



Chapitre d'actes

2005

Published version

Open Access

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

L'entraide administrative dans le domaine financier

Bovet, Christian

How to cite

BOVET, Christian. L'entraide administrative dans le domaine financier. In: L'entraide administrative : Journée de droit administratif 2004. Bellanger, François ; Tanquerel, Thierry (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2005. p. 151–180. (Pratique du droit administratif)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:43244>

L'entraide administrative dans le domaine financier*

CHRISTIAN BOVET

Professeur à l'Université de Genève

I. Introduction

La transition est osée ou aisée, au choix. Il y a cependant une certaine logique à présenter cet exposé après le rapport de XAVIER OBERSON¹: prosaïquement, le produit de la fraude fiscale termine généralement sa course sur un compte bancaire, parfois suisse; académiquement, le raisonnement du Tribunal fédéral dans ses récents arrêts appliquant l'article 26 de la Convention entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu du 2 octobre 1996² fait parfois appel à des principes développés dans la jurisprudence sur l'entraide administrative boursière. En particulier, il est intéressant de confronter, dans ces deux domaines de l'assistance administrative internationale, les arguments de notre Haute Cour sur le principe de spécialité et les restrictions mises à la transmission d'informations à une autorité tierce de l'Etat requérant (typiquement, une autorité pénale). En raison de leur importance pratique et des nombreux développements jurisprudentiels, les aspects internationaux constitueront l'essentiel de cette contribution. On ne doit cependant pas négliger l'entraide administrative interne, consacrée dans divers domaines par des règles de droit fédéral spécifiques.

II. Entraide interne

Les conditions générales de l'entraide interne sont décrites de manière détaillée par FRANÇOIS BELLANGER³. A l'évidence, elles s'appliquent aussi dans le domaine financier. Nous les aborderons donc de façon résumée, dans un

* Etat des liens Internet au 31 août 2004.

1 Voir la contribution de XAVIER OBERSON dans le présent ouvrage.

2 RS 0.672.933.61.

3 Voir la contribution de FRANÇOIS BELLANGER dans le présent ouvrage.

essai de synthèse, après une présentation des bases légales fondant des échanges d'informations entre autorités actives dans ce secteur économique.

A. Sources légales et applications

En tant qu'autorité de surveillance, la Commission fédérale des banques (CFB) joue un rôle central dans le monde bancaire et financier. Elle servira aussi de point d'interconnexion entre les différentes autorités administratives et judiciaires.

1. Politique monétaire

L'une des **fonctions** de la CFB est de s'assurer, au travers des dispositifs mis en place par la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB)⁴ et de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (LBVM)⁵, de la solvabilité des établissements soumis à sa surveillance. Les ratios de fonds propres et de liquidités fixés par cette autorité peuvent avoir un certain impact sur la politique monétaire de la Banque nationale suisse (BNS)⁶. De même, les actions de la BNS peuvent influencer les niveaux de solvabilité et de liquidité des banques et négociants en valeurs mobilières⁷. La nouvelle LBN, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2004⁸, illustre bien ces rapports étroits de l'institution avec le système financier, en indiquant expressément que l'une des tâches de la BNS est de contribuer à la stabilité du système financier⁹. Dans son message – qui constitue à de nombreux égards un excellent précis de politique monétaire –, le Conseil fédéral souligne en particulier que:

⁴ RS 952.0.

⁵ RS 954.1.

⁶ Art. 4 LB, 11 ss et 21 ss de l'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (OB; RS 952.02), ainsi que 12 ss LBVM et 29 de l'ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (OBVM; RS 954.11).

⁷ Sur le transfert des règles sur les réserves minimales de l'OB (art. 15 à 20 OB) vers la nouvelle loi sur la Banque nationale du 3 octobre 2003 (LBN; RS 951.131), Cf. Message concernant la révision de la loi sur la Banque nationale du 26 juin 2002 (Message P-LBN), FF 2002 5645, p. 5700 ss et 5763 ss. Eg. abrogation, au 1^{er} janvier 2005, de l'ordonnance fixant le taux applicable à la liquidité de caisse des banques du 26 novembre 1987 (RO 2004 2075), ainsi que l'art. 41 de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la Banque nationale suisse du 18 mars 2004 (Ordonnance de la Banque nationale, OBN; RS 951.131) définissant en partie le régime transitoire applicable.

⁸ ACF du 24 mars 2004 (RO 2004 2002).

