les espoirs d'UBS de trouver de l'argent frais sur le marché sont en train de s'évanouir. Le DFF est informé qu'il est nécessaire de prévoir une recapitalisation d'urgence par la Confédération.	BNS, CFB, AFF, UBS	Lettre du DFF du 4.5.2009 Chronologie FINMA n° 143
128.	10.10.2008	CP KLL (avec la direction de la BNS au grand complet): rencontre avec UBS.	CFB, BNS, AFF, UBS	Chronologie KLL vérifiée par la FINMA et par la BNS
129.	10.10.2008	La cheffe du DFJP est tenue au courant par la CFB et par la BNS.	DFF, CFB, BNS	Chronologie FINMA n° 146
130.	12.10.2008	CP KLL (avec la Direction de la BNS au grand complet): rencontre avec UBS: changement de programme en matière de recapitalisation. En fin de journée, il est établi définitivement que la Confédération doit injecter de l'argent dans la banque.	CFB, BNS, DFF, UBS	Chronologie FINMA n° 147 Der Bund, 13.3.2010, interview de Peter Siegenthaler
131.	12.10.2008	CP KLL (avec la Direction de la BNS au grand complet): rencontre avec CS: la banque assure ne pas avoir besoin de se défaire d'actifs illiquides et annonce une augmentation de ses fonds propres qui lui permet de satisfaire aux nouvelles normes en matière de fonds propres.	CFB, BNS, DFF, CS	Chronologie FINMA n° 147
132.	13.–15.10.2008	Après consultation de la BNS, la CFB négocie entre le 13 et le 15 octobre les éléments-clés du nouveau régime des fonds propres avec CS.	CFB, BNS, CS	Chronologie KLL vérifiée par la FINMA et par la BNS, n° 32
133.	13.10.2008	Peter Kurer (UBS) informe la CFB que les fonds nécessaires à la recapitalisation n'ont pas pu être levés sur le marché et qu'il est donc indispensable qu'ils soient fournis par la Confédération.	CFB, UBS	P.-v. CdG-E du 18.11.2008, Roth Lettre du DFF du 4.5.2009 Chronologie FINMA n° 148
134.	13.10.2008	Le même jour, la cellule du CF pour les affaires économiques est informée des derniers développements par le CP KLL. Elle discute des différents éléments du train de mesures.	CFB, BNS, AFF, DFF, DFE, DFI	Chronologie FINMA n° 148
135.	13.10.2008	Le CP KLL se réunit le soir même.	CFB, BNS, AFF	Chronologie FINMA n° 148

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
136.	14.10.2008	Lettre d'UBS à la CFB et à la BNS portant sur le transfert d'actifs illiquides à une société à but spécial. Demande formelle de l'UBS pour le déclenchement de l'opération. La BNS l'approuve sous réserve d'une recapitalisation de l'UBS par la Confédération à hauteur de 6 milliards de francs.	UBS, BNS,	P.-v. CdG-E du 18.11.2008, Roth BNS, Compte rendu d'activité 2008 Chronologie FINMA n° 149
137.	14.10.2008	Lettre de la CFB à la BNS: «UBS – mesures nécessaires»; la CFB informe la BNS que la stabilité d'UBS est en péril si rien n'est entrepris dans les jours qui suivent. Elle recommande donc la mise en œuvre complète et immédiate du plan de mesures. Elle confirme par ailleurs qu'UBS est solvable selon les règles en vigueur.	CFB, BNS,	Chronologie FINMA n° 149 BNS, Compte rendu d'activité 2008
138.	14.10.2008	Le comité économique du Conseil fédéral est informé par la BNS et par la CFB.	CFB, BNS, DFF, DFI, DFE	Chronologie FINMA n° 149
139.	14.10.2008	La Délégation des finances est convoquée par téléphone pour une séance extraordinaire prévue l'après-midi du 15.10.2008.	DélFin	Débat parlementaire sur le train de mesures
140.	15.10.2008	La BNS signifie par une note écrite au Conseil fédéral qu'elle est prête à mettre en œuvre les mesures à condition que la Confédération assure la recapitalisation.	BNS, CF	Chronologie FINMA n° 150
141.	15.10.2008	Lettre d'UBS au Conseil fédéral «Acquisition par la Confédération suisse de *Mandatory Convertible Notes* 2008 / 2011 d'UBS pour un montant maximal de 6 milliards de francs». Avant d'arrêter sa décision, le Conseil fédéral entend tour à tour la BNS, le président de la CFB ainsi que le directeur de l'AFF. Le matin même, le Conseil fédéral arrête le train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse	CF	Chronologie DFF du 13.8.2009 P.-v. CdG-E du 18.11.2008, Roth P.-v. CdG du 29.3.2010, Hildebrand Lettre du DFF du 4.5.2009
142.	15.10.2008	Séance de la Délégation des finances. La Délégation des finances approuve la mesure.	CF/DélFin	Lettre du DFF du 4.5.2009 Chronologie FINMA n° 151 DFF, Chronologie du 13.8.2009
143.	15.10.2008	UBS et la BNS signent un accord de principe résumant les éléments essentiels de la transaction: UBS s'engage à observer les prescriptions en matière de systèmes d'indemnisation qui doivent encore être établies en consultation avec la CFB. La reprise des actifs est subordonnée à la condition que les fonds propres de base soient augmentés d'au moins 6 milliards de francs suisses	BNS, UBS	BNS, Compte rendu d'activité 2008

