

RESPONSABILITE DES MANAGERS

INITIATIVE SUR LA RESPONSABILITÉ DES MANAGERS

Contexte et explications

Paragraphe 1

« Les banques d'importance systémique ont une responsabilité particulière envers la société ».

Contexte/explication

- La place financière est un pilier essentiel de la prospérité nationale. Elle représente environ 9% du produit intérieur brut de la Suisse.
- La Suisse fait partie des centres financiers les plus compétitifs au niveau mondial.
- Environ un quart des actifs transfrontaliers du monde sont gérés en Suisse.
- Parmi les banques d'importance systémique en Suisse figurent l'UBS, le groupe Raiffeisen, la Banque cantonale de Zurich (ZKB) et Postfinance ainsi que, jusqu'à récemment, le Credit Suisse.
- L'UBS emploie environ 74'022 personnes dans le monde et environ 21'000 personnes en Suisse. Elle compte parmi ses clients plus de 120'000 entreprises suisses, un ménage sur trois et une caisse de pension sur trois.
- Fin 2022, le CS employait environ 50'480 personnes dans le monde, dont 16'000 en Suisse.
- Le groupe Raiffeisen est composé de 220 coopératives indépendantes et compte plus de 2 millions de sociétaires qui sont copropriétaires de leur banque Raiffeisen en tant que sociétaires. Le groupe emploie actuellement environ 10'000 personnes et gère 242 milliards de francs suisses de fonds clients.
- La ZKB est la plus grande banque cantonale de Suisse. Elle est active au niveau national, mais aussi international, et emploie environ 6'000 personnes. Elle gère 400 milliards de francs de fonds clients.
- PostFinance SA est une société du groupe de la Poste Suisse SA. Elle emploie environ 3'700 personnes et gère 104,6 milliards de francs de fonds clients.

Paragraphe 2

« La Confédération a pour tâche d'assurer la stabilité du système financier et de limiter de manière ciblée, efficace et efficiente les risques émanant de banques d'importance systémique qui pourraient causer des dommages considérables à l'économie nationale. A cet effet, elle édicte des prescriptions sur l'organisation et l'exploitation des banques d'importance systémique. Ces prescriptions doivent contribuer, en tenant compte des normes internationales, à maintenir et à promouvoir la capacité d'innovation et la compétitivité des banques d'importance systémique. L'organisation et les pouvoirs de l'autorité de surveillance doivent s'aligner sur les normes internationales ».

Contexte/explication

- Des questions critiques auraient dû être posées, surtout par la FINMA, au plus tard à l'automne 2022, lorsque les doutes sur l'avenir du Credit Suisse se sont renforcés. Il aurait alors probablement été possible de redresser la barre. Toutefois, la FINMA n'est pas intervenue de manière assez rigoureuse. Celle-ci se plaint d'ailleurs de ne disposer d'une boîte à outils suffisante pour pouvoir réagir rapidement à une crise imminente. C'est étonnant, voire inexplicable, surtout si l'on tient compte de la déclaration suivante de la présidente de la FINMA : « En fin de compte, [Credit Suisse] a échoué en raison des nombreux scandales et des

RESPONSABILITE DES MANAGERS

mauvaises décisions prises par le management. La direction de la banque s'est longtemps accrochée à une stratégie qui comportait des risques élevés, mais n'était pas en mesure de les gérer de manière adéquate. Ce problème s'est prolongé pendant plusieurs années (Marlene Amstad, in : NZZ am Sonntag du 26 mars, p. 23).

- La réglementation «too big to fail» a échoué. Après le traitement de la crise financière de 2008, on a suggéré au grand public qu'il n'y aurait plus de sauvetage des banques par l'Etat, car en cas d'urgence, les activités nationales pourraient être séparées et le reste étranger mis en faillite. Cette hypothèse s'avère aujourd'hui naïve, voire fautive ; d'autres gouvernements ainsi que des créanciers du monde entier ne tolèrent manifestement pas une telle procédure. La réglementation en question s'avère donc inadaptée et doit être remplacée (selon le professeur Hans-Gersbach, codirecteur du KOF Konjunkturforschungsstelle, consulté le 30 mars 2023 et disponible sur le lien suivant : <https://kof.ethz.ch/news-und-veranstaltungen/kof-news0/2023/03/too-big-to-fail-warum-die-notfallplaene-nicht-angewendet-werden-koennen.html>).
- Dans ce contexte, l'alinéa 2 exige que les banques d'importance systémique soient soumises à une réglementation légère mais efficace. En outre, la FINMA doit être professionnalisée et disposer d'un arsenal de mesures approprié.

Paragraphe 3

« Si une banque d'importance systémique bénéficie d'une mesure de soutien de la part des autorités afin d'éviter un surendettement ou une insolvabilité imminente, les organes répondent personnellement, de manière illimitée et solidaire, des violations fautives de leurs obligations ; les éventuelles assurances responsabilité civile des organes ne peuvent pas verser de prestations d'assurance aux organes en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave ».

