UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 2016

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Nouvelles dispositions en matière de coopération internationale : ouverture ou contrôle de la FINMA ?

Homsy, Biba

How to cite

HOMSY, Biba. Nouvelles dispositions en matière de coopération internationale : ouverture ou contrôle de la FINMA ? In: Jusletter, 2016, n° 18 avril.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:83468

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

www.jusletter.ch

Biba Homsy

Nouvelles dispositions en matière de coopération internationale : ouverture ou contrôle de la FINMA ?

Les nouvelles dispositions de coopération internationale sont en vigueur depuis le 1er janvier 2016 (art. 42 et ss LFINMA). Entraide administrative internationale, échange d'informations ou contrôle sur place : ces expressions recouvrent la même notion d'aide à une autorité étrangère en application de standards internationaux. La contribution étudie les règles de transmission d'informations applicables à la FINMA et, depuis peu, aux assujettis. Quelles informations peuvent être transmises par la FINMA et ses assujettis, de quelle manière, et à qui ? Quels sont les moyens d'intervention de la FINMA lors d'une transmission directe par un assujetti ?

Catégories d'articles : Contributions
Domaines juridiques : Droit de la surveillance ; Droit administratif ; Droit international ; Protection des données

Proposition de citation : Biba Homsy, Nouvelles dispositions en matière de coopération internationale : ouverture ou contrôle de la FINMA ?, in : Jusletter 18 avril 2016

Table des matières

1. Mise en contexte
   1.1. Développement international
   1.2. Evolution en Suisse de la coopération internationale
2. Coopération de la FINMA
   2.1. Une coopération élargie entre régulateurs
   2.2. Une nouvelle coopération avec les organisations internationales
   2.3. Allègement des règles applicables aux informations relatives aux clients
      2.3.1. Assouplissement des règles liées à la procédure-client
      2.3.2. Transmission sans procédure préalable
         2.3.2.1. Démonstration des conditions exceptionnelles
         2.3.2.2. Procédure une fois la notification préalable reportée
3. Transmission directe d'informations
   3.1. Assouplissement en faveur des assujettis
      3.1.1. Principes généraux applicables
      3.1.2. Conditions spécifiques
         3.1.2.1. Transmission à des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers
         3.1.2.2. Transmission à d'autres autorités étrangères
      3.1.3. Questions ouvertes
   3.2. Contrôle et blocage de la FINMA
      3.2.1. Communication pour transmission d'importance
      3.2.2. Réserve de l'entraide
      3.2.3. Supervisory Privilege
4. Contrôles sur place
   4.1. Un assouplissement apparent
   4.2. Encadré par la FINMA
5. Conclusion
6. Schema synthétique

[Rz 1] L'entrée en vigueur de la Loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF) le 1er janvier 2016[1] a entrainé la modification des dispositions relatives à la coopération internationale et leur regroupement en une norme générale (art. 42 et suivants de la Loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA))[2]. Assistance internationale, entraide administrative, échange d'informations ou contrôles sur place : toutes ces expressions recouvrent la notion de coopération internationale, soit l'aide apportée et reçue d'un Etat envers un homologue étranger et les standards internationaux qui l'accompagnent. Il s'agira ici de se concentrer sur la coopération internationale apportée et reçue par la FINMA aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers et aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers et de la marge de manuvre laissée aux assujettis laissée aux assujettis.

[Rz 2] Cet exposé n'a pas pour but d'être exhaustif et présente uniquement les modifications majeures apportées à la coopération internationale et leurs conséquences principales.

1 Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés, ci-après « LIMF », RS 958.1.

2 Loi fédérale du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers,

1. Mise en contexte

[Rz 3] Bien que ces modifications ne concernent que le cadre législatif suisse, il est nécessaire de les replacer dans un contexte international. C'est pourquoi il est important de revenir d'abord aux contextex international (1.1), puis suisse, dans lesquels s'inscrivent ces modifications (1.2) afin d'en expliquer leur changement.

1.1. Développement international

[Rz 4] Il ne viendrait à l'idée de personne de remettre en question l'affirmation selon laquelle depuis plus de 10 ans les marchés financiers ont été bouleversés.

[Rz 5] Au gré des crises financières à répétition, notamment de septembre 2001, des *subprimes* en 2007 puis de la faillite de *Lehman Brothers* en 2008, les régulateurs mondiaux ont rapidement réalisé l'impact de l'interconnexion des marchés et les risques systémiques en découlant[3]. A cela, ce sont ajoutés de nombreux litiges *cross-borders* ne se limitant plus à une seule entité mais affectant un groupe ou un nombre d'établissements établis dans le monde entier. De surcroît, la souveraineté revendiquée des pays, les systèmes juridiques différents et les lacunes évidentes de la coopération transfrontalière ont permis à certains individus de tirer profit des limites des frontières nationales. Dès lors, il était – et il est – relativement aisé de manipuler globalement les marchés financiers, tout en se protégeant grâce à des structures transfrontalières opaques.

[Rz 6] Ainsi, ces marchés interconnectés et le déploiement en parallèle de nouvelles technologies ont augmenté le besoin d'échanges entre autorités afin d'assurer la stabilité des marchés financiers, de prévenir durablement les risques émergents et les potentiels nouveaux manquements et comportements malveillants[4]. Le principe de territorialité[5] atteignant ses limites, transparence et coopération sont devenus les mots-clés des régulateurs.

[Rz 7] De simples besoins ponctuels de collaboration pour la surveillance isolée d'un institut financier ou d'une transaction spécifique se sont rapidement transformés en un besoin accru de coopération et de vision globale de surveillance des marchés financiers.

[Rz 8] Cette évolution est frappante si l'on s'intéresse, par exemple, aux statistiques publiées par « l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs » (OICV/IOSCO) présentant le nombre des requêtes envoyées en application du standard international dit « IOSCO MMoU[6] ». Alors qu'en 2003, quelques régulateurs envoyaient ponctuellement 56 requêtes, en 2014 on comptait plus de 3'000 requêtes échangées dans le monde. Cette augmentation exponentielle ne vise pourtant que le domaine des abus de marché en matière d'Enforcement, domaine d'application limitée du IOSCO MMoU[7].

---

3 On renverra à l'abondante littérature à ce sujet. Voir notamment Fourth Joint Central Bank research Conference, ECB, Bank of Japan and the Board of Governors of the Federal Reserve System, Report on Risk Measurement and Systemic Risk, avril 2007, Sytemic Risk accross countries p.122 ; voir également Global systemic risk and International regulatory Coordinationă: Squaring Sovereignty and Financial Stability, Federico Lupo-Pasini & Ross P. Buckley, 2015 (dernière consultation pour tous les liens Internet en avril 2016).

4 Voir Credible Deterrence in the Enforcement of Securities Regulation, IOSCO, juin 2015.

5 Althaus, Annette Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2ème Ed., Berne 2001, p. 24.

6 Mutlilateral Memorandum of Understanding concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information, IOSCO MMoU, mai 2012 ; version française également disponible, non à jour, mai 2002.

7 Voir https://www.iosco.org/about/?subsection=mmou pour plus d'informations.

[Rz 9] Pour faire face à ces nouvelles réalités, le cadre international a évolué et les législations étrangères se sont rapidement adaptées sous l'impulsion des *standards setters* et des organisations internationales telles que le Fond Monétaire International (FMI/IMF)[8], le Conseil de stabilité financière (CFS/FSB), IOSCO[9], ou le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB/BCBS)[10] ou tout simplement de l'Union européenne. Dès 2003, l'Union européenne et l'European Securities and Markets Authority (ESMA) mettaient en place un *level playing field* pour tous les acteurs économiques en matière d'abus de marchés afin de requérir de tous les Etats membres « [a]*closer co-operation and a higher degree of exchange of information between national authorities, thus ensuring the same framework for enforcement throughout the EU and reducing potential inconsistencies, confusion and loopholes* »[11]. Dix ans plus tard, entrait en vigueur le *MMoU on Cooperation arrangements and Exchange of Information* établi entre 31 autorités de surveillance de valeurs mobilières et ESMA[12]. Le FSB a quant à lui mis en place, dès 2010, une initiative pour encourager l'adhésion de tous les pays et juridictions aux standards internationaux en matière de coopération internationale et d'échange d'informations[13]. Cette initiative complétait les initiatives déjà présentes du *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* (*Global Forum*), de l'"Organisation de coopération et de développement économiques (OECD/OCDE) ou encore du Groupe d'action financière (GAFI/FATF). En dépit des domaines d'application différents, le but visé par ces *standards setters* reste toujours le même : transparence et coopération internationale accrue.

[Rz 10] Bien qu'ils ne soient pas contraignants de par leur nature pour la Suisse, les standards internationaux s'imposent dans toutes les relations transfrontalières économiques et financières que la Suisse peut avoir avec les Etats étrangers. Il serait dès lors candide de penser qu'il soit encore possible pour la Suisse de ne pas s'inscrire dans le développement de ces normes internationales, alors même que la Suisse est membres de la majorité de ces *standards setters*, connait régulièrement de nombreuses évaluations par ses pairs[14] et participe à des comparaisons à l'é-

8 Voir FMI, Resolution of Cross-Border Banks – A proposed Framework for Enhanced Coordination, 11 juin 2010, Cross-border Bank Resolutionă: recent developments, juin 2014, spec. 22 « *for heavily interconnected markets with systemic players, formal cooperation may be a better strategy* » ; International banking after crisis: increasingly local and safer?, avril 2015, spec. Box 2.4. p. 79, *Global Banks : Regulatory and Supervisory Areas in Need of Attention, Cooperation and coordination*.

9 Voir supra notes 6 et 7.

10 En réalité, l'un des premiers rapports démontrant le besoin de coopération a été émis en 1975, sous l'impulsion du Commitee on Banking Regulations and Supervisory Practices (futur BCBS), Report to the Governors on the supervision of banks'foreign establishments, 26 septembre 1975.

11 Voir site d'ESMA sur la question, Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) MAD ; Règlement (UE) n ř596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission. Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE MAR, art. 24–26 et Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché (directive relative aux abus de marché) CS MAD, suivi chaque année d'un *peer review follow up*, voir p. ex. Peer Review on Supervisory Practices against Market Abuse, Follow-up report, ESMA, 22 décembre 2015, ESMA/2015/1905.

12 Voir site ESMA sur la question et ESMA MMoU.

13 Voir FSB, Promoting global adherence to international cooperation and information exchange standards, 10 mars 2010 ; voir FSB, Status update on Global adherence to regulatory and supervisory standards on international cooperation and information exchange, 19 décembre 2014.

14 On pensera à la deuxième phase de l'examen par les pairs du Forum mondial où il sera question de la conformité par la Suisse aux normes internationales d'échange de renseignement (voir notamment https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/themen/internationale-steuerpolitik/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax.html#dokumente) ou encore l'évaluation du GAFI dont les visites ont eu lieu en

chelle globale en matière financière[15]. Mais alors qu'en est-il dans le domaine de la coopération internationale de la Suisse en matière financière ? Déroge-t-elle à cette évolution internationale ?

1.2. Evolution en Suisse de la coopération internationale

[Rz 11] Sans grande surprise, la Suisse ne déroge pas à cette évolution puisque, depuis 10 ans, elle est devenue, certains diront peut-être malgré elle, l'un des acteurs les plus demandés et sa coopération internationale en matière financière s'éploie[16]. Lorsqu'en 2007, la FINMA traitait un peu moins de 94 requêtes d'entraide reçues, 7 ans plus tard elle recevait 514 requêtes, devenant ainsi la troisième autorité au monde la plus sollicitée[17]. Cette coopération internationale est nécessaire dans tous les domaines de surveillance des autorités étrangères financières (banque, négociant en valeurs mobilières, assurance, intermédiaire financier, fonds, gérant externe, bourse, marchés boursiers, voire même certains cas liés aux matières premières) et concerne tous les aspects de surveillance. En effet, bien que la FINMA connaisse une augmentation importante des requêtes d'entraide en matière d'Enforcement, ces dernières années ont vu se renforcer le nombre des requêtes en matière prudentielle, ajoutant aux requêtes usuelles d'autorisation et *fit and proper*, de nouveaux aspects liés aux contrôles sur place (*Independent Monitor*, inspections liées aux règles du GAFI, *Crises Management*, etc.)[18]. Les compétences des autorités étrangères de surveillance ayant été élargies, leurs demandes d'assistance administrative sont devenues bien entendu plus complexes[19]. La Suisse s'inscrit donc dans la dynamique internationale.