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
144.	16.10.2008	La 3e recapitalisation d'UBS, décidée en compensation de la perte en capital subie du fait de la vente d'actifs illiquides à la société à but spécial fondée par la BNS, est, faute d'une autre solution sur le marché, assurée au moyen d'obligations obligatoirement convertibles émises par la Confédération pour un montant de 6 milliards de francs. Le DFF et UBS signent une lettre d'entente portant sur l'émission d'obligations obligatoirement convertibles. Information préalable des présidents des partis et conférence de presse.	BNS, UBS, DFF, CF	Chronologie FINMA no 152 P.-v. CdG E du 18.11.2008, Roth DFF, Chronologie du 13.8.2009 UBS, Communiqué de presse du 16.10.2008
145.	16.10.2008	CS annonce une augmentation de capital, financée partiellement au moyen de crédits, d'un montant de 10 milliards de francs, permettant à l'entreprise de se conformer au nouveau régime en matière de fonds propres avant la date butoir de 2013. Cela vaut tant pour le ratio de fonds propres pondéré par les risques, qui excède de 100 % le minimum requis aux termes de Bâle II, que pour le ratio d'endettement, qui satisfait aux exigences minimales.	CS	Chronologie FINMA no 152
146.	20.10.2008	Information de la Commission des finances du CN sur le plan de mesures.	CdF	Débat parlementaire sur le train de mesures
147.	29.10.2008	La CFB demande à UBS de clarifier avant la mi-novembre 2008 d'une part la nature du financement relais de l'augmentation de capital et d'autre part les causes de l'évolution des pertes réalisées par la banque d'investissement ainsi que les mesures pouvant permettre d'y remédier.	CFB, UBS	Chronologie FINMA no 158
148.	3.11.2008	Le chef du DFF reprend son travail à la tête du DFF de même qu'en sa qualité de membre du gouvernement.	DFF	
149.	3.11.2008	CP KLL: solutions de garantie pour les dettes bancaires.	CFB, BNS, AFF	Chronologie FINMA no 162
150.	5.11.2008	Le CF approuve le Message concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse. Il prévoit des mesures visant d'une part à la recapitalisation d'UBS et d'autre part au renforcement du système de protection des déposants.	CF	DFF, Communiqué de presse du 5.11.2008
151.	19.11.2008	Séance de la CFB: elle décide d'intervenir auprès d'UBS pour obtenir de la banque qu'elle applique un programme de réduction des coûts rigoureux. La CFB durcit les prescriptions en matière de fonds propres auxquelles doit satisfaire UBS et l'oblige à présenter régulièrement une planification de capital à moyen terme.	CFB, UBS	Chronologie FINMA no 166 et 167