⁹ Art. 5, al. 2, let. e, LBN. Eg. art. 9 LBN qui donne une liste des opérations de la BNS avec des «intervenants sur les marchés financiers».

«La stabilité de la valeur d'une monnaie dépend étroitement de la stabilité du système financier. La stabilité des prix et celle du système sont liées de deux manières: d'une part une politique monétaire axée sur la stabilité est une condition essentielle de la stabilité du système financier; des changements abrupts et inattendus du contexte monétaire (niveau des prix, taux d'intérêt, taux de change) peuvent modifier la valeur d'actifs bancaires ou financiers d'une façon telle que la solidité de certains établissements est compromise; d'autre part les impulsions de la politique monétaire sont transmises à l'économie réelle au travers du système financier»¹⁰.

Il n'est donc pas étonnant que la nouvelle LBN ait aussi apporté un certain nombre de modifications à la réglementation bancaire proprement dite¹¹, illustrant ainsi la nécessité pour la CFB et la BNS de coordonner leurs interventions dans leurs domaines de compétences respectifs.

Chacune des réglementations pertinentes autorise respectivement la BNS et la CFB à transmettre des données à l'autre institution; cette permission porte sur tous les renseignements et les documents non accessibles au public dont l'autre autorité a besoin pour s'acquitter de ses tâches¹². Pour la CFB, cette disposition va au-delà de l'article 54 OB, qui vise essentiellement des échanges de données à des fins statistiques¹³. On doit se demander s'il ne conviendrait pas d'abroger formellement cette norme, au vu de ces nouvelles règles légales générales et à l'instar de ce qui a été fait en matière de fonds de placement¹⁴.

Le législateur d'octobre 2003 a encore précisé l'étendue et les modalités de cette collaboration dans le cadre de la double surveillance des **systèmes de paiement et de règlement**¹⁵: la BNS exerce une surveillance sur le plan

¹⁰ Message P-LBN (n. 7), p. 5714 s.

¹¹ Outre les dispositions mentionnées *supra* n. 7, cf. l'Annexe à la LBN modifiant en particulier la LB, la LBVM et la loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (LFP; RS 951.31). A noter que le nouvel art. 4 LB entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2005, et non le 1^{er} mai 2004 comme le reste des dispositions légales révisées (ACF cité *supra* n.8).

¹² Art. 50 LBN, 23^{bis}, al. 3, (nouveau) LB et 34^{bis}, al. 1, (nouveau) LBVM.

¹³ La formulation est cependant ambiguë: en français, «afin de procéder au traitement statistique nécessaire à l'exécution de leurs tâches légale », et en allemand, «*um diese [Daten] zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben statistisch zu bearbeiten*».

¹⁴ Abrogation des art. 64 et 70, al. 1, let. d, LFP.

¹⁵ Par «systèmes de paiement», on entend des dispositifs centraux «reposant sur des règles et des procédures uniformes et servant à l'exécution réciproque de créances et d'engagements monétaires» (Message P-LBN [n.7], p. 5721). Les systèmes de règlement englobent quant à eux «les processus se déroulant entre la conclusion d'une

du risque systémique, *i.e.* la protection de la stabilité du système financier et, en conséquence, de la politique monétaire suisse. Quant à la CFB, sa surveillance (microprudentielle) vise en revanche, conformément à la LB et à la LBVM, les intérêts des créanciers, des investisseurs, de la place financière suisse et des marchés financiers. La nouvelle permet à la CFB de soumettre à autorisation, en tant que banque¹⁶ ou négociant¹⁷, les systèmes de paiement et de règlement, même s'ils ne tombent pas à proprement parler dans le champ d'application de l'une ou l'autre de ces réglementations¹⁸. En conséquence, le droit suisse renforce le devoir général d'échange d'informations de la BNS et de la CFB en leur imposant l'obligation de collaborer étroitement dans ce domaine et en instituant pour chacune des institutions un véritable droit d'être consultée lorsque l'autre prend une décision, voire, dans le cas de la BNS, émet une recommandation, relative à un système de paiement ou de règlement¹⁹.