Contexte/explication

- La responsabilité civile des organes directeurs est formellement régie par les articles 752 et suivants CO. Pour l'instant, il n'y a pas lieu de modifier cet ordre. Néanmoins, la responsabilité civile doit être renforcée afin que les décisions stratégiques soient prises de manière plus responsable et que les risques trop élevés ne soient plus pris (dans le même ordre d'idées, l'ancien conseiller fédéral Johann Schneider Ammann, initiative parlementaire 08.528, Mesures de sauvetage en faveur d'entreprises d'importance systémique. Éviter les structures incitatives asymétriques et fixer les responsabilités en cas de dommage, déposée le 19 décembre 2008).
- Les organes de direction se couvrent régulièrement, aux frais de la société, par une assurance responsabilité civile des organes. Celle-ci protège le patrimoine privé des personnes concernées. Selon l'assureur, les coûts résultant d'actes de négligence grave peuvent également être assurés. Cela ne doit plus être autorisé. Les organes de direction seront ainsi davantage tenus pour responsables sur le plan civil.

« [...] Les organes concernés sont punis de manière appropriée en fonction de leur faute, indépendamment de l'exercice d'éventuelles prétentions civiles, si la menace de surendettement ou d'insolvabilité est écartée par une mesure de soutien prise par les autorités. [...] »

Contexte/explication

- Il existe des possibilités insuffisantes d'engager la responsabilité pénale des organes de direction lorsqu'une banque d'importance systémique se trouve dans une situation difficile en raison d'une mauvaise gestion. Les éléments constitutifs existants du droit pénal mettent l'accent sur d'autres points dans leur objectif de protection et sur le comportement à sanctionner. Les manquements aux obligations, notamment en matière de gestion des risques, qui mettent en jeu non seulement la stabilité de la banque, mais aussi celle du système financier dans son ensemble, ne sont pas prouvés.

RESPONSABILITE DES MANAGERS

- Celui qui viole son devoir de diligence d'une manière qui conduit à une situation critique menaçant l'existence de la banque, met en danger non seulement la stabilité de la banque elle-même, mais aussi la stabilité du système financier dans son ensemble. En fin de compte, les biens juridiques concernés sont ceux qui ont une grande valeur pour la collectivité et pour la protection desquels la collectivité (État, contribuable) doit payer un prix élevé en cas de crise. C'est précisément parce qu'il en est ainsi que le droit pénal doit apporter sa contribution à la protection de ces biens juridiques.
- Pour simplifier, les organes de direction doivent être tenus pénalement responsables lorsqu'ils mettent en danger l'existence de l'établissement bancaire et que cette menace ne peut être écartée autrement que par la Confédération. L'expérience générale montre qu'une mise en danger de l'existence d'un établissement (situation existentielle difficile) ne survient pas sans autre ; elle est due soit à des violations des obligations élémentaires de gestion des risques par les organes de direction, ou des obligations de surveillance, soit à des décisions (graves) erronées. D'un point de vue préventif, la partie concernée de l'alinéa 3 doit inciter les organes de direction à éviter les crises futures, notamment celles causées par des manquements dans la gestion des risques ; d'un point de vue pénal, les personnes individuellement responsables au niveau de la direction doivent être tenues pour responsables en cas de menace pour la stabilité financière.

« [...] Les éventuels bonus versés aux organes doivent être récupérés ; la récupération est limitée à **[[TROIS]] ans. En outre, il n'est pas permis de verser de bonus aux organes concernés durant toute l'application des mesures de soutien prises par les autorités. »**

Contexte/explication

- La situation juridique actuelle ne permet pas - du moins pas explicitement - de demander le remboursement des bonus versés dans le passé aux organes dirigeants. Cela doit toutefois être possible. Compte tenu du principe de proportionnalité, une demande de restitution doit toutefois être limitée à trois ans.
- Par ailleurs - la décence l'exige - aucun bonus ne doit pouvoir être versé aux organes dirigeants pendant la durée des mesures de soutien prises par les autorités.