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
152.	20.11.2008	La CFB, UBS et CS tombent d'accord sur un relèvement des fonds propres ainsi que sur l'introduction d'un ratio d'endettement. Les nouvelles exigences décidées doivent être remplies d'ici 2013.	CFB	CFB, Communiqué de presse du 4.12.2008 FINMA, Rapport «Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers» du 14.9.2009, p. 42
153.	25.11.2008	CP KLL + état-major de direction opérationnel: évaluation de la situation des marchés et des banques (notamment UBS et CS), solutions de garantie pour dettes bancaires: discussion du document CODIF, réglementation des systèmes d'indemnisation.	CFB, BNS, AFF	Chronologie FINMA n° 168
154.	26.11.2008	Séance extraordinaire du Conseil fédéral consacrée à la crise financière.	CF	Lettre de la ChF du 11.5.2009
155.	26.11.2008	La société à but spécial de la Banque nationale chargée des actifs d'UBS (SNB StabFund) est constituée à Berne. Le transfert des actifs, à hauteur de 60 milliards de dollars au maximum, doit avoir lieu d'ici fin mars 2009.	BNS	BNS, Communiqué de presse du 26.11.2008
156.	26.11.2008	Le DFF et UBS signent un accord portant sur l'emprunt à conversion obligatoire.	EFD	DFF, Chronologie du 13.8.2009
157.	27.11.2008	Lettre de la CFB au chef du DFF: évaluation de la situation d'UBS et de CS (résultats, situation en matière de fonds propres, liquidité, afflux d'argent).	DFF, CFB	
158.	27.11.2008	Le DFF et UBS signent le *Pricing Supplement* de l'emprunt à conversion obligatoire.	DFF, CFB	DFF, Chronologie du 13.8.2009
159.	4.12.2008	Le DFF et UBS signent un accord d'amendement portant sur l'emprunt à conversion obligatoire (report de la libération du 4.12.2008 au 9.12.2008).	DFF	DFF, Chronologie du 13.8.2009
160.	12.12.2008	CP KLL	CFB, BNS, AFF	Chronologie FINMA n° 170
161.	16.12.2008	Séance extraordinaire du CF sur la crise financière; annonce par le chef du DFF de la perte trimestrielle de 4,5 milliards de francs réalisée par UBS.	CF	Lettre de la ChF du 11.5.2009 DFF, Chronologie du 13.8.2009

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
162.	19.12.2008	Séance de la CFB: décisions concernant le dossier UBS: se fondant sur les informations du 19.12.2008 fournies par la banque, le secrétariat réunit les éléments nécessaires pour déterminer si une augmentation de capital par la Confédération semble se révéler nécessaire au premier trimestre 2009. Le secrétariat dresse une liste des priorités comprenant aussi les seuils d'intervention devant être atteints pour qu'une nouvelle augmentation de capital financée par les pouvoirs publics soit envisagée. La CFB continue de faire pression sur la banque pour qu'elle limite les activités de la banque d'investissement.	CFB	Chronologie FINMA n° 173
163.	19.12.2008	SNB StabFund (la société à but spécial de la BNS) reprend une première tranche d'actifs d'UBS (d'une valeur de 16,4 milliards de dollars).	BNS	BNS, Communiqué de presse du 19.12.2008
164.	dès mi-janvier 2009	Le DFF informe régulièrement les Commissions de l'économie et des redevances ainsi que les Commissions des finances des deux Chambres des dernières évolutions en rapport avec le train de mesures.	DFF	DFF, Chronologie du 13.8.2009
165.	28.1.2009	Séance extraordinaire du Conseil fédéral: le président de la Confédération informe le Conseil fédéral de la perte annuelle de 21 milliards de francs qu'UBS a réalisée en 2008.	CF	DFF, Chronologie du 13.8.2009
166.	dès février 2009	Sur mandat du DFF et d'entente avec lui, la BNS procède à un monitorage des risques chez UBS «on site».	BNS, DFF	DFF, Chronologie du 13.8.2009
167.	dès février 2009	En sa qualité d'investisseur majeur, la Confédération a le droit de prendre part aux présentations ainsi qu'aux entretiens réguliers qu'UBS organise pour ses bailleurs de fonds. C'est à l'AFF qu'il revient de préparer de telles rencontres avec la banque et d'y assister. Le premier de ces entretiens a lieu le 13 février 2009.	DFF	DFF, Chronologie du 13.8.2009
168.	3.2.2009	UBS: la FINMA décide d'autoriser les éléments de rémunération variables (1,8 milliard de francs suisses au maximum) pour l'exercice 2008.	FINMA, UBS	Réponse du CF 09.3019 FINMA, Communiqué de presse du 10.2.2009
169.	10.2.2009	Le montant maximum du transfert d'actions d'UBS au StabFund est ramené de 60 milliards de dollars à 39,1 milliards de dollars.	BNS	BNS, Communiqué de presse du 10.2.2009

N°	Date	Evénement	Acteur(s)	Source(s)
170.	16.6.2009	Rapport sur la stabilité financière 2009 de la BNS. Selon la BNS, l'exposition au risque des grandes banques demeure élevée en comparaison avec leur capacité à éponger les pertes. Il est dès lors, selon elle, indispensable que les grandes banques continuent de réduire leurs positions à risque et à renforcer leur dotation en capital et qu'elles maintiennent des réserves de liquidité appropriées. La BNS estime qu'un degré d'endettement de plus de 20 est imprudent et n'est donc pas souhaitable dans les périodes favorables. La BNS est d'avis que la problématique du «*too big to fail*» doit être résolue pour le secteur bancaire suisse. En plus de prescriptions plus strictes pour les établissements d'importance systémique, il existe, selon elle, deux options: des mesures visant à simplifier la liquidation de grandes entreprises opérant à l'échelle internationale et des mesures (directes ou indirectes) visant à réduire la taille de ces entreprises. En collaboration avec la FINMA, la BNS procédera à une analyse circonstanciée des ces options, auxquelles viendront peut-être encore s'en ajouter d'autres.	BNS	BNS, Rapport sur la stabilité financière 2009
171.	26.6.2009	L'UBS annonce une émission de capital autorisé pour un montant de 3,8 milliards de francs.	UBS	UBS
172.	14.9.2009	Publication du rapport de la FINMA intitulé «Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers», la FINMA présente une analyse détaillée de la crise financière et du comportement de la Commission fédérale des banques (CFB).	FINMA	FINMA, Communiqué de presse du 14.9.2009