Bien que moins intense et moins élaboré sur le plan législatif, ce type de collaboration est aussi établi légalement depuis plusieurs années dans le domaine de la **surveillance des prix**²⁰. Au début des années 90, le législateur a fait entrer les intérêts des crédits bancaires, notamment hypothécaires et à la consommation, dans le champ d'application de cette loi²¹. L'article 5 LSPr invite le Surveillant des prix à exercer son activité «de concert avec les milieux intéressés»; pour les intérêts des crédits, il doit agir «en consultant de façon approfondie la Banque nationale et la Commission fédérale des banques». L'expression utilisée par le Parlement – «de façon approfondie» – est importante: la BNS garde la maîtrise exclusive de la politique monétaire, et les actions du Surveillant des prix ne doivent pas interférer avec celle-ci; au contraire, elles doivent la soutenir lorsque la réaction aux mesures de politi-

opération sur titres (généralement à la bourse) et son exécution (transmission, confirmation de créances, virement du paiement et transfert du titre)» (*ibidem*). Les mandats de paiement et de transfert émanant des participants sont pris en charge par une centrale qui fait généralement office de partie contractante unique (*ibidem*).

16 Nouvel art. 1^{bis} LB.

17 Nouvel art. 10^{bis} LBVM.

18 Message P-LBN (n. 7), p. 5829 s.

19 Art. 21, al. 1, LBN, 23^{bis}, al. 4, LB et 34^{bis}, al. 2, LBVM. Sur ces questions, Message P-LBN (n. 7), p. 5714 ss, 5774 s. et 5835 s.

20 Loi fédérale concernant la surveillance des prix du 20 décembre 1985 (LSPr; RS 942.20).

21 Art. 1 LSPr introduit par la loi fédérale du 22 mars 1991 et entré en vigueur le 1^{er} octobre 1991 (RO 1991 2092 s.).

que monétaire de la BNS est empêchée, limitée ou retardée par des accords en matière de concurrence ou des entreprises puissantes sur le marché²².

2. Concurrence

Cette collaboration entre autorités intervient également dans le domaine du contrôle des concentrations bancaires. On rappellera qu'en Suisse, à l'instar du régime institué dans l'Union européenne, les concentrations (fusions, prises de contrôle et entreprises communes)²³ doivent faire l'objet d'une notification à la Commission de la concurrence (Comco), lorsqu'elles atteignent certaines valeurs-seuils²⁴ ou qu'elles concernent un marché pour lequel une des entreprises participantes a fait l'objet d'une décision établissant une position dominante²⁵. Dans le domaine bancaire, la LCart met en place un régime spécial qui s'articule de la manière suivante:

- L'article 10, alinéa 3, LCart prévoit que la CFB se substitue à la Comco et, en conséquence, est compétente pour apprécier une concentration bancaire, lorsque cette opération «est jugée nécessaire [...] pour protéger les créanciers». Tel sera en particulier le cas lorsque l'établissement-cible est insolvable ou ne remplit plus les exigences de fonds propres et de liquidités fixées par la réglementation bancaire²⁶. Pour permettre à la CFB de se déterminer, la Comco adresse systématiquement à sa commission sœur un avis l'informant de la notification d'une concentration bancaire²⁷. La CFB peut alors, toutes conditions remplies, faire valoir sa compétence spéciale; dans ce cas, avant de rendre sa décision, elle *doit* consulter la Comco sur les aspects de politique de la concurrence²⁸. A ce jour, la CFB n'a jamais invoqué l'article 10, alinéa 3, LCart, et toutes les concentrations bancaires ont été appréciées en Suisse par la Comco.

²² JACQUES BONVIN, «Commentaire de l'article 5 LSP», in: TERCIER/BOVET (éd.), *Commentaire romand du droit de la concurrence*, Genève, Bâle, Munich, 2002, n^o 15.

²³ Art. 4, al. 3, de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251), ainsi qu'art. 1 et 2 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996 (OCCE; RS 251.4).

²⁴ Art. 9, al. 1 et 3, (pour les banques) LCart et 3 ss OCCE (en particulier art. 8 OCCE, pour les banques).

²⁵ Art. 9, al. 4, LCart.

²⁶ *Supra* n. 7.

²⁷ Art. 10 OCCE. Voir ég. art. 17 OCCE, qui permet à la CFB d'autoriser provisoirement la réalisation d'une concentration bancaire, même avant la réception de la notification.

²⁸ Art. 10, al. 3, LCart *in fine*.

- En dehors de l'hypothèse de l'article 10, alinéa 3, LCart, la Comco apprécie les concentrations bancaires conformément aux règles ordinaires; elle *peut* cependant consulter la CFB²⁹.