[Rz 12] Néanmoins, face à cette évolution exponentielle accélérée dans la pratique, le cadre légal suisse n'a que peu suivi.

[Rz 13] Et si l'on considère l'ampleur de l'assistance internationale déterminante pour la réputation de la place financière suisse, sa compétitivité et son innovation, il est alors essentiel de dépasser l'image erronée de la Suisse en tant que pays atypique ne remplissant que peu ou prou les standards internationaux. Ceci est d'autant plus important que la démonstration de la volonté de coopérer de la Suisse est souvent un prérequis à un éventuel accès aux marchés étrangers, comme l'ont démontré les négociations avec l'Allemagne ou l'Autriche[20].

[Rz 14] Cette position d'ouverture est pourtant établie depuis 2004 déjà par le Conseil fédéral, lors de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM)[21], et relevée à plusieurs reprises par la jurisprudence récente : « Si l'assistance

février et mars 2016 (voir http://www.fatf-gafi.org/countries/#Switzerland . On peut également penser au Financial Sector Assessment Program (IMF FSAP) ayant eu lieu en 2014 en Suisse, voir FMI Switzerland Financial Sector Stability Assessment, IMF Country Report No. 14/143, May 2014 ; IMF Report on Observance of Standards and Codes No. 14/144, May 2014 ; IMF Detailed Assessment of Compliance BCSC principles No. 14/264, September 2014 ; Compliance IOSCO principles No. 14/266, September 2014, and Compliance IAIS principles, No. 14/265, September 2014.

15 On peut penser au classement effectué chaque 6 mois par le *Global Financial Centers Index* (GFCI).

16 Notamment en matière d'abus de marchés (ex. délits d'initié ou manipulation de cours), et en matière de surveillance d'instituts (activités transfrontalières, activités non autorisées, forex, blanchiment, etc.).

17 Représentant une augmentation de 550 %, FINMA, Rapport annuel 2014, p.82.

18 FINMA, Rapport 2014 sur l'Enforcement, p. 62.

19 FINMA, Rapport 2014 sur l'Enforcement, p. 62.

20 Message du 20 avril 2012 relatif à l'approbation de l'accord avec l'Autriche concernant la coopération en matière de fiscalité et de marchés financiers, RS 12.051, voir introduction par. 1.1, p. 4911.

21 RS 954.1.

administrative s'avérait déficiente, les autorités étrangères de surveillance des marchés boursiers risqueraient de refuser aux banques et aux négociants en valeurs mobilières suisses l'accès à leurs marchés boursiers ou de refuser à l'autorité de surveillance helvétique l'assistance administrative en raison de l'absence de réciprocité. Il en va également de la renommée de la place financière suisse dans le cadre de sa lutte contre les abus de marché »[22]. Cet avis est également suivi par la FINMA : « Sans coopération entre les autorités des différents marchés financiers, une surveillance des marchés financiers et un respect des règles par ses acteurs est illusoire dans la mesure où il n'existe pas d'autorité de vigilance supranationale »[23] .

[Rz 15] Enfin, comme l'a rappelé le Tribunal administratif fédéral et la doctrine, celui qui opère sur des marchés financiers, et se soumet ainsi au droit de surveillance étranger, doit être prêt à accepter d'être impliqué dans des procédures à l'étranger du droit de la surveillance. L'autorité compétente pour le bon fonctionnement d'un marché financier est en droit de connaitre les acteurs de ce marché et de mener, dans le cadre légal fixé par le législateur, une procédure à sa seule discrétion[24].

[Rz 16] C'est ainsi qu'abandonnant partiellement une législation parfois créée au sortir de la guerre (on pensera notamment à l'incertitude créée par l'art. 271 du Code pénal (CP) lors de son application aux marchés financiers), les art. 42 et suivants LFINMA introduisent une nouvelle coopération internationale.

[Rz 17] Cette coopération réciproque[25] passe nécessairement d'abord par un élargissement de la coopération reçue et fournie par la FINMA à ses homologues étrangers (par. 2), par la possibilité ensuite pour les assujettis d'envoyer rapidement et directement des informations aux autorités étrangères (par. 3) et enfin par une facilitation des contrôles sur place en Suisse et à l'étranger (par. 4).

2. Coopération de la FINMA

[Rz 18] Afin d'accentuer l'élargissement de la coopération internationale dans tous les domaines financiers et non uniquement dans celui de la surveillance boursière, le législateur a souhaité reprendre l'idée d'une coopération souple et élargie déjà abordée par l'ancien art. 38 aLBVM[26].

---

22 Message du 10 novembre 2004 concernant la modification de la disposition sur l'assistance administrative internationale de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières [FF 2004 6341 spéc. *6355*] ; voir également arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6868/2013 du 3 mars 2014 consid. 7.3. ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-429_2014 du 19 novembre 2014 consid. 5.3.

23 FINMA, L'entraide administrative boursière internationale, août 2009, p. 7.

24 Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-934/2011 du 3 mai 2011, consid. 5.4.2 ; Marco Franchetti/Rolf Haudenschild, Revision der internationalen Amtshilfebestimmungen im Börsenbereich, Die Volkswirtschaft 2006, S. 33.

25 Contrairement à ce qui a pu être lu en matière d'entraide en matière pénale, il faut souligner que de nombreux régulateurs d'Europe, Asie ou d'Amérique du Nord coopèrent souvent mieux, plus vite et sans complications avec la Suisse. Or, comme le mentionnait la FINMA : « Dans le cadre des enquêtes sur des manipulations des devises [FX], la coordination internationale entre autorités de surveillance des marchés financiers est un instrument éprouvé qui s'est avéré d'une importance centrale. Il a de nouveau été démontré que la mondialisation des marchés financiers et l'internationalisation des services financiers qui en a découlé exigent des enquêtes transfrontières et une coordination internationale des autorités de surveillance », FINMA, Rapport 2014 sur l'Enforcement p. 11.

26 Nous renvoyons volontiers à la littérature à ce sujet.

Cet article adopté puis modifié a permis à la Suisse d'accéder au statut convoité de signataire du standard international reconnu *IOSCO – MMoU*[27].

[Rz 19] L'esprit de l'art. 38 aLBVM ayant été ainsi repris dans les nouveaux art. 42 et ss LFINMA, la jurisprudence établie par le Tribunal fédéral puis par le Tribunal administratif fédéral ainsi que la pratique de la FINMA trouvent toujours application dans leur majorité[28]. Ceci est d'autant plus important que ces nouvelles dispositions, en raison de leur nature procédurale, s'appliquent à toutes les procédures contentieuses (n'ayant pas fait l'objet d'un recours en 2015) et non contentieuses actuellement pendantes dès leur entrée en vigueur, sans égard au moment où les faits concernant la demande d'entraide se sont produits[29].

[Rz 20] Bien qu'en principe la coopération de la FINMA reste une possibilité (*Kann-Vorschift*) et non une obligation, ces nouvelles dispositions permettent à la FINMA d'étendre sa coopération vis-à-vis de ses homologues (par. 2.1), vis-à-vis des organisations internationales (par. 2.2) et de transmettre exceptionnellement, sans procédure préalable, des données relatives aux clients (par 2.3.)

2.1. Une coopération élargie entre régulateurs

[Rz 21] Reprenant donc en grande majorité l'ancien art. 38 aLBVM, **les conditions de l'entraide en matière boursière et financière** restent *mutatis mutandis* les mêmes[30]. Afin d'octroyer l'entraide, la FINMA doit s'assurer que l'autorité requérante, au sens de l'art. 42 al. 2 LFINMA, respecte le principe de confidentialité (art. 42 al. 2 let b. LFINMA) et le principe de spécialité, soit n'utilise les informations transmises non accessibles au public qu'exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers (art. 42 al. 2 let a *ab initio* LFINMA) et ne les retransmettent qu'à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (art. 42 al. 2 let a *in fine* LFINMA)[31].

[Rz 22] Néanmoins, désirant aller plus loin que le seul domaine boursier défini par l'art. 38 aLBVM, le législateur a adapté les règles de l'entraide à un cadre élargi et plus dynamique. L'article 42 LFINMA permet désormais à la FINMA de recevoir et d'accorder l'entraide de/à **toute autorité étrangère de surveillance des marchés financiers** dès que les informations non accessibles au public sont nécessaires à « **l'exécution des lois sur les marchés financiers** »[32]. Ces deux éléments nécessitent d'être approfondis.

[Rz 23] D'une part, bien qu'il n'existe actuellement pas de définition spécifique dans le matériel législatif, **la notion d'autorité de surveillance des marchés financiers** doit être comprise au sens

---

27 Membre IOSCO et signataire A du IOSCO MMoU, depuis le 19 janvier 2010, la Suisse connait néanmoins de très fortes critiques quant à son cadre légal restrictif sur de nombreux points. Voir supra notes 6 et 7.

28 Ceci ressort aussi clairement du rappel de la jurisprudence tout au long du Message concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, 3 septembre 2014 (ci-après « Message »), ad art. 42 et ss, FF 2014 7235, *7363* ss.

29 Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7551/2015 du 16 février 2016, consid. 1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7195_2015 du 25 janvier 2016, consid. 2 et réf. ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7195/2008 du 27 janvier 2009 consid. 1.

30 Pour une explication plus exhaustive, on renverra notamment à FINMA, L'entraide administrative boursière internationale, août 2009, en particulier p. 10 ss.

31 Ici aussi on renverra à la jurisprudence et pratiques établies sous l'ancien art. 38 aLBVM.

32 Selon le Message, le terme *Exécution* est une référence à la terminologie de l'art. 56 LFINMA (Message ad art. 42 al. 1 LFINMA, FF 2014 7235, *7363*).

large : quelle que soit sa structure, un organe, une entité autonome de droit privé ou public, un tribunal ou une commission parlementaire peut être considéré comme autorité étrangère de surveillance des marchés financiers aussi longtemps que sont exercées (même partiellement) des fonctions de surveillance des marchés financiers[33] conférées par un Etat étranger ou par une autorité de surveillance des marchés financiers[34]. Une personne physique ou morale peut revêtir la qualité temporaire d'autorité accomplissant une tâche d'autorité de surveillance lorsque celle-ci est désignée, mandatée et/ou instruite directement par l'autorité de surveillance étrangère ou agit en application directe du droit étranger. Les ministères des finances ne constituent néanmoins pas des autorités de surveillance des marchés financiers, et sont dès lors exclus[35].

[Rz 24] D'autre part, l'entraide ne peut être octroyée que si les informations sont nécessaires **à l'exécution des lois sur les marchés financiers**. Il ne s'agit plus ici de déterminer si l'on est en présence d'une autorité, mais bien de déterminer la matière faisant l'objet de l'assistance, respectivement la compétence exercée par l'autorité. Comme l'a déjà précisé la jurisprudence, la loi ne délimite pas les tâches que doit exécuter une autorité étrangère pour que l'entraide lui soit accordée. Il n'est donc pas nécessaire que l'autorité requérante dispose exactement des mêmes compétences de surveillance que la FINMA. Il suffit que celles-ci soient dans l'alignement de celles conférées à la FINMA[36]. Comme le relève le message relatif à la LBVM en 2004, peu importe la manière dont sont organisées les autorités étrangères, seul compte le but de la requête[37].