Bases de comparaisons des autorités suisses

La base de comparaison utilisée pour l'expertise des professeurs Tille et Wyplosz se concentre en particulier sur les pays industrialisés suivants:

- Etats-Unis: premier centre financier mondial d'où est partie la crise. Les autorités y ont fait preuve d'une inventivité et d'une flexibilité importantes, au risque de commettre des erreurs.
- Grande-Bretagne: deuxième plus grand marché financier. Si les autorités ont tardé à prendre la mesure de la crise, elles ont ensuite fortement innové.
- Zone Euro: espace économique majeur où les autorités ont parfois réagi à la crise de manière relativement tardive par rapport aux Etats-Unis et à la Grande Bretagne. Si la politique monétaire peut être analysée pour l'ensemble de la zone, les appréciations sur les régulations bancaires et financières portent aussi bien au niveau de la zone que sur des pays particuliers, car la responsabilité des régulations reste nationale.
- Allemagne: les marchés financiers y sont de taille relativement modeste. Toutefois, l'Allemagne abrite quelques banques de taille mondiale ainsi qu'un réseau de banques régionales qui ont certains points communs avec les banques cantonales suisses.
- France: structure financière ressemblant à celle de l'Allemagne, sans les Landesbanken, mais avec un rôle de l'Etat prépondérant.
- Espagne et Irlande: deux pays qui ont subi leurs propres crises immobilières, mettant ainsi directement en danger les banques et institutions de crédit hypothécaire.
- Canada: de taille modeste mais très intégré dans le système mondial. Le système bancaire canadien traverse la crise avec relativement peu de problèmes, et les autorités ont réagi rapidement et efficacement.

Charge des superviseurs en comparaison internationale

Source: Tille et Wyplosz.

Le tableau ci-dessous fait le nombre de banques avec le nombre d'individus travaillant dans la surveillance bancaire. Les chiffres pour les pays étrangers proviennent de *FSA*[824], alors que les chiffres suisses sont estimés sur la base des statistiques bancaires et des publications de la CFB et de la FINMA. Les chiffres sont séparés entre les grandes banques et le reste du secteur dans la mesure du possible. Outre le nombre d'établissements et le nombre de superviseurs, sont également pris en compte la taille du bilan des banques.

Effectifs et charge des autorités de surveillance

Indicateurs	Suisse	Etats-Unis	Royaume-Uni	Espagne	Canada
Nombre de banques, total	327	1 542	826	364	158
dont grandes banques	2	16	39	12	8
Nombre de superviseurs, total	139	2'085	197	310	89
pour grandes banques	25	476	152	180	33
Bilan (milliards) total	3 080	14 775	13 135	5 023	1 522
grandes banques	1 885				
Nombre de banques par superviseur, total	2.35	0.74	4.19	1.17	1.78
grandes banques	0.08	0.03	0.26	0.07	0.24
autres banques	2.85	0.95	17.49	2.71	2.68
Milliards de francs par superviseur, total	22.2	7.1	66.7	16.2	17.1
grandes banques	75.4				
autres banques	10.5				

Note: Le nombre de superviseurs en Suisse est estimé comme suit: le rapport annuel 2008 de la CFB indique 194 employés. Les juristes, économistes et experts comptables représentent 72 % de l'effectif, soit 139 employés. Le nombre de superviseurs travaillant sur les grandes banques (25) est indiqué par la FINMA

Sources:
- *FSA*: nombre de banques et de superviseurs (Etats-Unis, Royaume-Uni, Espagne, Canada)
- FMI, *International Financial Statistics*: bilan des banques (banques à chartes au Canada, institutions de crédit dans l'Union européenne, banques commerciales et d'épargne aux Etats-Unis)
- Banque nationale suisse, Les banques suisses 2008: nombre de banques et bilan.

824 *Financial Service Authority, 2009, The Turner review. A regulatory response to the global banking crisis, London, March 2009*.