L'autorité de la concurrence pourra en outre avoir recours dans son enquête aux mesures de l'article 41 LCart, qui impose aux services de la Confédération et des cantons une véritable **obligation de coopérer** aux recherches de la Comco et surtout de son Secrétariat et, notamment, de mettre à leur disposition les pièces nécessaires³⁰. A ce jour, les cas d'application de ce type d'entraide administrative semblent rares, sous réserve de demandes d'informations à l'Office fédéral de la statistique. La situation pourrait évoluer vers une intensification de ces relations, si la Comco fait usage des nouveaux pouvoirs d'enquête qui lui ont été accordés lors de la révision de l'article 42 LCart³¹: l'application du droit pénal administratif implique en effet souvent l'intervention d'autorités cantonales³².

3. *Justice pénale*

L'un des nombreux développements de l'affaire de la Banque cantonale de Genève (BCGe) a donné lieu à une décision de notre plus haute juridiction sur la procédure relative à l'assistance mutuelle entre les autorités fédérales et cantonales dans le domaine péna³³. La CFB avait déjà été confrontée à quelques reprises à des demandes provenant d'autorités pénales³⁴, mais probablement jamais avec une telle ampleur. En l'espèce, le juge d'instruction

²⁹ CHRISTIAN BOVET, «Commentaire de l'article 32 LCart», in: TERCIER/BOVET (n. 22), n° 87 s. (avec d'autres références).

³⁰ BENOÎT CARRON, «Commentaire de l'article 41 LCart», in: TERCIER/BOVET (n. 22), n° 8, étend ce droit au Conseil fédéral et à la Commission de recours pour les questions de concurrence, dans la mesure où ils constituent les deux des «autorités en matière de concurrence» selon la terminologie employée dans cette disposition.

³¹ Nouvelle du 20 juin 2003, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004 (RO 2004 1385).

³² Sur ces questions, CHRISTIAN BOVET, «Innovations procédurales et *dawn raids*: embuscades ou embûches?», in: STOFFEL/ZAECH (éd.), *Kartellrevision 2003 – Neuerungen und Folgen*, Zurich, 2004, p. 281.

³³ Art. 352 ss du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0). ATF 129/2003 IV 141, *Commission fédérale des banques*.

³⁴ En particulier, Bulletin CFB 33/1997, p. 47 ss (TF, 20.10.1997), publié ég. in ATF 123/1997 IV 157, *Untersuchungsrichteramt Solothurn*. A ce sujet, CHRISTIAN BOVET/CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER, «Jurisprudence administrative récente», in: THÉVENOZ/BOVET (éd.), *Journée 1999 de droit bancaire et financier*, Berne, 2000, p. 202 s.

genevois avait invité la CFB à lui remettre divers documents relatifs aux difficultés qu'a rencontrées la BCGe, en particulier dans le domaine des crédits. Les procès-verbaux de délibérations de la CFB ainsi que d'autres documents internes figuraient parmi les pièces requises. L'autorité de surveillance bancaire a refusé de transmettre ces informations, nonobstant la menace du juge d'instruction d'exercer de réelles mesures de contrainte. Suite à une demande en constatation de la CFB³⁵, la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral a:

- d'une part, admis l'accès auxdits documents, malgré une motivation «sommaire et relativement indéterminée» de la demande du juge, considérant **sur le principe** que la requête de l'autorité pénale cantonale était fondée juridiquement³⁶;
- d'autre part, posé comme exigences (i) que le tri soit effectué par le juge dans les locaux de la CFB et (ii) que ce dernier présente les documents dont il entend obtenir copie voire emporter comme original, la CFB gardant alors la possibilité de former opposition devant la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral³⁷.

L'expérience dira si la seconde partie de cette décision ne revient pas en réalité à mettre des obstacles suffisamment importants au travail du magistrat enquêteur pour le décourager d'accomplir sa tâche conformément au principe énoncé en tête.

³⁵ Art. 357 CP en relation avec art. 27, al. 5, de la loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (PPF; RS 312.0).

³⁶ ATF 129/2003 IV 141, *Commission fédérale des banques* (n. 33), consid. 3.2. On ne saurait étendre cette jurisprudence à d'autres situations, indépendantes d'une procédure d'entraide interne en matière pénale. Par exemple, une partie à une procédure devant la CFB ne peut pas faire valoir de droit à la consultation de la documentation relative aux séances de cette autorité; le procès-verbal des délibérations sert seulement à la formation de la volonté interne de la Commission et n'est en conséquence pas soumis au droit à l'accès au dossier (*Akteneinsichtsrecht*). Bulletin CFB 43/2003, p. 15, consid. 2.2.1 (TF, 22.05.2002, liquidation d'une succursale de fait en Suisse d'un négociant en valeurs mobilières étranger). Rappel de la jurisprudence antérieure: Arrêt TF du 20 décembre 2001, cause 2A.349/2001, consid. 3b/aa.