[Rz 25] Or ici, la notion de **but contenu dans le terme d'exécution des lois sur les marchés financiers** est assez large pour couvrir de nombreuses lois de surveillance étrangère comprenant directement ou indirectement, partiellement ou dans une large mesure, les compétences de surveillance des marchés financiers que connaît la FINMA, englobant tant les activités prudentielles que celles relevant de l'Enforcement[38]. Seul suffit ici que les informations soient nécessaires à « l'exécution des lois sur les marchés financiers ». On peut penser à certaines autorités qui en sus de l'exécution des lois sur les marchés financiers, sont également en charge d'assurer la bonne application des lois liées aux matières premières, aux sociétés cotées *et* non cotées, à la lutte contre la concurrence déloyale, ou simplement à la tenue du registre du commerce[39].

[Rz 26] Ainsi, lorsqu'il s'agit de surveillance des marchés financiers, les frontières entre droit administratif, pénal, civil voire même fiscal peuvent parfois paraitre floues, notamment en raison

33 BSK FINMAG – Schaad, art. 42 N 50. On pensera notamment aux Organismes d'Auto-Régulation (OAR), tels que la US. Financial Industry Regulatory Authority FINRA, Investment Industry Regulatory Organization of Canada IIROC dont les fonctions dépassent celles des OAR en Suisse, ou encore à la US National Association of Insurance Commissioners (NAIC) dans le domaine des assurances. L'art. 42 al. 3 LFINMA poursuit d'ailleurs la même idée.

34 On pourrait penser à certains cas de *receivers*, auditeurs, chargés d'enquêtes, liquidateurs, voire même *Independant Monitors*, appointés par un régulateur ou un tribunal.

35 Par analogie à la réflexion faite dans le Message ad art. 42 al. 3 LFINMA, FF 2014 7235, *7365*, ceci pour effectuer une claire distinction entre entraide en matière fiscale et entraide en matière financière.

36 Arrêt du Tribunal fédéral 2A.347/2001 du 2 octobre 2001, consid. 3.a et réf., relatif au

37 Message du 10 novembre 2004 concernant la modification de la disposition sur l'assistance administrative internationale de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières [FF 2004 6341 spéc. *6358* in fine].

38 Le terme *Exécution* ou *Vollzug* ne doit pas être pris au seul sens d'Enforcement, Message ad art. 42 al. 1 LFINMA, FF 2014 7235, *7363 ; ad*. art. 42 al. 2 LFINMA, *7364*.

39 On peut notamment penser à la Commodity Futures Trading Commission (CFTC), au UK Panel on Takeovers and Mergers, à la Dubai Financial Services Authority (DFSA), à la Österreichische Prüfstelle für Rechnungslegung (OePR), ou encore à ESMA, tous ayant des compétences particulières que la FINMA ne connait pas ou de manière restreinte. Il est intéressant de noter que de plus en plus d'autorités acquièrent des compétences en matière de protection des consommateurs (et non uniquement d'investisseurs ou créanciers). Par exemple, depuis 2010, ASIC protège les contrats des consommateurs selon la *Unfair contract terms law*.

de la complexité et de la diversité des différents systèmes juridiques. Rien n'interdit qu'un acte tombe à la fois sous le coup d'une violation des dispositions du droit des marchés financiers et sous le coup d'une violation des dispositions en matière pénale, fiscale voire du droit des obligations ou des sociétés[40], chacune ne poursuivant respectivement pas les mêmes buts. Néanmoins, il ne doit pas s'agir d'un **contournement de l'entraide en matière pénale ou fiscale**. Les autorités requérantes doivent disposer d'un intérêt propre de surveillance des marchés financiers et accomplir des tâches de surveillance ne relevant **pas uniquement** du droit pénal ou fiscal[41].

[Rz 27] L'octroi de l'entraide peut également se dérouler de **manière spontanée** (sans requête préalable) selon les conditions de l'art. 42 al. 2 LFINMA[42] si, à notre sens, la FINMA estime que des informations sont utiles à une autorité étrangère pour l'accomplissement de ses devoirs de surveillance des marchés financiers. Comme toujours, tant les principes de proportionnalité et spécialité que les règles relatives aux informations des clients (infra 2.3) LFINMA restent applicables à la transmission spontanée[43].

[Rz 28] En parallèle, le législateur laisse maintenant le soin aux autorités étrangères d'assurer elles-mêmes les principes de spécialité et de confidentialité lors de la **retransmission**. Ainsi, le principe du « long bras » subsistant encore sous l'ancien art. 42 al. 2 let. a *in fine* aLFINMA[44] est définitivement abandonné. Il n'appartient donc plus à la FINMA de donner son accord à une éventuelle retransmission[45], parfois en chaine, à des autorités de surveillances ou pénales d'informations transmises originellement à l'autorité requérante[46]. En vertu du principe de la confiance entre autorités[47], la FINMA doit uniquement s'assurer que l'autorité originellement requérante (ou récipiendaire d'entraide spontanée) s'engage par ses *best efforts* à s'assurer elle-même du respect du principe de spécialité – soit l'utilisation dans un but exclusivement « d'exécution des lois sur les marchés financiers » – lorsqu'elle retransmet à son tour lesdites informations. On notera qu'il n'est nullement précisé dans le matériel législatif qu'il doit s'agir uniquement de retransmission interne et nationale. Une retransmission à une autre autorité étrangère ne serait donc pas exclue[48]. A noter encore que la lettre de l'art. 42 al. 2 let. a *in fine* LFINMA ne prévoit pas, lors de la retransmission de l'autorité étrangère à d'autres autorités, tribunaux ou organes, le respect des

40 On pense par exemple à la corruption (ex. The *Foreign Corrupt Practices Act* of 1977 dont l'Enforcement est délégué à la *U.S.* Securities and Exchange Commission SEC ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3894/2011 du 5 octobre 2011), au blanchiment d'argent, aux règles de comptabilité des sociétés, voire à certains produits financiers qui ne peuvent être offerts qu'à des résidents américains déclarés.

41 Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-759/2015, du 15 avril 2015 consid. 7 et les réf. cit. On rappellera que certaines autorités connaissent également des compétences d'enquêtes ou de sanctions dites quasi-pénales, tel que l'Ontario Securities Commission (OSC), l'Autorité des marchés financiers (AMF Québec), ou encore pénales telles que la UK Financial Conduct Authority (FCA), l'Australian Securities & Investments Commission (ASIC) ou la Securities and Futures Commission of Hong Kong (HK SFC).

42 Message ad art. 42 al. al. 2 LFINMA, FF 2014 7235, *7364* ; contra : FINMAG – Hans- Peter Schaad, art. 42 N 86.

43 Message ad art. 42a al. 4-6 LFINMA, FF 2014 7235, *7369*.

44 Voir plus particulièrement FINMA, L'entraide administrative boursière internationale, août 2009, p. 11 par. 3.2.

45 On doit ici distinguer « *Übermittlung* / Transmission », où s'appliquent tous les principes liés à l'octroi de l'entraide, et « *Weiterleitung* / Retransmission », où seuls s'appliquent les art. 42 al. 2 let a in fine et al. 5 LFINMA.

46 Sauf s'il s'agit d'un cas de l'art. 42 al. 5 LFINMA. La FINMA doit donner son consentement, en accord avec l'Office de la Justice pour des violations pénales qui ne constitueraient pas des infractions pénales de surveillance des marchés financiers selon l'art. 42 al. 2 let a in fine LFINMA (droit pénal général).

47 « *Im internationalen Verkehr darf ein Verhalten nach Treu und Glauben vermutet werden* » *(völkerrechtliches Vertrauensprinzip)* ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.153/2003, consid. 3.1 et jurisprudence citée.

48 On pensera notamment aux plateformes européennes sécurisées d'échanges d'informations en commun accessibles à toutes les autorités. Le *Committee 6* de IOSCO préconise également de telles plateformes.

autres principes liés à l'octroi de l'entraide par la FINMA (p. ex. le principe de proportionnalité, le principe de confidentialité, la nécessité d'un soupçon initial, etc.).

[Rz 29] Cet assouplissement des règles de coopération ne devrait pas permettre un assouplissement de l'examen des conditions de l'entraide par la FINMA et celle-ci doit analyser si une autorité remplit correctement les conditions d'entraide, notamment de spécialité et de confidentialité, même lorsque ces conditions sont présumées en raison du fait que l'autorité étrangère requérante est signataire de standards internationaux tels que le IOSCO MMoU[49], IAIS MMoU[50] ou encore d'accords bilatéraux entre la FINMA et celle-ci[51]. En cas de doute, elle doit obtenir un engagement *ad hoc* de la part de l'autorité requérante[52].

[Rz 30] Enfin, les pouvoirs de la FINMA dans le domaine de la coopération internationale deviennent plus importants, notamment par la possibilité élargie de récolter des informations de la part de tout détenteur (assujetti ou non) en Suisse selon l'art. 42a al. 1 LFINMA[53], ou encore la possibilité de recourir à des inspections locales et avis d'experts sous la menace de l'art. 48 LFINMA[54].

[Rz 31] Ainsi, cet élargissement de l'assistance et des pouvoirs de la FINMA entrainera *de facto* un devoir d'information plus important de la part des détenteurs d'information envers la FINMA, respectivement envers les autorités étrangères.

2.2. Une nouvelle coopération avec les organisations internationales

[Rz 32] L'entrée en vigueur du nouvel art. 42b LFINMA, en relation avec l'art. 6 al. 2 LFINMA, confère enfin à la FINMA la base légale explicite qui lui permet d'échanger des informations non accessibles au public avec des organisations et organes internationaux. Sont essentiellement visés le FMI, la Banque des règlements internationaux (BRI/BIS), le CSF, le CBCB, l'OICV et l'AICA. Par une certaine analogie avec l'art. 42 LFINMA mais tout en conservant une approche restrictive, les conditions d'octroi de la coopération avec de telles organisations et organes sont soumis au respect des principes de spécialité (art. 42b al. 3 lit. a LFINMA), et de confidentialité (art. 42b al. 3 lit b LFINMA). Le principe de spécialité est encadré par la FINMA qui convient de l'utilisation exacte des informations communiquées (art. 42b al. 4 LFINMA). Contrairement à l'art. 42 al. 2 let. a LFINMA où la retransmission est dès maintenant assouplie avec les autorités étrangères

49 Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7550/2014 du 30 avril 2014, consid. 6., arrêt du Tribunal administratif fédéral, B-5961/2013 du 25 mai 2014 (*Abschreibungsentscheid*), concernant la Commission of Pakistan (SECP), voir également FINMA, Rapport 2014 sur l'Enforcement, p. 49 (cas 64).

50 Protocole d'accord multilateral *Multilateral Memorandum of Understanding*), AICA Association Internationale des Controleurs d'Assurance (*IAIS International Association of Insurance Supervisors*).

51 Souvent ces accords datant de nombreuses années peuvent ne plus être à jour. Bien que non disponibles sur le site Internet de la FINMA, on peut souvent consulter la plupart de ces accords sur les sites des autorités concernées ou leur envoyer une demande écrite et motivée en ce sens.

52 Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5274/2013 du 28 mai 2014, consid. 3.2. *in fine* ; arrêt du Tribunal administratif fédéral, B-5961/2013 du 25 mai 2014 (principe de confidentialité défaillant).

53 Sans forcément entrer en contradiction avec la Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 6 octobre 2000 (LSCPT, RS. 780.1) qui ne concerne que l'entraide en matière pénale, il se pourrait que la FINMA puisse demander des informations concernant les télécommunications auprès des opérateurs de télécommunication, fournisseurs d'accès, hébergeurs de site Internet et courriels aux fins d'une enquête étrangère. De tels extraits permettent d'apporter des preuves supplémentaires d'action de concert ou de collusion, notamment en matière de délits d'initiés ou de manipulation de marchés.