Principaux documents de référence relatifs à la première partie de l'inspection (crise financière)

BNS, Principes pour un système de rémunération axé sur les risques, 23.04.2009

BNS, Rapports sur la stabilité financière, 2006 à 2009

BNS, Rapports de gestion, 2006 à 2009

BNS, Expertise sur le fondement, sous l'angle du droit régissant l'institut d'émission, de la participation de la Banque nationale suisse au train de mesures destinées à renforcer le système financier («Transaction avec UBS»), 13.10.2008

CFB, Rapports de gestion, 2006 à 2008

CFB, Crise des *subprime*s: enquête de la CFB sur les causes des réajustements de valeur de l'UBS, 30.09.2008 (en allemand et anglais uniquement)

Conseil fédéral, Rapports de gestion, 2007 à 2009

Conseil fédéral, Message du 5 novembre 2008 concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse, FF *2008* 8027

FINMA, Rapport annuel, 2009

FINMA, Crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, 14.09.2009

FMI, Switzerland: 2008 Article IV Consultation, Staff Report; Country Report Nº 08/170, mai 2008

FMI, Switzerland: 2007 Article IV Consultation, Staff Report; Country Report Nº 07/186, juin 2007

FMI, Switzerland: 2006 Article IV Consultation, Staff Report; Country Report Nº 06/202, juin 2006

FMI, Switzerland: Financial System Stability Assessment update, Country Report Nº 07/187, juin 2007

FMI, Switzerland: Financial System Stability Assessment, Country Report Nº 02/108, juin 2002

FSF, Report of the FSF on Enhancing Market and Institutional Resilience, avril 2008

Geiger Hans, Expertengutachten über das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise zuhanden der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV), 31.12.2009

Green David, The Conduct of Financial Market Supervision during the Financial Crisis, Expert advice for the Federal Finance Administration, janvier 2010

Senior Supervisors Group (SSG), Risk Management Lessons from the Global Banking Crisis of 2008, Self-Assessment Template, 21.10.2009

Tille Cédric und Wyplosz Charles, La Suisse face à la crise: une comparaison internationale, Expertise mandatée par les CdG, 13.02.2010

UBS, Summary of the Remediation Plan in Response to Issues Outlined in the Shareholder Report, 12.08.2008

UBS, Shareholder Report on UBS's Write-Downs, 18.04.2008

Commission de l'économie et de redevance du Conseil national:

- Procès-verbal de la séance du 25 février 2008
- Procès-verbal de la séance des 14 et 15 avril 2008
- Procès-verbal de la séance des 15 et 16 mai 2008
- Procès-verbal de la séance des 13 et 14 octobre 2008
- Procès-verbal de la séance du 24 novembre 2008
- Procès-verbal de la séance des 12 et 13 janvier 2009
- Procès-verbal de la séance des 9 et 10 février 2009

Commission de l'économie et de redevance du Conseil des Etats:

- Procès-verbal de la séance des 14 et 15 janvier 2008
- Procès-verbal de la séance des 30 et 31 octobre 2008 (1re partie)
- Procès-verbal de la séance des 30 et 31 octobre 2008 (2e partie)
- Procès-verbal de la séance du 20 novembre 2008 (loi sur les banques)
- Procès-verbal de la séance du 20 novembre 2008 (crise des marchés financiers)

Commission des finances du Conseil national:

- Procès-verbal de la séance des 24 et 25 mai 2007
- Procès-verbal de la séance des 6 et 7 septembre 2007
- Procès-verbal de la séance des 21, 22 et 23 novembre 2007
- Procès-verbal de la séance des 5 et 6 mai 2008
- Procès-verbal de la séance des 4 et 5 septembre 2008
- Procès-verbal de la séance du 12 novembre 2008
- Procès-verbal de la séance des 12, 13 et 14 novembre 2008
- Procès-verbal de la séance du 21 novembre 2008
- Procès-verbal de la séance des 29 et 30 janvier 2009
- Procès-verbal de la séance des 26 et 27 février 2009

Commission des finances du Conseil des Etats:

- Procès-verbal de la séance des 8 et 9 septembre 2008 (1re partie)
- Procès-verbal de la séance des 8 et 9 septembre 2008 (2e partie)
- Procès-verbal de la séance du 10 novembre 2008
- Procès-verbal de la séance du 15 décembre 2008

– Procès-verbal de la séance du 22 janvier 2009
– Procès-verbal de la séance des 16 et 17 février 2009
– Procès-verbal de la séance du 4 mars 2009