³⁷ ATF 129/2003 IV 141, *Commission fédérale des banques* (n. 33), consid. 3.5.

4. *Bourse*

La réglementation bancaire et financière laisse une large part à l'autoréglementation (ou «autorégulation») ³⁸. Les articles 4 et 6 LBVM donnent expressément à la Bourse suisse (*SWX Swiss Exchange*) une certaine liberté dans son organisation et, surtout, lui confient la surveillance principale du marché ³⁹. Plus précisément, la *SWX* «surveille la formation des cours, la conclusion et l'exécution des transactions, de sorte que les délits d'initiés ou de manipulation de cours ou d'autres violations de dispositions légales puissent être détectés» ⁴⁰; ces tâches sont pour l'essentiel confiées à un organe interne de surveillance ⁴¹. Elle doit annoncer à la CFB tout soupçon d'infraction à la loi ou d'autres irrégularités; l'autorité de surveillance ordonne les enquêtes nécessaires ⁴². Celle-ci peut charger la *SWX*, un organe de révision ou d'autres experts de mener les investigations ⁴³.

Ces mécanismes ne constituent pas à proprement parler une entraide administrative, dans la mesure où, notamment, la *SWX* est une société anonyme de droit privé, dont l'activité est sujette à autorisation et qui édicte des règlements de droit privé soumis à l'approbation de la CFB ⁴⁴. Ce régime présente cependant un certain intérêt dans le contexte général de cette contribution, d'une part, parce que le système de surveillance du marché par la *SWX* repose sur une **délégation administrative** donnant à cet organisme des fonctions fondées sur le droit public et, d'autre part, parce qu'on retrouve en partie ce système – quoique sous une forme plus complexe – dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent ⁴⁵. Or, si l'on considère généralement en Suisse que dans le domaine boursier la délégation de la surveillance

³⁸ JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, (*Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-*) *réglementation en matière bancaire et financière. Thèses pour un état des lieux en droit suisse*, Rapport à la Société suisse des juristes 2004/5, p. 479 ss.

³⁹ Eg. art. 13 OBVM (Approbation des règlements des bourses).

⁴⁰ Art. 6, al. 1, LBVM.

⁴¹ Art. 8 OBVM. Art. 11.1 du Règlement d'organisation SWX, du 22 novembre 2002, disponible sur le site Internet de la SWX à l'adresse www.swx.com/swx/rules_organisation_fr.html.

⁴² Art. 6, al. 2, LBVM.

⁴³ Art. 11 OBVM.

⁴⁴ DANIEL DAENIKER, «Commentaire de l'article 4 LBVM (BEHG)», in: VOGT/WATTER (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht*, Bâle, Genève, Munich, 1999, n° 8 et 13.

⁴⁵ Voir *infra* II, A, 5.

est le seul régime adéquat, il faut aussi en relever les faiblesses, sur le plan de la surveillance des émetteurs (clients de la bourse) comme de la surveillance des investisseurs (absence de liens corporatistes ou contractuels avec ceux-là)⁴⁶. Les autorités manqueraient aussi de moyens administratifs et pénaux suffisants pour sanctionner les auteurs d'infractions⁴⁷.

5. *Lutte contre le blanchiment*

En Suisse, la lutte contre le blanchiment d'argent repose sur une multitude de sources légales et (auto)réglementaires⁴⁸: les articles 260^{ter}, 305^{bis} et 305^{ter} CP; la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (LBA)⁴⁹ et diverses ordonnances du Conseil fédéral⁵⁰, ainsi qu'une ordonnance⁵¹ et des circulaires de l'Autorité de contrôle mettant en œuvre cette loi⁵²; une ordonnance de la CFB⁵³; la Convention de diligence des banques édictée par l'Association suisse des banquiers (ASB)⁵⁴; et les différents statuts, règlements, codes de conduite, etc. des organismes d'autorégulation agréés (OAR)⁵⁵. Cette **complexité réglementaire** se retrouve dans la structure mise en place pour l'application de ces différentes sources:

⁴⁶ ZUFFEREY (n. 38), p. 597 ss.

⁴⁷ *Idem*, p. 598.