54 Message ad art. 42 al. 1 LFINMA, FF 2014 7235, *7363*.

de surveillance des marchés financiers, la retransmission est ici plus encadrée par la FINMA puisque celle-ci convient spécifiquement des modalités de retransmission avec les organisations et organes internationaux (art. 42b al. 4 LFINMA). Au surplus, les conditions de spécialité et de confidentialité s'appliqueront également à la retransmission (art. 42b al. 3 et 4 *in fine* LFINMA).

[Rz 33] Dans les cas où la Banque Nationale Suisse devrait également exercer une telle compétence, les deux autorités suisses devraient alors se coordonner ensemble[55]. Dans le cas d'initiatives multilatérales ayant une portée importante pour la place financière suisse, l'échange d'informations doit intervenir en accord avec le Département fédéral des finances (DFF). C'est notamment le cas lorsque le DFF représente les intérêts de la Suisse lors d'initiatives en collaboration par exemple avec le FMI, CSF[56] ou encore le GAFI[57].

[Rz 34] Deux aspects doivent être mentionnés. D'une part, s'il devait être collecté des informations dont l'intention première de l'organisation ou l'organe international serait d'en publier les résultats lors d'un ou plusieurs rapports publiquement accessibles, les informations devraient alors être anonymisées ou agrégées *avant* la transmission, de telle sorte que les droits des tiers et clients soient protégés. Si la FINMA ne devait être en mesure d'assurer que lesdites informations ne soient pas publiées, l'autorité devrait renoncer à la transmission de telles informations ou obtenir des garanties additionnelles de traitement confidentiel de la part du récipiendaire. Dans tous les cas, la FINMA est toujours en position de refuser sa coopération[58].

[Rz 35] D'autre part, si les informations à transmettre non accessibles au public devaient concerner des « clients », les droits de ces derniers devraient être respectés en application de l'art. 42a LFINMA, respectivement de la Loi fédérale sur la procédure administrative (PA)[59]. Ceci est d'autant plus vrai lorsque les initiatives collectent des informations sur les contreparties identifiées dites les plus importantes[60].

[Rz 36] En conclusion, la FINMA peut dès à présent légitimement coopérer de manière régulière avec les organisations et organes internationaux, en sus des autorités de surveillance des marchés financiers.

2.3. Allègement des règles applicables aux informations relatives aux clients

[Rz 37] En dehors de l'élargissement général des règles de la coopération internationale avec les régulateurs et les organisations et organes internationaux, il existe également une nécessité pour la FINMA de faciliter la transmission rapide d'informations relatives aux clients. Lorsque la FINMA communique à une autorité étrangère des informations relatives aux clients, la PA

55 Message ad art. 42b al. 3 LFINMA, FF 2014 7235, *7371*, ad art. 50b LBN *7352*.

56 Message ad art. 42b LFINMA, FF 2014 7235, *7370*, voir également BNS, Rapport de gestion 2014, autres organes internationaux p. 114, BNS Rapport de gestion 2013, FSB Data Gaps Initiative, p. 108.

57 On peut notamment penser au programme d'évaluation du secteur financier du FMI (PESF/FSAP) ayant eu lieu en 2014 pour la Suisse, ou encore l'évaluation actuellement pendante de la Suisse par le GAFI.

58 Comme l'art. 42 LFINMA, l'art. 42b LFINMA est également une disposition potestative (*Kann-vorschrift*).

59 RS 172.021.

60 Pour plus de détails, voir Dr. Nina Arquint, Internationalisierung der Finanzmarktaufsicht, GesKR Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2014/131, 4.3 « Informationsübermittlung für die Sytemüberwachung und zu Policyzwecken » p. 136-137, note 41 ; voir prise de position de Swissholding, Vernehmlassung FinfraG, p. 11.

et toutes les garanties procédurales en découlant sont applicables par renvoi de l'art. 42a al. 2 LFINMA (« procédure-client »).

[Rz 38] Néanmoins, ce cadre légal est difficilement adapté à la réalité quotidienne et la procédure d'entraide, décriée à l'international, entraîne une lenteur excessive de l'entraide administrative[61]. Confrontée à un nombre important de requêtes et par conséquent de clients potentiellement concernés (soit 2'240 clients en 2014 pour 514 requêtes)[62], la FINMA accomplit difficilement avec rapidité ses tâches de coopération avec les autorités étrangères.

[Rz 39] Le législateur a donc opté pour un allègement lorsqu'il s'agit de transmettre diligemment des informations liées aux clients. D'une part, de nouvelles dispositions ou précisions permettent d'apporter un assouplissement des règles liées à la procédure-client de manière générale (par. 2.3.1) et d'autre part une transmission exceptionnelle d'informations sans notification ni procédure administrative préalables à la transmission est maintenant possible (par. 2.3.2).

2.3.1. Assouplissement des règles liées à la procédure-client

[Rz 40] Bien que la jurisprudence et la pratique de la FINMA établies demeurent la règle[63], les nouvelles dispositions et le message y afférant ont apporté certaines précisions ou restrictions liées la procédure client.

[Rz 41] Mettant fin aux tensions antinomiques entre standards internationaux et cadre légal suisse, le législateur a créé une base légale permettant de restreindre – de manière standard selon le Message de la loi – le droit de consulter la correspondance avec les autorités étrangères tel que prévu par le par. 11 (a) – Confidentiality, du IOSCO MMoU, tout en réservant néanmoins un droit d'être entendu restreint au sens de l'art. 28 PA. Cependant, même en présence d'une base légale expresse, il n'est pas garanti qu'un refus systématique d'accès par exemple de la requête ne soit toujours confirmé par les tribunaux[64]. Cette restriction d'accès à la requête n'est pas applicable au Tribunal administratif fédéral qui est en mesure d'obtenir l'intégralité des correspondances entre autorités et par là-même de déterminer le respect de l'art. 42a al. 3 LFINMA, respectivement l'art. 28 PA.

[Rz 42] De plus, le Message a souhaité clarifier la notion d'information institutionnelle et restreindre la conception de la jurisprudence relative au tiers non impliqué lors d'un mandat de gestion discrétionnaire[65]. Enfin, on remarquera que l'entraide de manière générale, et non plus seulement la procédure d'entraide à l'encontre du client doit être octroyée avec diligence[66].

---

61 Contrairement à ce qui peut être lu, la Suisse n'est pas le seul pays connaissant l'information préalable à la transmission. La Hong Kong Monetary Authority (HKMA) connait également une notification préalable, tout comme la US SEC, mais dans une moindre mesure et limitée aux personnes physiques. Néanmoins, la Suisse reste le seul pays à connaitre cette possibilité de manière si étendue, notamment quant aux garanties procédurales et au cercle des personnes informées.

62 FINMA, Rapport annuel 2014, p. 83.

63 Message ad art. 42 al. 2 LFINMA, FF 2014 7235, *7364*; ad art. 42a al. 4-6 LFINMA, *7367* ; voir supra note 3.

64 Décision incidente du Tribunal administratif fédéral dans le domaine de l'entraide en matière fiscale, A-6399, du 13 juillet 2015, TAAA, consid. 4.6.

65 Message ad art. 42a al. 4-6 LFINMA, FF 2014 7235, *7368*, ad art. 42 al. 4-5 LFINMA, *7365*.

66 Sur ce point, la version allemande mentionne le terme *zügig* qui comprend la notion de rapidité sans forcément celle de soin contrairement au terme de la version française *diligence*.

[Rz 43] Ainsi le législateur a souhaité un assouplissement des règles applicables à la procédure-client, que celles-ci s'appliquent avant la transmission des informations, ou comme nous le verrons ci-dessous, après la transmission des informations à l'autorité étrangère.

2.3.2. Transmission sans procédure préalable

[Rz 44] Jusqu'au 1er janvier 2016, la transmission des informations ne s'opérait qu'avec l'accord du client notifié[67], par publication ou par décision entrée en force. Dans certains cas, la procédure se terminait par un arrêt du Tribunal administratif fédéral.

[Rz 45] La modification majeure apportée par l'art. 42a al. 4 LFINMA, proposée par le Conseil fédéral, puis modifiée par le Parlement, réside dans le fait que la FINMA ne doive plus conduire systématiquement une procédure administrative avant de transmettre les informations concernant les clients. La FINMA peut ***exceptionnellement*** s'abstenir d'informer les clients concernés avant de transmettre les informations à l'étranger **si une information préalable risquerait de compromettre le but de l'assistance administrative *et* l'accomplissement efficace des tâches de l'autorité requérante**. Les débats parlementaires énoncent le cas de risque d'altération de preuves (« *Verdunkelungsgefahr* »)[68] tandis que le Message précise l'application de cette modification lorsque « l'autorité requérante rend vraisemblable le fait que la demande est hautement urgente »[69] ou que le succès de son enquête serait compromis si les personnes concernées en étaient préalablement informées (risque de collusion) sous enquête.

[Rz 46] Faisant un parallèle (probablement peu adapté aux délits en matière boursière) avec l'entraide en matière fiscale[70], le Parlement a souhaité limiter la modification de la procédure-client aux seuls cas « exceptionnels » : la procédure-client avec notification préalable doit demeurer la règle et la transmission sans information préalable devrait rester exceptionnelle[71].

2.3.2.1. Démonstration des conditions exceptionnelles

[Rz 47] A la lumière de l'art. 42a al. 4 LFINMA, il appartient à l'autorité étrangère de démontrer un **risque concret** de mise en danger du but de l'assistance administrative et de l'accomplissement de sa tâche en qualité d'autorité. Cette dernière, dans sa requête, doit établir **au cas par cas et de manière vraisemblable** la réunion de telles conditions. **Un risque potentiel** à venir n'est pas forcément exclu, mais il doit néanmoins être **spécifique** en raison du principe de proportionnalité.

---

67 Ou en l'absence de réaction du client et de son versement de l'avance de frais selon la pratique de la FINMA lors de la notification officielle de la FINMA.

68 Procès-verbal du Conseil national du 20 mars 2015, BO 2015 N552–553 ; BO 2015 E 341 : « *Was wir dann auch vorsehen, ist, Bestimmungen zur Amtshilfe durch eine einheitliche Regelung im Finanzmarktaufsichtsgesetz (Finmag) zu ersetzen. Das ist das, was wir eigentlich im Steueramtshilfegesetz bereits eingehend diskutiert haben; die Möglichkeit der Beschränkung des Kundenverfahrens, dann die wirksame Erfüllung der Aufgaben der ersuchenden Behörde usw. Sie kennen das aus der Steueramtshilfegesetzgebung. Wir möchten dasselbe hier im Bereich der Amtshilfe auch bei der Finanzmarktaufsicht bzw. im Finanzmarktaufsichtsverfahren einführen* ».

69 Certaines autorités connaissent des délais de prescription ou de péremption pour mener à terme leur enquête.

70 Procès-verbal du Conseil national du 20 mars 2015, BO 2015 N553 où se démarque un important parallèle, opéré par les parlementaires, entre entraide en matière fiscale et entraide en matière financière.

71 L'application de la clause exceptionnelle aux cas d'entraide en matière fiscale par l'Autorité fédérale des contributions n'a à ce jour pas encore fait l'objet d'une décision par le Tribunal administratif fédéral.

[Rz 48] A la réception de la requête d'entraide, il appartient alors à la FINMA, en sus des conditions générales d'octroi de l'entraide administrative (spécialité, confidentialité, soupçon initial), de déterminer l'existence vraisemblable de motifs d'absence de notification préalable.