Gains et pertes d'UBS et du Credit Suisse de 2005 à 2010, en millions de francs

	2005				2006				2007				2008				2009				2010
UBS*	14 029				12 257				–4384***				–19 697***				–2736				
CS**	5850				11 327				7760				–8218				6724				
	Q1	Q2	Q3	Q4	Q1	Q2	Q3	Q4	Q1	Q2	Q3	Q4	Q1	Q2	Q3	Q4	Q1	Q2	Q3	Q4	Q1
UBS	2625	2147	2770	6487	3 504	3147	2199	3407	3275	5622	–830	–12 451	–11 535	–358	296	–8100	–1975	–1402	–564	1205	2202
CS	1910	919	1 918	1103	2604	2158	1892	4673	2729	3189	1302	540	–2148	1215	–1261	–6024	2006	1571	2354	793	2055

Quelle: Quartalsberichte UBS und CS 2005–2010
* UBS: *Net profit attributable to UBS shareholders*
** CS: 2005 – 2008 *Net income*; 2009-2010 *Net income attributable to shareholders*
*** Gemäss der Übersicht *Group Timeseries 4Q09* andere Quartalsergebnisse und damit höhere Jahresverluste: 2007: –5247, 2008: –21 292 Mio. CHF (vgl. http://www.ubs.com/1/g/investors/quarterly_reporting.html).

Liste des personnes entendues

Altherr Hans	Président de la Délégation des finances
Ambühl Michael	Secrétaire d'Etat du DFAE
Bandli Christoph	Président du Tribunal administratif fédéral (TAF)
Calmy-Rey Micheline	Conseillère fédérale, cheffe du DFAE
Casanova Corina	Chancelière de la Confédération
Couchepin Pascal	Ancien conseiller fédéral Pascal Couchepin, ancien chef du DFI
Diethelm Markus	*Group General Counsel*, UBS
Geiger Hans	*Professor Emeritus of Banking, Swiss Banking Institute (ISB)*, Université de Zürich
Giraudi Jürg	Chef de la Division des affaires internationales, AFC, DFF
Grübel Oswald	UBS *Group CEO*
Haltiner Eugen	Président du conseil d'administration de la FINMA, jusqu'à 2008 président de la CFB
Hess Eric	Directeur suppléant de la Division des affaires internationales, AFC, DFF
Hildebrand Philipp	Président de la Banque nationale suisse (depuis 2010)
Karrer Alexander	Secrétaire d'Etat suppléant au Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales, DFF; jusqu'à février 2010 chef de la Division des questions financières internationales et de la politique monétaire, DFF
Kuhn Hans	Chef Droit & Services, BNS
Kurer Peter	Président du conseil d'administration d'UBS (2008–2009) et *Group General Counsel* (2001–2008)
Kurth Christoph	*Head Litigation Corporate Center*, UBS
Leuenberger Moritz	Conseiller fédéral, chef du DETEC
Leupold Michael	Directeur de l'OFJ, DFJP
Leuthard Doris	Présidente de la Confédération, cheffe du DFE
Maurer Ueli	Conseiller fédéral, chef du DDPS
Merz Hans-Rudolf	Conseiller fédéral, chef du DFF
Ospel Marcel	Ancien président du conseil d'administration d'UBS
Renggli Josef Philipp	Chef de la Section des affaires financières du DFAE
Rime Betrand	Chef Stabilité financière, BNS
Rohner Marcel	*CEO* d'UBS (2007–2009) et *CEO Beyond Budgeting* au *Global Wealth Management & Business Banking* d'UBS (GWM & BB, 2002–2007)
Roth Jean-Pierre	Président de la Direction générale de la BNS (jusqu'à 2009)

Roth Urs Ph.	Avocat, président du comité exécutif et délégué du conseil d'administration de l'Association suisse des banquiers (ASB)
Schmid Samuel	Ancien conseiller fédéral, ancien chef du DDPS
Schumacher Hansruedi	Ancien chef *NAM International* d'UBS
Siegenthaler Peter	Directeur de l'AFF, DFF
Sigrist Daniel	Responsable de la division Surveillance grandes banques à la FINMA
Strahm Rudolf	Ancien conseiller national, ancien surveillant des prix
Tille Cédric	Prof. Dr., *Graduate Institute for International and Development Studies*, Genève
Ursprung Urs	Directeur de l'AFC, DFF
Widmer-Schlumpf Eveline	Conseillère fédérale, cheffe du DFJP
Wyss Rudolf	Chef du Domaine de direction Entraide judicaire internationale, OFJ, DFJP
Ziswiler Urs	Ambassadeur suisse aux Etats-Unis, DFAE
Zuberbühler Daniel	Vice-président de la FINMA, jusqu'à 2008 directeur de la CFB
Zulauf Urs	Chef de la Division des services stratégiques et centraux de la FINMA