⁴⁸ L'ensemble de ces textes a été réuni par LUC THÉVENOZ/URS ZULAUF (éd.), *BF Blanchiment. Réglementation et autoréglementation de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme en Suisse*, Zurich, Bâle, Genève, 2004 («BF Blanchiment»). Il est fait abstraction dans cette section des sources internationales.

⁴⁹ RS 955.0. BF Blanchiment (n. 48) 20-1.

⁵⁰ Voir les ordonnances figurant au RS 955.23 et 955.22. BF Blanchiment (n. 48) 20-2, 20-3.

⁵¹ Ordonnance de l'OFAP en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 30 août 1999 (OBA; RS 955.032). BF Blanchiment (n. 48) 34-1.

⁵² Ces circulaires et d'autres textes sont disponibles sur le site Internet de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent à l'adresse www.gwg.admin.ch/fr/reguli/grund.htm. BF Blanchiment (n. 48) 33-1 ss.

⁵³ Ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 18 décembre 2002 (OBA-CFB; RS 955.022). BF Blanchiment (n. 48) 31-2.

⁵⁴ Convention relative à l'obligation de diligence des banques du 2 décembre 2002, disponible sur le site Internet de l'ASB à l'adresse www.swissbanking.org/fr/shop.htm. BF Blanchiment (n. 48) 45-33.

⁵⁵ Pour une liste complète de ces documents et les textes eux-mêmes, BF Blanchiment (n. 48) 58.

- les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales sont chargées de vérifier l'application par les intermédiaires financiers qui leur sont assujettis des règles matérielles de la LBA⁵⁶;
- les autres intermédiaires financiers doivent s'affilier à un OAR ou à défaut obtenir une autorisation d'exercer de l'Autorité de contrôle, qui agit alors en outre comme autorité de surveillance LBA dans ce cadre⁵⁷;
- l'Autorité de contrôle est par ailleurs en charge de la surveillance des OAR, à qui notamment elle octroie ou retire la reconnaissance et dont elle approuve les règlements⁵⁸;
- le Bureau de communication, un organisme rattaché à l'Office fédéral de la police, reçoit et traite les informations qui lui sont transmises par les intermédiaires financiers et les divers organismes LBA⁵⁹;
- en fin de compte, lorsque le Bureau de communication «présume, sur la base de soupçons fondés, qu'une des infractions mentionnées à l'article 260^{ter}, chiffre 1, 305^{bis} ou 305^{ter} du code pénal a été commise, que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs, il dénonce immédiatement le cas à l'autorité de poursuite pénale compétente»⁶⁰.

Tentant de mettre en place un régime cohérent malgré cette diversité des sources et cette complexité des structures, le législateur a pris une série de mesures: en premier lieu, il a exigé des autorités de surveillance spéciales et de l'Autorité de contrôle qu'elles veillent à ce que les dispositions applicables dans leurs domaines de surveillance soient équivalentes⁶¹. En deuxième lieu, il a imposé aux OAR de signaler à l'Autorité de contrôle les intermédiaires financiers auxquels ils ont refusé ou retiré l'affiliation; ces OAR doivent en outre fournir à l'Autorité de contrôle un rapport au moins annuel et tenir à disposition de celle-ci des documents sur les contrôles qu'ils effectuent et les procédures appliquées en matière de sanctions⁶². Enfin et surtout, l'article 29

⁵⁶ Art. 12 et 16 LBA.

⁵⁷ Art. 13, 14 et 24 ss LBA.

⁵⁸ Art. 18 LBA.

⁵⁹ Art. 9 à 11, 21, 23 et 27 LBA.

⁶⁰ Art. 23, al. 4, LBA.

⁶¹ Art. 15 LBA.

⁶² Art. 27, al. 1 à 3, LBA.

LBA consacre, de façon précise et étendue à la fois, l'entraide administrative entre les autorités suisses impliquées dans la lutte contre le blanchiment⁶³. Il mérite d'être cité ici *in extenso*:

«¹ Les autorités de surveillance instituées par des lois spéciales, l'autorité de contrôle et le bureau de communication peuvent échanger toutes les informations et tous les documents nécessaires à l'application de la présente loi.

² Les autorités cantonales de poursuite pénale annoncent au bureau de communication toutes les procédures pendantes en rapport avec les articles 260^{ter}, chiffre 1, 305^{bis} et 305^{ter} du code pénal de même que les jugements et les décisions de non-lieu.