[Rz 49] Ceci est souvent le cas lors de soupçons d'abus de marché (délit d'initié ou manipulation de marchés) à l'encontre desquels les autorités disposent le plus souvent uniquement d'un faisceau d'indices[72]. La grande majorité de ces enquêtes nécessite souvent l'intervention de plus d'une personne (ex. *tippee/insider*, ou *wash sales*), et la collusion ou la destruction de preuves avérées sont souvent fatales à l'instruction[73]. La dissimulation des gains ou des capitaux impliqués dans l'enquête de l'autorité requérante semble être également un motif non négligeable de nos jours lorsque l'on connait la rapidité technologique d'un transfert d'argent et la possibilité d'ouvrir des comptes dans différents pays. Ceci nécessite alors l'ouverture en chaîne de requêtes d'entraide de pays en pays. L'autorité requérante dispose donc de nombreux motifs pour lesquels elle ne souhaite pas dévoiler les secrets de son enquête initiale. Lors de certaines enquêtes, il est également possible que l'information de potentiels suspects mettre en péril la possibilité par la suite de mise en uvre de nouveaux moyens d'instruction (p. ex. la mise sous écoute de potentiels complices, ou la perquisition de locaux ou de domiciles).

[Rz 50] En raison du stade de l'avancement de son enquête, il ne faut pas oublier que l'autorité requérante doit faire valoir uniquement un soupçon initial d'infraction. Par conséquent, le cercle potentiel de personnes pouvant être sous enquête est – au début du moins – relativement large, sans que l'autorité ne puisse parfois se limiter à une ou quelques personnes. On pensera notamment aux listes d'initiés potentiels concernant parfois plusieurs dizaines de personnes[74].

[Rz 51] Il est néanmoins difficile – mais pas impossible – de permettre une procédure exceptionnelle quand le client a déjà fait l'objet d'une requête préalable clôturée dans la même enquête. La FINMA devrait se montrer restrictive également lorsque les déclarations d'une autorité requérante appellent des doutes (véracité des propos, présentation des risques de manière générale, abstraite, lacunaire, ou simple répétition de la requête précédente).

[Rz 52] Dans tous les cas, une notification préalable n'est pas envisageable, lorsque le client potentiel est déjà informé de l'enquête (requête en cours, publication sur Internet de jugements provisionnels ou de récolte de preuves). Il appartient alors à l'autorité requérante de démontrer de façon accrue en quoi l'information telle que ressortant de la requête peut encore mettre en danger son enquête actuelle.

[Rz 53] Inexorablement, la FINMA devra prend en compte, d'une part, le droit du client à être informé d'une enquête l'impliquant et, d'autre part, l'intérêt de l'autorité requérante de préserver les secrets de son instruction. Si l'intérêt de l'autorité requérante l'emporte, la FINMA récoltera les informations, procédera à l'analyse des documents et transmettra sans notification préalable les informations requises ou utiles à l'autorité requérante.

---

72 Tels qu'un développement inhabituel du marché.

73 Voir également U. Zulauf Kooperation oder Obstruktion, 20 Jahre Amtshilfe im Finanzmarkt – recht vom Börsengesetz zum FINFRAG, GesKR 3, 2015, p. 337, *345*, où l'application de l'exception à tous les cas possibles de risques de collusion devrait être rendue possible. A notre sens, cette vision trop élargie ne prend pas en compte le principe de proportionnalité qui doit être analysé au cas par cas.

74 Certaines fusions de grandes envergures impliquent parfois un grand nombre d'employés des sociétés en question, *in-house counsels*, conseils externes, auditeurs, intermédiaires financiers, voire dans certains pays des employés d'autorités.

[Rz 54] En parallèle, l'art. 42a al. 5 in fine LFINMA permet à la FINMA, dans les cas énoncés à l'al. 4, d'interdire à tout détenteur d'informations et autorités d'informer les clients potentiels jusqu'à la notification postérieure. Au vu du but poursuivi (celui d'éviter une mise en danger de l'enquête par la collusion ou la destruction de preuves par ex.), cette possibilité légale visée à l'al. 4 de l'art. 42a LFINMA devrait pouvoir être également applicable à la procédure dite standard (non exceptionnelle) entre le moment de la récolte d'information et celui de la notification préalable.

2.3.2.2. Procédure une fois la notification préalable reportée

[Rz 55] Lors de la mise en uvre d'une transmission exceptionnelle, l'information préalable du client n'est pas annulée mais simplement retardée. Suite à de telles transmissions sans notification préalable et au vu de l'atteinte licite aux droits des personnes non notifiées, il appartient à la FINMA de se renseigner très régulièrement auprès des autorités étrangères afin de déterminer si le motif ayant conduit à l'application existe encore. Elle analysera alors si le risque au sens de l'art. 42a al. 4 LFINMA est toujours présent *in concreto* selon l'évolution de l'enquête étrangère. Si la FINMA devait avoir connaissance d'une telle situation par elle-même (par exemple par la voie d'une publication sur Internet), elle devrait procéder sans délai à la notification du ou des clients concernés.

[Rz 56] Si le risque n'est plus avéré ou que l'autorité le consent, la FINMA procède ensuite à la notification du ou des clients concernés au dernier domicile du client si celui-ci réside en Suisse, auprès de la banque dépositaire, gérant externe ou par publication si aucun domicile de notification n'est possible. Le client dispose alors de la possibilité de requérir – en tout temps – une décision en constatation de l'illicéité de la transmission effectuée par la FINMA[75].

[Rz 57] Cette décision peut faire l'objet d'un recours, dans les 30 jours, devant le Tribunal administratif fédéral qui jugera de la licéité de la transmission faite par la FINMA au cours de l'année (ou des années) précédente(s). Le recours visera la constatation de l'illicéité du droit au sens de l'art. 25a let c. PA et éventuellement une action en responsabilité contre la FINMA[76]. Cette action peut se révéler difficile tant en raison de la responsabilité limitée de la FINMA au sens de l'art. 19 LFINMA qu'en raison de la difficulté de prouver un dommage matériel dans de tels cas. Si le TAF devait, ultérieurement à la transmission, constater l'illicéité du droit, se posera alors la question de l'utilisation, dans la procédure à l'étranger, d'informations transmises de façon illicite par la FINMA et de leur conservation auprès de la ou des autorités récipiendaires.

[Rz 58] Indépendamment de tels moyens, il demeure qu'à tout moment, chaque individu peut exercer, conformément à l'art. 8 de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)[77], son droit à obtenir les informations que la FINMA détient éventuellement sur lui et par conséquent, déterminer si la FINMA dispose d'éléments qu'elle a transmis à son égard ou entend en transmettre. La FINMA devra déterminer en quoi cette requête, conformément à l'art. 8 LPD, interfère avec la procédure d'entraide administrative.

[Rz 59] Ainsi la FINMA voit par la modification des art. 42 à 42a LFINMA sa possibilité de coopérer élargie et accélérée. Mais l'autorité suisse n'est pas la seule à remarquer sa nécessité de

75 Il s'agira à notre sens d'une décision au sens de l'art. 25a PA (*Realakt*).

76 Nous laissons volontairement de côté la question de la responsabilité des employés de la FINMA (p. ex. art. 312 CP).

77 RS 235.1.

coopérer accroître si bien que les nouvelles dispositions ont mis en place de nouveaux moyens laissés aux assujettis afin de collaborer avec les autorités étrangères.

3. Transmission directe d'informations

[Rz 60] Au-delà de la procédure d'entraide administrative menée par la FINMA, il existe un besoin réel pour les assujettis de transmettre directement en quelques jours, voire en quelques heures des informations aux autorités étrangères[78]. Cette nécessité, si entravée, peut avoir des conséquences néfastes pour les activités des assujettis. La pratique développée au gré des autorisations ponctuelles mais régulières accordées en dérogation de l'art. 271 CP a montré ses limites.

[Rz 61] L'article 42c LFINMA se divise ainsi en deux volets majeurs : d'une part les conditions de la transmission directe des informations par les assujettis (art. 42c al. 1 à 2 LFINMA) et, d'autre part, la possibilité pour la FINMA de contrôler, limiter ou empêcher une transmission directe (al. 3, 4 et 5).

[Rz 62] Nous verrons qu'une **balance des intérêts s'effectue tout au long du processus d'examen** découlant de l'art. 42c LFINMA. D'une part, **pour les assujettis**, cette balance s'effectuera à la réception de la requête de transmission ou lors de transmission spontanée[79], puis au moment du triage des documents à envoyer (al. 1 et al. 2), et enfin au moment d'une éventuelle communication à la FINMA (al. 3). D'autre part, **la FINMA quant à elle**, procèdera à l'examen de la proportionnalité afin de déterminer si et dans quelle mesure elle réserve l'entraide administrative (al. 4) et/ou exerce son droit de veto à une éventuelle publication, transmission et retransmission à l'étranger (al. 5). Par analogie à l'art. 42 LFINMA, il ne serait pas surprenant qu'au détour de l'examen de cette pesée des intérêts par les tribunaux, ressurgisse en partie la jurisprudence établie sous les art. 42 et 42a LFINMA, notamment en ce qui concerne le soupçon initial et la notion de *fishing expedition*, puisque les informations à transmettre doivent se révéler nécessaires à l'accomplissement de la tâche de l'autorité étrangère et du but recherché par la requête ou le droit étranger.

3.1. Assouplissement en faveur des assujettis

3.1.1. Principes généraux applicables

[Rz 63] Avant toute chose, il est important de souligner qu'il s'agit d'un article inséré dans la LFINMA qui doit être ainsi distingué d'une modification de l'art. 271 CP *per se*. Cette distinction a une importance cruciale tant au niveau du cercle des personnes concernées qu'au niveau du champ d'application des deux dispositions. L'article 42c LFINMA ne concerne que les assujettis à la surveillance directe[80] de la FINMA et ne peut être qu'en lien avec les activités de surveillance

78 Message ad art. 42c LFINMA FF 2014 7235, *7372* ; Swissbanking, Vernehmlassung Finanzmarktinfrastructurgesetz, 31 mars 2014 p. 11, lit. e.

79 En raison du secret des enquêtes, certaines requêtes d'autorité étrangère adressées aux assujettis sont en réalité parfois extrêmement lacunaires, se bornant uniquement à enjoindre le récipiendaire à livrer une série d'informations dans un format donné sans raisons ni explications quant à l'utilisation qui en sera faite (p. ex *Subpoenae Form to produce documents* or *Court orders requiring to produce documents, information or object in civil action*).

80 Bien que l'art. 42c LFINMA mentionne uniquement les assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA, une application également aux intermédiaires financiers adhérant à un Organisme d'Autorégulation (OAR) serait la bienvenue. Ceci

des marchés financiers. Par conséquent, il ne doit pas s'agir d'un contournement de l'entraide pénale ou fiscale. Par ailleurs, il nous semble que si des autorisations en vertu de l'art. 271 CP ont été accordées avant l'entrée en vigueur de la loi et coïncident avec le champ d'application de l'art. 42c LFINMA, c'est ce dernier article qui est directement applicable, alors même qu'une autorisation, toujours pendante, aurait été accordée au-delà du 31 décembre 2015[81].

[Rz 64] Néanmoins, cette disposition s'articule tout de même avec l'art. 271 CP en ce sens qu'elle constitue à notre avis un **acte autorisé par la loi au sens de l'art. 14 CP**. Si les conditions de l'art. 42c LFINMA et 14 CP sont remplies, l'assujetti ne peut tomber sous le coup de l'art. 271 CP. Il n'y a, au surplus, pas de délégation administrative. Il en résulte que l'assujetti n'est pas tenu d'observer les principes de la procédure administrative fédérale applicables aux autorités.

[Rz 65] Aussi bien les alinéas 1 et 2 de l'art. 42c LFINMA prévoient **le respect des droits des tiers et clients**. Bien que le principe de proportionnalité au sens des art. 42 et 42a LFINMA applicable à la FINMA en qualité d'autorité ne peut être suivi *mutatis mutandis* par les assujettis, il n'en demeure pas moins que ces derniers doivent respecter les droits des tiers[82] et clients[83] et par là-même les dispositions y référant tels que la loi sur la protection des données, le droit du travail (en particulier la protection de la personnalité des employés), le secret des affaires et le secret bancaire. Un consentement des tiers et clients est néanmoins possible. En ce sens, il est préférable de se reporter à la version allemande du Message, plutôt que celle en français opérant un véritable contresens[84].