Personnes impliquées dans l'établissement du rapport au sein du secrétariat des CdG

- Beatrice Meli Andres, secrétaire des CdG et de la DélCdG
- Christoph Albrecht, secrétaire suppléant des CdG, secrétaire du groupe de travail
- Nicolas Grosjean, chef suppléant du CPA
- Irene Moser, collaboratrice scientifique des CdG
- Stefan Gross, collaborateur scientifique des CdG
- Mikael Huber, collaborateur scientifique des CdG

Liste des motions / postulats / recommandations

Motion 1

Le Conseil fédéral est chargé d'inviter régulièrement le président du conseil d'administration de la FINMA à un entretien. Sur la demande du conseil d'administration de la FINMA, d'autres entretiens peuvent aussi avoir lieu entre le président du conseil d'administration de la FINMA et la délégation du Conseil fédéral aux affaires économiques.

Motion 2

Le Conseil fédéral est chargé de présenter une révision de la LOGA, pour y inscrire l'obligation intégrale de la forme écrite pour toutes ses délibérations et décisions. La forme écrite doit être appliquée également pour les affaires secrètes et pour les simples informations orales. Les procès-verbaux du Conseil fédéral doivent pouvoir être utilisés comme instruments de conduite et garantir l'intelligibilité subséquente des délibérations et des décisions du Conseil fédéral.

Motion 3

Le Conseil fédéral est chargé de réglementer dans la LOGA l'instrument des délégations à trois personnes, afin que dans toutes les affaires importantes et supra-départementales, ces délégations promeuvent un équilibre entre le principe de la collégialité et le principe départemental et améliorent ainsi les bases de décision du Conseil fédéral.

Motion 4

Le Conseil fédéral est chargé, dans le cadre de la réforme du gouvernement en cours, respectivement de décider et de proposer des mesures concrètes afin qu'il puisse assumer une conduite effective des affaires importantes qui soit en accord avec sa responsabilité globale en tant qu'autorité collégiale et exécutive suprême.

Motion 5

Le Conseil fédéral est chargé de réviser les art. 164 et 165 CP, afin d'étendre le champ de leur application aux grandes entreprises qui, en raison de leur importance systémique pour l'économie du pays et la stabilité financière, doivent être préservées de la faillite par des interventions de l'Etat.

Postulat 1

Le Conseil fédéral est chargé d'analyser le rôle des entreprises de révision tel qu'il est défini par la législation suisse lorsqu'elles contrôlent les grandes banques et de rendre compte des mesures légales ou autres qu'il serait possible de prendre afin de renforcer leur rôle en faveur de la surveillance des banques.

Postulat 2

Le Conseil fédéral est chargé d'examiner de manière approfondie, dans un rapport détaillé, les questions soulevées par le rapport des CdG à propos de l'application de l'art. 271 CP et de la compatibilité du *QIA* avec le secret bancaire suisse.

Recommandation 1

Les CdG invitent le Conseil fédéral à définir son rôle et son implication pour toute organisation de crise. Pour ce faire, le Conseil fédéral définit à partir de quand et comment il doit être informé et activement impliqué dans la gestion et le suivi d'une crise.

Recommandation 2

Les CdG invitent le Conseil fédéral à évaluer et à proposer – d'entente avec la FINMA et la BNS – les changements législatifs adéquats permettant d'une part de fixer des objectifs pertinents et précis aux autorités chargées de la surveillance des marchés financiers ou de la stabilité financière de la Suisse et d'autre part, de leur confier les compétences nécessaires pour atteindre ces objectifs.

Recommandation 3

Les CdG invitent le Conseil fédéral à évaluer les mesures prises par la FINMA pour améliorer ses instruments de surveillance et sa pratique et à présenter un rapport d'ici mi-2012.

Recommandation 4

Les CdG invitent le Conseil fédéral à prendre – d'entente avec la FINMA et la BNS – les mesures nécessaires pour réduire au maximum les risques liés au cloisonnement *(groupthink*).

Recommandation 5

Les CdG invitent le Conseil fédéral à prendre les mesures nécessaires à la clarification du rôle et des compétences des différentes autorités, ainsi qu'à la transparence et à l'optimisation des processus de décision. Pour ce faire, la BNS et la FINMA sont étroitement impliquées dans l'élaboration des propositions et des mesures. Ces améliorations doivent permettre une collaboration optimale entre la BNS, la FINMA et le DFF.

Recommandation 6

Les CdG invitent le Conseil fédéral à vérifier d'ici 1 an l'adéquation des processus et de la nouvelle organisation de la FINMA de manière à ce qu'ils permettent une communication de qualité entre ses services et un échange d'informations.