Paragraphe 4

« Le droit d'urgence ne peut être utilisé qu'exceptionnellement et en dernier recours dans le contexte de la stabilité du système financier. La Confédération est tenue d'examiner et de prendre d'autres mesures appropriées pour garantir la stabilité du système financier avant de recourir au droit d'urgence. Le recours au droit d'urgence doit dans tous les cas être limité au strict nécessaire et ne doit pas avoir pour effet de restreindre de manière disproportionnée les droits des entreprises et des personnes concernées. [...] »

Contexte/explication

- Avec la transaction CS/UBS, l'État a annulé des droits essentiels, notamment le droit des actions et le droit de la concurrence, mais aussi le droit de propriété. La garantie de la propriété est même protégée par le droit constitutionnel. On fait valoir à juste titre que la Suisse n'a plus la même fiabilité aujourd'hui. La sécurité juridique a subi d'énormes dommages suite à l'application (renouvelée) du droit d'urgence. Il est difficilement concevable que le Parlement ait approuvé ce sauvetage. En fin de compte, c'est l'État de droit qui en a souffert. Selon un jeune sondage gfs.bern commandé par SRG SSR, 54% de la population n'est pas du tout ou plutôt pas d'accord avec la reprise du Credit Suisse par UBS.
- Le cas du Credit Suisse n'est pas comparable à celui du sauvetage de l'UBS : lors du sauvetage d'UBS, on avait chiffré le nombre de comptes de salaires qui auraient été bloqués, le nombre de PME qui n'auraient plus eu accès au crédit et le nombre de caisses

RESPONSABILITE DES MANAGERS

de pension qui auraient été en difficulté. Les conséquences étaient palpables pour la population. Dans le cas du Credit Suisse, qui était soi-disant encore solvable, la Confédération et la BNS auraient pu reprendre les avoirs et les engagements du Credit Suisse pour une certaine durée. Il est donc plus que douteux que le système financier se serait effondré.

- La débâcle du Credit Suisse ne doit jamais se reproduire. Nous précisons dans la partie concernée du paragraphe 4 que le droit d'urgence ne peut être utilisé qu'exceptionnellement, au sens d'une véritable ultima ratio. Auparavant, il convient d'examiner et de prendre toutes les autres mesures (légales). Les règles visant à assainir et à liquider de manière ordonnée les banques d'importance systémique doivent donc être appliquées par principe, notamment par les autorités de surveillance compétentes.

« [...] La Confédération est tenue d'informer de manière adéquate le grand public sur les raisons et les conséquences de l'application du droit d'urgence ».

Contexte et explications

- Le droit d'urgence donne au Conseil fédéral des pouvoirs étendus pour faire face à une situation exceptionnelle. Mais il peut aussi impliquer des restrictions des droits fondamentaux, comme par exemple la violation de la garantie de la propriété.
- Si le Conseil fédéral est contraint d'appliquer le droit d'urgence en raison d'une situation exceptionnelle, il doit à l'avenir être tenu d'informer le public de manière adéquate sur les motifs et les conséquences de cette décision.
- L'information doit être transparente et complète afin de renforcer la confiance des citoyens. Cela implique également la divulgation des conséquences et des risques éventuels liés à l'application du droit d'urgence.
- Le devoir d'information du Conseil fédéral ne s'applique pas seulement à l'application du droit d'urgence lui-même, mais aussi à toutes les décisions et mesures prises en vertu de ce droit.

« [...] Les conditions d'application et le contenu du droit d'urgence peuvent être examinés par le Tribunal fédéral tant à titre préjudiciel que de manière abstraite ».

Contexte et explications

- Ces dernières années, on constate une nette augmentation de l'utilisation du droit d'urgence. Le sauvetage de l'UBS en 2008 était encore un cas isolé. Il a été suivi par la pandémie Covid, avec une explosion du recours au droit d'urgence. En 2022, le Conseil fédéral a utilisé le droit d'urgence pour le sauvetage d'Axpo et cette année pour le sauvetage du Crédit Suisse. Pour être complet, il faut mentionner que des applications du droit d'urgence ont déjà eu lieu auparavant, mais avec l'implication du Parlement.
- Dans ce contexte, le professeur de droit public Andreas Glaser constate à juste titre : « Rien que par l'accumulation du droit d'urgence, nous avons bien sûr une perte de pouvoir du Parlement et des votants. Dans un cas particulier, ce n'est pas grave, mais si cela se produit naturellement aussi souvent, cela peut devenir un problème pour la démocratie dans son ensemble ». (Interview SRF, Après le rachat du CS par UBS. Le droit d'urgence nuit-il à la démocratie ?, consulté le 29.03.2023).
- Pour compliquer encore les choses, la transaction ou la reprise forcée du Crédit Suisse par l'UBS n'a pas fait l'objet d'une décision. Avec une décision, il aurait au moins été possible de recourir aux tribunaux. La fusion n'a pu être rendue possible qu'au moyen du droit d'urgence, raison pour laquelle une contestation n'entre pas en ligne de compte. Cela devrait changer à l'avenir avec la dernière phrase de l'alinéa 4 : le Tribunal fédéral doit être habilité, dans de tels cas, à vérifier les conditions d'application du droit d'urgence et le contenu de ce droit.
- Cela permet de garantir que le gouvernement n'agisse pas de manière arbitraire et que le droit d'urgence n'est appliqué que dans des situations exceptionnelles et à certaines conditions.