3.1.2. Conditions spécifiques

3.1.2.1. Transmission à des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers

[Rz 66] Au-delà des principes généraux applicables aux deux alinéas (infra 2.1.2), l'art. 42c **alinéa 1** LFINMA pose quant à lui les conditions d'une transmission directe d'informations **aux autorités de surveillance des marchés financiers** étrangères ainsi qu'à d'autres services étrangers chargés de la surveillance[85] : les conditions d'entraide liées à l'art. 42 al. 2 LFINMA doivent être respectées[86]. Ainsi, chaque assujetti devra donc déterminer *in concreto* pour chaque autorité étrangère si cette dernière remplit les conditions de **spécialité et de confidentialité** pour une transmission directe (ce qui relevait jusqu'à présent uniquement de la tâche de la FINMA). S'il

éviterait une inégalité de traitement entre intermédiaires financiers soumis à une OAR et ceux directement soumis à la FINMA (IFDS).

81 Certaines autorisations peuvent parfois concerner plusieurs autorités de type différent d'un même pays. A notre sens, l'autorisation sera en partie couverte par l'art. 42c LFINMA, et en partie toujours valable au sens de l'art. 271 CP pour les autorités ne tombant pas dans le champ d'application des art. 42c al. 1 **et** 2 LFINMA.

82 A notre sens, **est considérée comme tiers** toute personne physique ou morale non assimilable à l'assujetti lui-même. En font donc partie les employés, conseils externes, auditeurs, sous-traitants, etc. A l'inverse, les organes d'un assujetti ne peuvent être considérés comme tiers, pour autant que les informations les concernent dans l'exercice de leur fonction et non à titre privé (analogie à l'art. 42a al. 2 LFINMA, Message FF 2014 7235, *7368*).

83 Art. 5 LFINMA. Reste ouverte la question de savoir si la notion de client au sens de l'art. 42a LFINMA se confond avec celle de l'art. 42c LFINMA.

84 Message ad art. 42c LFINMA, FF 2014 7235, *7372*. Le terme « même si » est employé en lieu et place de « si ». La version allemande propose : « *Die Rechte Dritter können dabei auch gewahrt bleiben, **wenn** diese rechtsgültig auf ihre Rechte verzichten* ». La version française énonce : « Ce faisant, les droits des tiers doivent être garantis ***même si*** ceux-ci y renoncent légalement ».

85 Voir supra 2.1 pour notion d'autorités.

86 Idem.

appartient aux assujettis de déterminer par eux-mêmes la réalisation des conditions de l'al. 1, la jurisprudence en matière d'entraide selon l'art. 38 aLBVM apporte un éclairage quant à savoir quelle autorité remplit les conditions de confidentialité et d'utilisation des informations. A cela peuvent s'ajouter également les MMoUs (IOSCO et IAIS) et MoUs signés entre la FINMA et ses homologues[87].

[Rz 67] Bien qu'il soit souvent délicat pour un assujetti de requérir d'une autorité étrangère une assurance par celle-ci du respect des conditions de spécialité et de confidentialité (surtout s'il s'agit du *Home Regulator*), rien n'empêche un assujetti d'ajouter lors de chaque transmission un *disclaimer* reprenant la lettre de l'art. 42 al. 2 LFINMA, tel que la pratique internationale entre autorités le connaît déjà.

[Rz 68] Certaines législations étrangères prévoient la condition *sine qua none*, lorsqu'un établissement suisse souhaite obtenir une licence dans leur pays, que l'autorité de ce pays ait directement accès, parfois même à distance, aux informations détenues en Suisse. Se pose alors la question de savoir si la transmission de codes ou de moyens informatiques permettant à l'autorité étrangère d'avoir un accès régulier aux serveurs détenus en Suisse tombe sous l'application de l'art. 42c LFINMA.

3.1.2.2. Transmission à d'autres autorités étrangères

[Rz 69] Apparu à la dernière étape du processus législatif sous l'impulsion semble-t-il de banques cantonales[88], **l'alinéa 2** de l'art. 42c LFINMA est quant à lui à la fois plus large et plus précis : les assujettis peuvent certes transmettre directement des informations à **toute autorité étrangère et service mandaté** par celle-ci (y compris non chargés de la surveillance des marchés financiers) mais ces informations doivent uniquement **concerner les opérations propres des assujettis et celles de leurs clients,** toujours sous respect des droits des tiers et clients. Il nous semble ici que la version française de cet alinéa amène un sens plus restrictif lorsqu'elle vise des informations « concernant leurs propres opérations et celles de leurs clients », en comparaison avec la version allemande qui mentionne des informations qui seraient « en relation avec les affaires » des assujettis ou leur clients (« *Informationen, die im Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen* »).

[Rz 70] Dans tous les cas, le terme opération (et *a fortiori* encore plus le terme de la version allemande *Geschäft*), peut englober un grand nombre d'activités variées de la part des assujettis, de sorte que cet alinéa dépasse le cadre pur de la surveillance des marchés financiers, puisque toute autorité étrangère et service mandaté peut être récipiendaire des informations envoyées directement par un assujetti.

[Rz 71] En réalité, si l'on consulte le matériel législatif et les diverses prises de position durant la consultation publique relative à la LIMF, on s'aperçoit qu'il peut s'agir notamment de devoirs en relation avec le droit des sociétés. Swisbanking mentionne par exemple le *UK Companies Act*[89]. L'Union des Banques Cantonales Suisses, dans le même contexte, précise : « *Im Fall der Erfüllung eigener Meldepflichten (bspw. international tätiger Finanzinstitute, die unter Dodd Frank resp.*

87 Voir supra note 49.

88 Conseil des Etats, 2 juin 2016, BO 2015 E 350, 2 juin 2015, CN R. Zanetti (S, SO) et CN en particulier H. German (V, SH).

89 Op. cit. Swissbanking, Vernehmlassung Finanzmarktinfrastructurgesetz, p. 11-12.

EMIR an ein ausländisches Transaktionsregister melden müssen) oder im Rahmen eines Auftrags von (meldepflichtigen) ausländischen Kunden, muss es Schweizer nstituten möglich sein, auch an Transaktionsregister zu melden, welche die Voraussetzungen von Art. 70 i.V.m. Art. 72[90] *nicht erfüllen* »[91]. Cette intervention fait penser aux obligations faites aux *Swap dealers* or *Major Swap Participants* sous le *Dodd-Frank Act* de transmettre des informations les concernant ou celle de leur client à de tels organes. Néanmoins, à notre sens, cela pourrait déjà tomber sous le coup de la définition élargie d'une autorité ou d'organe remplissant des fonctions de surveillance en vertu de la loi, et par conséquent dans le champ d'application de l'art. 42c **al. 1** LFINMA.

[Rz 72] Comme mentionné ci-dessus, de par sa position systématique dans la LFINMA, cette disposition ne semble pas avoir pour but de contourner l'entraide en matière pénale et fiscale, ni l'art. 271 CP, mais bien d'inclure les activités de clients (ou des assujettis pour compte *nostro*) nécessitant un *reporting* régulier et/ou spécifique à des autorités non chargées de la surveillance des marchés financiers en raison d'opérations effectuées ou à effectuer sur les marchés financiers. On pense à des registres du commerce, office d'enregistrement, de *reportings*, voire des banques dépositaires étrangères dont le *reporting* est prévu selon le droit étranger[92]. Il est néanmoins maladroit que l'interprétation de l'art. 42c al. 2 LFINMA ne ressorte pas clairement du texte de loi ni des débats parlementaires et s'ouvre dès lors à de futures contestations.

3.1.3. Questions ouvertes

[Rz 73] Parmi les questions encore ouvertes, deux nous semblent d'intérêt. D'une part, il sera important d'apporter une attention particulière quant aux modalités de renonciation aux droits des tiers et clients. La question de savoir si un client peut renoncer par avance par le biais des conditions générales à ses droits procéduraux garantis normalement lors de la procédure d'entraide menée par la FINMA devra être analysée avec soin. Ceci est d'autant plus délicat, lorsque les demandes des autorités étrangères visent directement le client et non l'assujetti, par exemple en matière d'abus de marchés. On peut encore se demander si l'assujetti peut transmettre à une autorité étrangère l'identité de son client, si celui-ci est directement en litige contre l'assujetti pour les mêmes faits intéressant l'autorité étrangère.

[Rz 74] D'autre part, la question de l'application de l'art. $4^{quinquies}$ de la Loi sur les banques (LB) en lieu et place de l'art. 42c LFINMA doit être également analysée. L'art. $4^{quinquies}$ LB est à la fois plus restrictif dans son but (« contrôle interne ou de surveillance directe »), ses récipiendaires (« la société mère et l'autorité compétente pour la surveillance consolidée ») et la nature des informations transmises (« nécessaires à la surveillance consolidée ») que l'art. 42c LFINMA, mais permet la transmission d'informations clients sans leur accord ni information préalable. La banque devra alors décider à chaque transmission si elle souhaite opter pour l'application de l'art. $4^{quinquies}$ LB ou de l'art. 42c LFINMA.

---

90 Maintenant art. 78 et 80 LIMF.

91 Union des Banques Cantonales Suisses, Stellungnhame zum Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastruktur, 28 août 2014, p. 9, art. 70 LIMF.

92 Voir également U. Zulauf, Kooperation oder Obstruktion, 20 Jahre Amtshilfe im Finanzmarkt – recht vom Börsengesetz zum FINFRAG, GesKR 3, 2015, p. 337, en particulier p. 349-350. Au surplus, il est douteux d'y inclure des cellules de renseignements financiers d'ordre purement pénal (ex. *FIUs*).

3.2. Contrôle et blocage de la FINMA

[Rz 75] Si les dispositions en vigueur permettent un assouplissement et une rapidité de réaction des assujettis vis-à-vis des autorités étrangères, le législateur a souhaité donner les moyens à la FINMA d'exercer sur ces flux d'informations un contrôle soumis à son pouvoir d'appréciation.

[Rz 76] Ainsi, lorsque la FINMA a connaissance d'une transmission directe à venir, soit de sa propre initiative ou soit sur **avis d'un assujetti** (art. 42c al. 3 LFINMA), elle dispose de la possibilité de **réserver l'entraide** (al. 4) ou de bloquer une transmission au moyen d'un ***Supervisory Privilege*** (al. 5). A notre sens, tant l'alinéa 4 que 5 sont indépendants de l'alinéa 3. Ceci a pour conséquence que les pouvoirs conférés à la FINMA peuvent être exercés indépendamment d'une communication préalable au sens de l'alinéa 3. Enfin, ces pouvoirs de contrôle peuvent s'exercer sur l'intégralité d'une transmission ou, selon le principe *a majore ad minus*, sur une partie des documents à transmettre (p. ex. sur les informations concernant les clients ou les employés).

3.2.1. Communication pour transmission d'importance

[Rz 77] Par renvoi à l'art. 29 al. 2 FINMA[93], l'art. 42c al. 3 LFINMA impose aux assujettis d'annoncer à la FINMA toute transmission constituant de par son contenu ou ses conséquences un « fait important » au sens de la surveillance prudentielle[94]. Le Message relatif à l'art. 29 al. 2 LFINMA mentionne par exemple de graves problèmes de trésorerie, de personnel ou d'organisation, des difficultés avec des autorités étrangères ou de changements de stratégie qui ont essentiellement des effets sur les risques d'un assujetti[95]. On peut également penser à des poursuites pénales ou civiles graves pour l'assujetti, ses clients, ou des tiers (p. ex. des employés). On pensera encore à la transmission d'informations sensibles liées au capital et à la liquidité d'une institution déployant ses activités uniquement sur le territoire suisse. *A contrario*, les *reportings* réguliers *on a rolling basis* d'importance insignifiante ou encore les informations, situées en Suisse, mais ne concernant que des activités tombant sous la surveillance de l'autorité étrangère requérante (p. ex. données étrangères sauvegardées en Suisse, selon le principe de *l'Outsourcing*), ne semble *a priori* pas relever de faits importants. En cas de doute, l'assujetti devrait annoncer la transmission à la FINMA.

