



DOMINIQUE CHRISTIN, ASSOCIÉ ET ARIEL BEN HATTAR
BCCC Avocats Sàrl, Genève et Lausanne

Produits dérivés: EMIR et le secret bancaire

Le règlement européen «EMIR» est susceptible d'avoir des impacts pratiques sur l'activité des acteurs suisses du marché des dérivés.

Si la Suisse ne s'est pas encore dotée d'un régime de régulation des dérivés comparables au règlement européen No 648/2012 dit «EMIR», il n'en demeure pas moins que celui-ci est susceptible d'avoir des impacts pratiques sur l'activité des acteurs suisses du marché des dérivés dès aujourd'hui et qu'il préfigure largement la future Loi sur l'infrastructure des marchés financiers, la LIMF. Comme son pendant américain, le Titre VII du Dodd-Frank Act, EMIR s'inscrit dans l'effort global de régulation du marché des dérivés consécutif à la crise financière de 2008, laquelle a notamment vu l'assureur américain AIG frôler la faillite en raison d'engagements excessifs sur des dérivés de crédit.

Afin de juguler le risque systémique présenté par les dérivés, et en particulier les dérivés OTC, EMIR prévoit que ceux-ci seront soumis à des obligations de clearing (pour les classes de dérivés désignées à cet effet par l'European Securities and Markets Authority, l'ESMA), de reporting et, pour les dérivés OTC uniquement, de réduction des risques. Ces obligations s'appliqueront, quoique de manière inégale, à ce qu'EMIR appelle les financial et les non-financial counterparties, lesquelles sont forcement des «entreprises» (bien que cette notion ne soit pas définie dans EMIR) établies sur le territoire de l'Union européenne. Alors que l'obligation de clearing n'est encore en vigueur pour aucune classe de dérivés, les obligations de reporting et de rédu-

tion des risques s'imposent déjà en grande partie aux financial et non-financial counterparties. Etablis hors des frontières de l'UE, les acteurs suisses n'ont donc formellement aucune obligation à remplir en vertu d'EMIR; dans la pratique toutefois, ils sont (ou seront) sollicités par leurs counterparties européennes. Ainsi, l'obligation de reporting impose aux financial et non-financial counterparties de communiquer à des référentiels centraux l'ensemble des transactions sur dérivés qu'elles concluent, y compris les transactions conclues avec des counterparties situées hors de l'UE. Afin de procéder à un tel reporting, les entreprises assujetties à EMIR doivent obtenir le consentement de leurs counterparties situées en Suisse, ainsi qu'un numéro d'identification «LEI» (pour «legal entity identifier»).

La situation est simple lorsque la contrepartie suisse agit en son nom et pour son propre compte: elle doit s'identifier au moyen d'un LEI obtenu auprès d'un fournisseur agréé. Mais la situation se complique lorsque la contrepartie suisse intervient en qualité de mandataire de l'un de ses clients, par exemple lorsqu'une banque suisse agit pour l'un de ses clients. Elle devra alors fournir un identifiant relatif au «bénéficiaire» de la transaction, dont la notion ne coïncide pas avec celle d'ayant droit économique de la législation anti-blanchiment suisse. Quel sera cet «identifiant»? Probablement

pas un LEI, pour deux raisons au moins.

Tout d'abord, les clients privés ne peuvent pas obtenir un LEI. Mais surtout, le LEI fait l'objet de registres publics et ne permet donc pas de garantir le secret bancaire. En conséquence, l'identifiant devrait être un code, que seule la banque (ou autre contrepartie suisse agissant pour un client) saurait relier à son client.

En Suisse, la LIMF devrait très largement s'inspirer d'EMIR et imposer, elle aussi, des obligations de reporting, de clearing et de réduction des risques, notamment. S'agissant du reporting toutefois, le Conseil fédéral a indiqué qu'il n'entendait pas rendre obligatoire l'indication du bénéficiaire, même si le projet de loi permettrait théoriquement de le prévoir par ordonnance.

Un tel allègement ne dispensera toutefois pas la banque, par exemple, de divulguer des informations permettant d'identifier son client, voire de donner son nom, lorsque celui-ci est la contrepartie de la banque, et non simplement le bénéficiaire de l'opération.

Pour le reste, il faut malheureusement constater que les difficultés pratiques rencontrées par les entreprises assujetties à EMIR sont autant de signaux qui laissent présager une transition difficile d'un marché des dérivés peu, voire pas réglementé, à un marché dont la surveillance est désormais au cœur des priorités réglementaires, en Suisse aussi. ■