³ Le bureau de communication informe l'autorité de contrôle ou l'autorité de surveillance instituée par une loi spéciale des décisions rendues par les autorités cantonales de poursuite pénale».

B. Essai de synthèse

Dans le domaine bancaire et financier, les **sources** de l'entraide entre autorités suisses sont multiples: celle-ci repose sur des dispositions de droit administratif «classique», sur des règles du CP et sur des règles de droit administratif fortement interconnectées à des normes pénales.

L'entraide administrative vise ici essentiellement à instituer en **véritables devoirs légaux** la transmission d'informations et la collaboration entre autorités chargées de surveiller ou d'intervenir dans ce secteur économique. Cela tient, d'une part, à la nature des données – généralement sensibles et souvent confidentielles – qui sont échangées entre les autorités. D'autre part, la coopération et la coordination dans les actions entreprises s'imposent en raison de l'ampleur des intérêts économiques en jeu. Par exemple, l'impact de la politique monétaire sur l'économie réelle est évident. De même, les valeurs-seuils fixées par le droit de la concurrence pour les notifications – respectivement, deux milliards *ou* 500 millions *et* 100 millions de francs – démontrent l'importance des transactions envisagées. Enfin, une lutte efficace contre le blanchiment d'argent est indispensable non seulement pour des raisons morales et légales, mais aussi économiques: la préservation de la réputation de la place financière suisse fait partie des buts reconnus de la réglementation bancaire et financière.

⁶³ Le titre du chapitre 4 de la LBA auquel cette disposition est rattachée se réfère explicitement à l'entraide administrative. Quant à la section 1 dudit chapitre – dont l'art. 29 LBA constitue l'unique disposition –, elle s'intitule: «collaboration entre les autorités suisses».

Les règles examinées définissent rarement les **conditions et modalités** de l'entraide administrative. Seul l'actuel article 54 OB – qui pourrait disparaître avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la Banque nationale – mentionne expressément deux des conditions ordinaires de cette procédure d'échange d'informations entre la CFB et la BNS, à savoir: la *confidentialité* – article 54, alinéa 2 OB: «[la CFB et la BNS] ne peuvent échanger les données qui concernent les clients individuels d'une banque, d'un négociant en valeurs mobilières ou de la Banque nationale suisse» – et la *proportionnalité* – article 54, alinéa 3 OB: «un échange d'information intégral incluant également les données visées à l'al. 2 est autorisé dans la mesure où il est nécessaire pour surmonter une crise du système financier ou d'un établissement particulier».

III. Entraide internationale

La pratique de la CFB et la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le domaine de l'assistance entre l'autorité de surveillance suisse et ses homologues étrangers se sont rapidement développées suite à l'introduction en 1997 de nouvelles règles dans le secteur boursier⁶⁴; les normes correspondantes en matière de banques⁶⁵ et de fonds de placement⁶⁶ n'ont pour leur part trouvé qu'une application limitée⁶⁷. Ces dispositions ont en outre inspiré celles définissant la procédure applicable dans le domaine des sanctions internationales⁶⁸ et de la lutte contre le blanchiment⁶⁹, ainsi que le projet soumis aux Chambres fédérales en relation avec les communications et médias électroniques⁷⁰. Enfin, en janvier 2004, le Conseil fédéral a annoncé la mise en

⁶⁴ Art. 38 LBVM. Pour les contrôles transfrontaliers: art. 38a LBVM

⁶⁵ Art. 23^{sexies} LB. Pour les contrôles transfrontaliers: art. 23^{septies} LB.

⁶⁶ Art. 63 LFP. Contrairement à la LB et à la LBVM, la LFP ne contient pas de dispositions relatives aux contrôles transfrontaliers.

⁶⁷ Pour un rare cas d'application en matière de fonds de placement, arrêt TF du 30 juin 2000, cause A.584/1999, *Dom Fund*.

⁶⁸ Art. 7 de la loi fédérale sur l'application de sanctions internationales du 22 mars 2002 (LEmb; RS 946.231).

⁶⁹ Art. 31 LBA. Eg. art. 30 LBA.

⁷⁰ Art. 13b du projet de révision de la loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC; RS 784.10). A ce propos, Conseil fédéral, Message relatif à la modification de la loi sur les télécommunications du 12 novembre 2003, FF 2003 7245, p. 7270 (où il est notamment affirmé qu'«il n'est pas nécessaire de mentionner expressément le principe généralement applicable selon lequel l'assistance administrative n'intervient que dans des cas fondés»). Sur cette révision, voir aussi les informations disponibles

consultation d'un projet tendant à réviser l'article 38 LBVM⁷¹. C'est dire si le sujet est actuel, son traitement évoluant en outre rapidement.