[Rz 78] La forme de la communication à la FINMA n'est pas relevante et peut intervenir à notre sens par courriel. Néanmoins, quelle que soit sa forme, **le contenu de la communication** devrait présenter les informations à transmettre ainsi que la ou les raisons pour lesquelles l'institution estime que la transmission constitue un fait important au regard de la surveillance. L'assujetti devrait être en mesure d'expliquer la portée et les conséquences d'une telle transmission sur lui-même, voire sur les tiers et les clients. Ceci permettra à la FINMA d'effectuer une **pesée des intérêts** entre l'intérêt à transmettre ou laisser transmettre les données et l'intérêt à réserver la voie de l'entraide ou à exercer le *Supervisory Privilege*.

---

93 La mention de l'art. 29 al. 2 LFINMA permet d'apporter un éclairage sur la notion de « fait important », sans qu'il ne s'agisse de la même communication. Il peut donc y avoir deux communications : l'une au sens de l'art. 29 al. 2 LFINMA et une autre au sens de l'art. 42 al. 3 LFINMA.

94 Il faut lire *transmission* d'informations et non *communication*. La version allemande de la loi mentionne le terme de *Übermittlung*.

95 Message concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers LAUFIN, FF 2006 2741, *2792*.

[Rz 79] Tant les **intérêts privés que publics** peuvent être nombreux et parfois contradictoires en eux-mêmes. D'un point de vue des intérêts publics, on relèvera l'intérêt pour les autorités étrangères d'exercer une surveillance adéquate, l'intérêt public d'assurer la pérennité et la stabilité du système financier et de la place financière suisse[96], l'intérêt de la FINMA d'assurer une coopération effective, mais à l'inverse l'intérêt à ne pas voir transmises des informations relevant de son processus de surveillance[97]. Du point de vue des intérêts privés, on notera l'intérêt des assujettis (voire des clients et des tiers) à démontrer leur volonté de collaborer avec les autorités nationales et internationales ou à offrir des prestations et services sur les marchés étrangers. A l'inverse, on notera l'intérêt des assujettis à ce que les autorités étrangères n'aient pas accès à certaines données les concernant ou encore l'intérêt des tiers tels que les employés à ne pas voir leurs données transmises à l'étranger[98].

[Rz 80] En vertu du principe de célérité de l'administration, le traitement par la FINMA de telles communications et des demandes de transmission directe devrait être diligente. Elle pourra alors décider si elle réserve l'entraide (par. 3.2.2) ou si elle exerce son *Supervisory Privilege* (par. 3.2.3)

3.2.2. Réserve de l'entraide

[Rz 81] Par le biais de l'art. 42c al. 4 LFINMA, la FINMA peut **réserver l'entraide administrative** (renvoi aux art. 42 et 42a LFINMA) lorsqu'elle a connaissance d'une transmission à venir, indépendamment du fait d'avoir reçu une communication au sens de l'alinéa 3. Néanmoins, dans ce dernier cas, le message précise que « la FINMA doit vérifier, avant la transmission éventuelle, que les conditions pour une transmission par la voie de l'assistance administrative sont réunies. **Si la FINMA n'exprime aucune réserve de sa propre initiative, une information peut être livrée** si les conditions qui figurent à l'al. 1 sont remplies[99] ». Tel pourrait être le cas s'il existe un soupçon de retransmission d'informations à des autorités hors du cercle prévu par l'art. 42 al. 2 let a *in fine* LFINMA (p. ex. fiscales) ou lorsque la FINMA a un intérêt à considérer pour elle-même l'ouverture d'une enquête préliminaire, notamment en matière d'abus de marché.

[Rz 82] La FINMA ne pouvant octroyer l'entraide qu'aux autorités de surveillance des marchés financiers, elle ne pourra, à notre sens, pas réserver l'entraide pour les autorités visées par les cas d'application art. 42c al. 2LFINMA[100]. Elle pourra néanmoins exercer son *Supervisory Privilege*.

3.2.3. Supervisory Privilege

[Rz 83] Par le biais de l'art. 42c al. 5 LFINMA, le Parlement a introduit la possibilité pour la FINMA d'exercer un ***Supervisory Privilege***[101]. Jusqu'à son entrée en vigueur, la FINMA ne disposait

96 Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, en matière fiscale, G.S.B c/ Suisse, 22 décembre 2015, nř 28601/11, par. 83., 87, 93 (not. la constatation que des données bancaires, informations purement financières, ne constituent pas des données intimes et ne méritent pas de protection accrue), 94 et 97 (caractère peu personnel des données bancaires).

97 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1058/2014 du 28 août 2015, consid. 3.2.

98 Voir not. arrêt du Tribunal de première instance de la République et du Canton de Genève, CREDIT SUISSE c/ X, du 28 mai 2015, not. consid. F.

99 Message ad art. 42c LFINMA, FF 2014 7235, *7372*.

100 Art. 42c al. 2 et al. 4 LFINMA e.r. avec l'art. 42c al.2 LFINMA.

101 Rien dans le message n'aborde cet alinéa, très probablement en raison de son introduction tardive dans le processus législatif.

pas d'une disposition légale claire en la matière, ce que le Tribunal fédéral a d'ailleurs rappelé en confirmant l'absence d'un *Supervisory Privilege* sans base légale expresse[102]. De par sa disposition dans la Section collaboration avec les autorités étrangères, et plus particulièrement à l'art. 42c LFINMA, le Supervisory Privilege ne semble applicable qu'aux transmissions directes par les assujettis à l'étranger. Reste ouverte la question de savoir si la FINMA peut bloquer une publication et (re)transmission effectuées par un assujetti à l'encontre de toute autorité ou uniquement à celles de surveillance des marchés financiers.

[Rz 84] L'article 42c al. 5 LFINMA prévoit que dans l'intérêt de l'accomplissement de ses tâches, la FINMA peut soumettre à son approbation la transmission, la publication[103], ou la retransmission[104] de documents découlant de la relation de surveillance, pour autant que des intérêts prépondérants privés ou publics ne s'y opposent pas. Ceci nécessite :

1. la présence de documents découlant de la relation de surveillance entre la FINMA et l'assujetti,
2. la potentialité d'une transmission, publication ou retransmission de tels documents, et
3. une balance des intérêts entre l'intérêt d'accomplissement par la FINMA de ses tâches, et les intérêts prépondérants privés et publics[105].

[Rz 85] La principale difficulté de cette disposition tient à l'accumulation de notions juridiques indéterminées, telles que « accomplissement de ses tâches », « relation de surveillance », « intérêts prépondérants privés ou publics », laissant un large pouvoir d'appréciation à la FINMA.

[Rz 86] Disposition s'inspirant du droit anglo-saxon[106], on pourrait s'attendre à ce que **découlent de la relation de surveillance**, toute la correspondance et communication entre l'assujetti et la FINMA[107] et tous documents émis à l'occasion de l'exercice de son activité de surveillance tels que les décisions (autorisation, Enforcement, etc.), les rapports de surveillance, voire les rapports internes en vue d'être produits à la FINMA à sa demande (p. ex. enquêtes internes). Si la notion de document tombant sous la relation de surveillance est large, c'est au moment d'évaluer si elle exerce ou non le *Supervisory Privilege* que la FINMA devra examiner, au cas par cas, quels documents tombent précisément sous cette interdiction. Si l'exercice de ce droit ne peut se faire que depuis 2016, il peut néanmoins s'exercer sur des documents ayant été émis avant le 1er janvier 2016.

[Rz 87] Comme pour l'art. 42c al. 3 LFINMA, les notions **d'intérêts privés, publics** en particulier **de la FINMA**, peuvent être variés et contradictoires en eux-mêmes (supra 3.2.1). Afin de déterminer si elle exerce son droit de blocage, la FINMA devra alors soigneusement effectuer une balance de tous les intérêts en présence, y compris celui de sa propre surveillance. En effet, l'autorité suisse peut avoir un intérêt particulier à protéger sa relation de surveillance établie avec l'assujetti.

---

102 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1058/2014 du 28 août 2015 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5579/2013 du 14 octobre 2014.

103 On pense notamment aux *US litigation releases* intervenant sur Internet.

104 La version française ne mentionne pas la retransmission ; néanmoins la version allemande de l'art. 42*c* al. 5 LFINMA est plus claire : « Sie kann die Übermittlung, die Veröffentlichung **oder die Weitergabe** von Akten aus dem Aufsichtsverhältnis von ihrer Zustimmung abhängig machen, wenn dies im Interesse der Erfüllung ihrer Aufgaben liegt und keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen ».

105 En ce sens, la version allemande est plus précise puisque le texte met ensemble tous les intérêts en pondération et ne sépare pas l'intérêt de la FINMA en début de phrase, puis les intérêts privés et publics en fin de phrase.

106 Voir par exemple FDIC 12 CFR, § 309 et subq., FED 12 CFR 261 et subq, OCC 12 CFR § 431 et subq, financial institution supervisory priviliege au Delaware.

107 Ou ses chargés d'enquêtes, d'audits ou mandataires pour les procédures d'enquêtes en cas d'activité exercées sans autorisation, de liquidation, d'assainissement ou de faillite.

Le succès de cette relation de surveillance dépend notamment du lien de confiance, tissé parfois au gré d'échanges informels, entre l'assujetti et le régulateur. Ceci laisse alors présupposer que les deux parties peuvent échanger librement sans forcément voir leurs échanges transmis à de tierces parties[108]. Chaque cas pouvant amener des intérêts en présence différents, c'est ici qu'une pratique établie de la FINMA sera nécessaire à l'avenir.

[Rz 88] Dans tous les cas et à la lumière du principe de proportionnalité, il est douteux qu'il soit possible d'exercer le *Supervisory Privilege* sur l'intégralité de documents existants tombant sous la relation de surveillance, ni d'ailleurs durant une période indéterminée ou encore à l'encontre d'un nombre étendu d'autorités étrangères. Dans tous les cas, il s'agit ici aussi d'un moyen à disposition de la FINMA et non d'une obligation d'utiliser cette interdiction.

4. Contrôles sur place

[Rz 89] Derniers éléments rattachés à l'évolution du cadre international, les audits hors du pays d'origine (appelés également contrôles sur place ou *On-site inspections*) se sont considérablement développés ces dernières années, notamment en raison de la mise en place en Suisse de mécanismes de *Crisis Management* et d'*Independent Monitor*s. Les contrôles sur place représentent l'outil le plus adapté par les autorités de surveillance pour acquérir une vision globale. Et c'est ici que les règles de la coopération internationale deviennent cruciales surtout lorsqu'il s'agit d'évaluer les risques potentiels à chaque établissement d'un groupe implanté dans le monde entier. A la différence de l'art. 42c LFINMA qui nécessite une transmission transfrontalière depuis le sol suisse, les contrôles sur place autorisent la présence d'autorités étrangères sur le sol Suisse et, inversement de la FINMA sur sol étranger. Nous nous concentrerons ici uniquement sur les *On-site inspections* des autorités étrangères sur le sol suisse.

4.1. Un assouplissement apparent

[Rz 91] Afin de respecter les standards internationaux et européens notamment en matière de blanchiment d'argent[109], l'art. 43 al. 3ter LFINMA permet aux autorités étrangères chargées de la surveillance consolidée (*Home Regulator*) de consulter un nombre **limité** de dossiers individuels de clients suite à un choix **aléatoire** et selon des critères fixés au préalable.

4.2. Encadré par la FINMA

[Rz 92] Si l'élargissement du cadre de l'art. 43 LFINMA notamment l'alinéa 3ter est bienvenu, il n'en reste pas moins qu'un certain nombre de contrôles restent présents.