Recommandation 7

Les CdG invitent le Conseil fédéral à étudier de manière exhaustive l'ensemble des recommandations émises par les experts Geiger et Green qu'il a lui-même mandatés et qu'il rapporte d'ici fin 2010 sur le traitement qu'il leur réserve.

Recommandation 8

Les CdG invitent le Conseil fédéral à mettre sur pied un système de pilotage en se fondant sur les recommandations des CdG faites lors de précédentes inspections en matière de pilotage (pilotage politique stratégique par le Conseil fédéral, affaire Tinner, nomination de Roland Nef, etc).

Recommandation 9

Les CdG invitent le Conseil fédéral à mettre sur pied, à son niveau, un système de veille et de détection précoce efficace concernant les crises.

Recommandation 10

Les CdG invitent la FINMA, en raison de la portée de cette affaire, à éclaircir en profondeur la question de savoir dans quelle mesure les plus hauts dirigeants d'UBS avaient connaissance des infractions au *QIA* commises par la banque et ses collaborateurs.

Recommandation 11

Les CdG invitent les commissions législatives compétentes à analyser les dispositions légales régissant la décharge donnée par une assemblée générale dans le secteur bancaire.

Recommandation 12

Le Conseil fédéral rencontre régulièrement la Direction de la BNS et prend les mesures nécessaires pour que la BNS ait un accès privilégié au collège gouvernemental quand elle le juge nécessaire.

Recommandation 13

Les CdG invitent le Conseil fédéral à faire en sorte que, pour le suivi de dossiers importants – en particulier s'ils touchent différents départements –, le Secrétariat général du département concerné participe de manière appropriée aux flux d'informations afin de pouvoir assumer sa fonction d'état-major du département et du chef de département.

Recommandation 14

Les CdG invitent le Conseil fédéral à demander systématiquement, lorsqu'il est appelé à se pencher sur d'importantes questions juridiques, une analyse approfondie et une appréciation à l'OFJ.

Recommandation 15

Le Conseil fédéral se dote des ressources et des moyens nécessaires pour disposer rapidement de procès-verbaux appropriés ainsi que d'un contrôle suffisant des affaires.

Recommandation 16

Le Conseil fédéral adapte son système de suppléance aux exigences des tâches gouvernementales modernes. Il examine à cet égard la nécessité et l'opportunité d'impliquer régulièrement la suppléante ou le suppléant dans les activités ordinaires de chaque département.

Recommandation 17

Les CdG invitent les commissions législatives compétentes, dans le cadre de leurs délibérations relatives au projet de réforme du gouvernement, à accorder une importance particulière aux mesures visant à une conduite par le collège du Conseil fédéral des dossiers importants, qui soit effective et en accord avec sa responsabilité globale en tant qu'autorité collégiale et exécutive suprême.

Recommandation 18

Les CdG invitent le Conseil fédéral à faire recenser par la Chancellerie fédérale tous les mandats confiés à ses membres et à procéder à un controlling à l'intention du collège gouvernemental.

Recommandation 19

Les CdG demandent au Conseil fédéral ainsi qu'à UBS de veiller, respectivement de créer les conditions nécessaires à ce que:

1. la manière dont UBS – notamment le conseil d'administration, la direction du groupe et la société de révision – a géré à l'interne la crise des subprimes et les affaires transfrontalières de la banque aux Etats-Unis soit revue en profondeur (opportunité du dépôt par UBS d'une plainte pénale et d'une action en responsabilité, mise à l'ordre du jour de la décharge pour les années 2007 à 2009 lors de l'assemblée générale d'UBS le 15 avril 2010, conventions de départ des cadres moyens et supérieurs, etc.);
2. toute la transparence soit faite sur la décision du conseil d'administration d'UBS de ne pas entamer de procédures pénales et civiles contre les anciens cadres d'UBS;
3. la Confédération, respectivement ses organes ayant une personnalité juridique propre, soient en mesure – en tant qu'actionnaires d'UBS ou en tant que groupes d'actionnaires – d'entreprendre des procédures pénales et/ou civiles (actions en responsabilité) contre les membres responsables du conseil d'administration, les membres responsables de la direction générale et le cas échéant, contre la société de révision. A cette fin, la Confédération porte les risques liés au procès et garantit la prise en charge des frais de procédure (frais du tribunal et des avocats);
4. les résultats et conclusions essentiels de ces travaux soient rendus publics.

Pour les CdG, il est absolument crucial que ces examens soient menés de manière complètement indépendante, par exemple par un groupe d'experts neutre.