

SUISSE samedi 16 juillet 2011

Clients UBS livrés aux Etats-Unis: le Tribunal fédéral couvre la Finma

Denis Masméjan

> Secret bancaire Le gendarme des banques n'a pas violé la loi**> Son président, Eugen Haltiner, aurait dû se récuser**

L'opération s'était effectuée de nuit, le plus discrètement possible et dans l'urgence. Il est autour de 22h30 le 18 février 2009. L'ultimatum lancé par les autorités américaines va expirer, quand l'autorité de surveillance des marchés financiers, la Finma, fait remettre à l'ambassade américaine à Berne les supports informatiques contenant les données bancaires de 250 clients d'UBS aux Etats-Unis. Le lendemain, quand la nouvelle est connue, c'est le choc. Pour sauver la banque, la Suisse venait de faire l'impensable.

Deux ans et demi plus tard, alors que les commissions de gestion viennent de refermer le dossier, le Tribunal fédéral a créé la surprise. Par trois voix contre deux, au terme d'une délibération publique qui a duré près de cinq heures, les juges ont déclaré légale, vendredi, la décision de transmettre ces 255 dossiers en court-circuitant les procédures ordinaires d'assistance administrative. Les juges ont estimé «matériellement fondé» l'envoi de ces informations aux autorités américaines. Ils ont ainsi renversé un jugement du Tribunal administratif fédéral rendu janvier 2010, contre lequel la Finma faisait recours. Pour le Tribunal fédéral, le président de la Finma, le controversé Eugen Haltiner, aurait dû se récuser dans ce dossier en raison de ses liens passés avec UBS.

Jusqu'ici, la base juridique sur laquelle se fondait la Finma – les articles 25 et 26 de la loi sur les banques – ne convainquait pas grand monde. Ces dispositions habilite le gendarme des marchés à prendre des «mesures protectrices» pour prévenir les risques liés à l'insolvabilité d'une banque. Pour la plupart sinon pour la totalité des juristes, il s'agissait là d'un pur prétexte: la vérité était que les autorités suisses n'avaient pas eu d'autre choix que de céder aux pressions de Washington.

C'est le seul point sur lequel les cinq juges de la Cour sont tombés d'accord: les articles 25 et 26 de la loi sur les banques n'autorisaient en rien la Finma à prendre une mesure d'une telle portée.

En revanche, les membres de la Cour ont divergé sur un point essentiel. La Finma pouvait-elle se fonder sur une norme implicite de l'ordre juridique qui habilite n'importe quelle autorité à prendre dans son champ de compétence, en cas d'urgence et même sans base légale, les mesures propres à éviter une catastrophe – ce que les juristes appellent la «clause générale de police»?

Pour la majorité des juges, emmenée par le président de la Cour, Andreas Zünd, la réponse est oui, avec des nuances. Pour eux, les conséquences redoutées pour UBS et pour l'économie suisse dans son ensemble si les données n'étaient pas transmises et qu'une procédure pénale était ouverte contre la banque étaient plausibles. Dès lors, la décision de la Finma était une mesure admissible, propre à éviter à la Suisse des conséquences bien plus dommageables.

La juge Florence Aubry Girardin a toutefois apporté une réserve. Il est impossible à ses yeux de reconnaître à la Finma la latitude de prendre elle-même des mesures d'une telle portée sans l'aval du Conseil fédéral. Or on sait que le gouvernement n'a pas voulu faire usage lui-même des prérogatives que lui confère la Constitution pour prendre, sans base légale, les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts essentiels du pays. La question a embarrassé la majorité, qui a eu besoin de se concerter quelques minutes à huis clos pour mettre au point une formule aux termes de laquelle les juges reconnaissent que la Finma a agi de concert et avec l'accord du Conseil fédéral.

Une ambiguïté n'en subsiste pas moins dans les rôles respectifs de la Finma et du Conseil fédéral, à qui on a reproché d'avoir laissé la première se salir les mains. Les deux juges de la minorité, Peter Karlen et Yves Donzallaz, se sont engouffrés dans la brèche. De deux choses l'une, a exposé en substance le second. Ou bien le Conseil fédéral estimait qu'UBS était en péril, et il fallait alors qu'il se résolve à un acte de gouvernement en prenant une décision qu'il est le seul à pouvoir prendre aux termes de la Constitution, comme il l'a fait en octobre 2008, et avec des motifs semblables, pour recapitaliser la banque. Ou bien il ne prenait pas cette décision, et la Finma ne pouvait pas non plus la prendre à sa place. Au fond, a-t-il ironisé, la position de la majorité revient à faire endosser par le Conseil fédéral une décision prise «à l'insu de son plein gré». On reste «dans le mélange des genres».

La Finma attendra les considérants écrits de la décision pour prendre position. Pour UBS, qui s'était rangée du côté de la Finma et soutenait son recours au Tribunal fédéral, ce verdict montre que la Finma a agi correctement. L'avocat qui représentait les clients concernés devant le Tribunal fédéral, Andreas Rüd, s'est déclaré surpris de l'interprétation extensive de la clause de police par les juges. Déçu, Me Douglas Hornung, avocat genevois qui défend plusieurs clients faisant partie de la charrette des 250, relève que cette décision ferme toute possibilité de rechercher la Confédération en responsabilité. Il ne croit toutefois pas que ce jugement va avoir pour effet d'affaiblir la position de la Suisse sur le secret bancaire «ou ce qu'il en reste».