---

108 Voir par. ex. arrêt de la D.C. Circuit Court of Appeals : « *Because bank supervision is relatively informal and more or less continuous, so too must be the flow of communication between the bank and the regulatory agency. Bank management must be open and forthcoming in response to the inquiries of bank examiners, and the examiners must in turn be frank in expressing their concerns about the bank. These conditions simply could not be met as well if communications between the bank and its regulators were not privileged.* » (Nous soulignons). In re Subpoena served upon the Comptroller of the Currency and the Secretary of the Board of Governors of the Federal Reserve System, 967 F.2d 630, 634

109 Ex. Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (LCB/FT).

[Rz 93] D'abord, la consultation de dossiers individuels reste l'apanage des autorités dites *Home Regulator*. Ainsi, si d'autres autorités souhaitent obtenir des informations protégées par le *private banking carve-out* à **d'autres fins** que celles de la surveillance consolidée, la FINMA doit, conformément à l'art. 43 al. 3bis LFINMA, recueillir elle-même les informations et les retransmettre en menant une procédure-client selon l'art. 42a LFINMA[110]. Bien que possible, une telle procédure n'a jamais été utilisée à ce jour, en raison notamment de la question de l'application de la notion de tiers non impliqué dans une procédure de contrôle sur place visant uniquement un institut et non les clients eux-mêmes[111]. Sur cette question, le Message a permis de préciser la situation considérant les clients comme nécessairement « impliqués » dans certains cas[112].

[Rz 94] Ensuite, il appartient à la FINMA d'apprécier les **critères d'accès aux dossiers** clients fixés à l'avance dans la requête d'autorisation de l'autorité requérante selon l'art. 43 LFINMA et de déterminer ce qui est entendu (et attendu) par « nombre limité » de clients. Ceci devrait varier selon le type d'institution, le nombre de comptes sous gestion ou encore le type de contrôle sur place (blanchiment, audition du management, implémentation d'un *Monitor* selon les termes précis d'un *Deferred Prosecution Agreement* ou *Non-Prosecution Agreement* liant le groupe à l'échelle mondiale). C'est précisément dans le contexte de l'émission de la requête d'autorisation et de son autorisation par la FINMA, que cette dernière, faute de pouvoir appliquer l'art. 42c al. 5 LFINMA (*Supervisory Privilege*), pourrait émettre au cas par cas les conditions et le cadre des visites sur place prévues par les autorités étrangères ou leurs organes mandatés. On pense notamment à la restriction d'accès à certains documents ou emails sensibles aux yeux du régulateur suisse. Il sera ici encore nécessaire que la FINMA établisse une pratique constante en la matière.

[Rz 95] Par ailleurs, selon la pratique actuellement en vigueur, les autorités étrangères ne sont pas autorisées à emporter les dossiers examinés et les informations que ceux-ci contiennent permettant d'identifier les clients. Si, dans le cadre de leurs activités de surveillance, les autorités étrangères s'intéressent aux informations permettant d'identifier les clients, elles doivent comme auparavant passer par l'assistance administrative. Les banques peuvent également faire usage de l'art. 4 ^{quinquies} LB, si applicable, ou de l'art. 42c LFINMA[113].

[Rz 96] Enfin, il est regrettable que le législateur n'ait pas forcément adapté l'art. 43 al. 3 LFINMA, mentionnant toujours « des informations permettant d'établir à l'échelle du groupe » quand bien même ne sont plus seulement concernées par l'art. 43 LFINMA les autorités exerçant la surveillance consolidée sur l'établissement étranger en Suisse. On peut alors se demander s'il est vraiment opportun pour des autorités étrangères n'exerçant que la surveillance liée à des ac-

110 L'application de la procédure exceptionnelle en vertu de l'art. 42a al. 5 LFINMA, respectivement le risque de mise en danger par une information préalable aux clients semble limité pour un contrôle prudentiel visant les instituts. Néanmoins, le cas peut être envisageable si le contrôle sur place vise le blanchiment d'argent, certaines personnes politiquement exposées (PEPs) ou des réseaux de personnes soupçonnées de violations graves au droit (pénal) financier.

111 Il s'agit également d'une question de ressources. Lors de contrôles sur place concernant le respect des règles en matière de blanchiment ou de système de contrôles, plusieurs centaines ou milliers de comptes peuvent être concernés. Il est dès lors difficilement praticable d'ouvrir une procédure-client pour chaque compte, tout en sachant que le principe de proportionnalité reste toujours applicable.

112 Message ad art. 42 al. 4 et LFINMA, FF 2014 7235, *7235* : « (…) tant que la connaissance de ces données est importante pour la surveillance des établissements (p. ex. lors du contrôle de prescriptions relatives au traitement des grands risques ou des actifs de personnes politiquement exposées), les clients correspondants doivent être considérés comme « impliqués dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête »).

113 Reste ouverte la question d'une transmission directe selon l'art. 42c LFINMA simultanément à un contrôle sur place en Suisse et dès lors un contournement de l'autorisation délivrée au sens de l'art. 43 LFINMA. Néanmoins, rien n'empêche une transmission directe *a priori* ou *a posteriori*.

tivités transfrontalières sans présence physique sur leur territoire d'obtenir des informations à l'échelle de groupe sur des instituts, notamment de taille importante ou systémique, ayant leur siège au niveau du groupe en Suisse.

5. Conclusion

[Rz 97] Au travers de ces nouvelles dispositions créées, transparait la volonté du législateur d'inscrire la Suisse et sa place financière dans un esprit d'ouverture et de souplesse vis-à-vis de l'étranger, plus particulièrement vis-à-vis des autorités étrangères et organisations internationales. Cette volonté d'ouverture marque un tournant législatif décisif que la pratique avait déjà amorcé depuis quelques années tant au niveau international que suisse. Il était donc nécessaire que la FINMA concourt à une dynamique de coopération réciproque avec ses homologues étrangers et puisse assurer et contribuer à une vision globale de surveillance des marchés financiers. Par ses nouvelles dispositions, la FINMA sera en mesure non seulement d'échanger plus rapidement et amplement avec les autorités étrangères et les organisations internationales mais également de permettre une facilitation des contrôles sur place en Suisse et à l'étranger.

[Rz 98] Parallèlement, l'échange entre assujettis et autorités n'est plus la prérogative des autorités suisses et les assujettis sont dès maintenant en mesure de répondre avec réactivité aux requêtes ou exigences légales et réglementaires étrangères, sans forcément compromettre leurs activités quotidiennes en Suisse ou vers l'étranger.

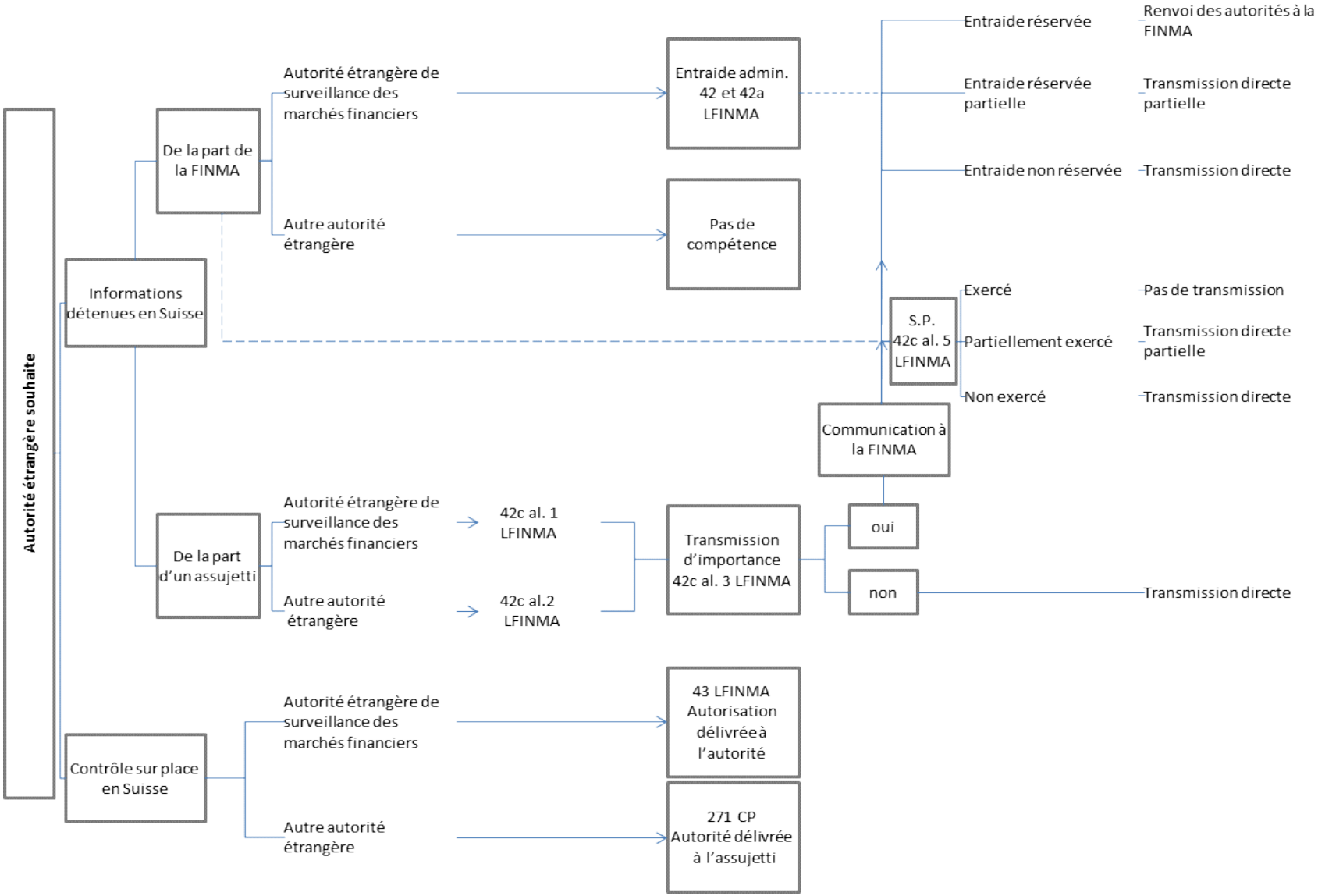
[Rz 99] Néanmoins, s'il est vrai à première vue que les nouvelles dispositions de la coopération internationale permettent un élargissement des échanges de la FINMA et des assujettis avec des autorités étrangères, il n'en reste pas moins que ces dispositions s'accompagnent de cautèles ou moyens de contrôle, que ce soit au travers de principes applicables tel que le principe de proportionnalité ou par l'intervention et le contrôle de la FINMA. Et, bien que ces dispositions aient été envisagées par le législateur dans une optique d'ouverture, il n'en demeure pas moins que celles-ci sont accompagnées de moyens qui peuvent bloquer, restreindre ou retarder cette ouverture vers l'étranger. Une application trop restrictive dans la pratique de tels moyens par la FINMA peut en réalité entraîner rapidement le résultat inverse de celui souhaité par le législateur. A ceci s'ajoute une part supplémentaire d'incertitudes créées par l'introduction dans ces dispositions de nombreuses notions juridiques indéterminées ou du moins abstraites qui alliées aux nouveaux moyens conférés à la FINMA, lui procure un large pouvoir d'appréciation.

[Rz 100] Au-delà de la jurisprudence établie et à venir, c'est alors la pratique de la FINMA, par essence-même non écrite et parfois insondable, qui gagnera à n'en pas douter une importance considérable. L'autorité devra alors adapter sa pratique aux nouveaux moyens qui lui sont conférés. En conséquence, il sera louable que la FINMA développe, pour tous les aspects de la coopération internationale, une pratique stable amenant une sécurité juridique pour tous les acteurs, régulés ou non, de la place financière suisse, pratique accompagnée d'une communication claire.

6. Schema synthétique

Annexe – Schema synthétique.

Schema synthétique



Biba Homsy, avocate et ancienne responsable de la coopération internationale à la FINMA, est titulaire d'un double master en droit avec spécialisation en droit européen.
Cet article représente un avis personnel et n'engage que son auteure.