Après quelques généralités (A), nous présenterons les principales leçons à tirer de la jurisprudence de notre Haute Cour en entraide boursière (B). La présentation qui suit n'a pas la prétention d'être un exposé doctrinal détaillé des conditions et du déroulement de ces procédures⁷². Au contraire, il se veut une approche pratique des grandes tendances de la jurisprudence dans ce domaine.

A. Généralités

1. Surveillance des marchés financiers

L'assistance administrative en matière financière consiste en une procédure tendant, en principe sur une base réciproque («entraide»), à la récolte et à la transmission d'informations et de documents par une autorité de surveillance des marchés financiers nationale à une autorité étrangère du même type; contrairement à l'entraide pénale, cette procédure ne vise pas, en particulier, la perquisition de lieux ou la saisie de biens résultant d'une infraction. L'entraide dans le cadre de la surveillance des marchés porte sur les banques, les négociants, ainsi que les entreprises impliquées dans la direction, la gestion et la distribution de parts de fonds de placement⁷³. Les opérations d'initiés et les actes de manipulation de cours constituent les situations typiques fondant les requêtes d'autorités étrangères. On notera que si la CFB peut, selon la loi, faire appel aux autorités étrangères pour obtenir des informations et des documents nécessaires à l'application de la réglementation qui lui incombe⁷⁴,

sur le site Internet de l'Office fédéral de la communication (OFCOM) à l'adresse www.ofcom.ch/fr/telekommunikation/grundlagen/gesetzesaenderungen/index.html.

⁷¹ Le projet de nouvel art. 38 LBVM (art. 38 P-LBVM), ainsi que le «Rapport concernant la modification de la disposition sur l'assistance administrative internationale dans la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières» sont disponibles à l'adresse Internet www.dff.admin.ch/f/dok/gesetzgebung/vernehmlassungen/2004/01/boerseng.htm.

⁷² Pour cela, cf. ANNETTE ALTHAUS, *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle*, 2^{ème} éd., Berne, 2001; THIERRY AMY, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière, En droit suisse, européen et international*, Zurich, 1998; RICCARDO SANSONETTI, *L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers, Standards internationaux et réception en droit suisse*, Zurich, 1998.

⁷³ Cf. les dispositions légales citées *supra* n. 64 ss.

⁷⁴ Art. 23^{sexies}, al. 1, LB, 38, al. 1, LBVM et 63, al. 1, LFP.

ce sont avant tout les autorités étrangères qui s'adressent à la Suisse; l'autorité de notre pays semble avoir très peu d'occasions, voire de raisons, d'utiliser cette voie.

La réglementation bancaire et financière prévoit en l'état **cinq conditions** cumulatives pour l'octroi par la CFB de l'entraide administrative à une autorité étrangère. Celles-ci sont énoncées brièvement ici, leur contenu jurisprudentiel étant en grande partie repris par la suite⁷⁵:

- la CFB se doit de vérifier d'emblée si l'*autorité* requérante exerce des fonctions de surveillance des marchés semblables à la sienne;
- les informations transmises à l'autorité requérante doivent être utilisées exclusivement dans le cadre et aux fins de la procédure administrative de surveillance pour laquelle elles ont été sollicitées (*principe de la spécialité*);
- en relation directe avec ce dernier, l'autorité requérante ne peut à son tour transmettre les informations qu'elle a reçues de la CFB que moyennant une décision expresse de celle-ci (*long arm*);
- l'exigence que les autorités, leurs membres et collaborateurs soient liés par un secret de fonction ou professionnel forme les deux conditions précédentes un ensemble destiné à garantir, dans ces limites, la *confidentialité*;
- enfin, le principe général de *proportionnalité* est bien entendu applicable.

La **révision en cours de l'article 38 LBVM** témoigne de la vivacité de ce domaine et de son constant renouvellement, mais aussi de la nécessité d'adapter constamment notre environnement réglementaire à l'internationalisation des marchés. Le lecteur trouvera en annexe à cette contribution un tableau synoptique présentant le texte actuel comparé au projet mis en consultation par le Conseil fédéral⁷⁶. La réforme devrait porter sur trois aspects principaux:

- Le principe dit du «*long bras*», relatif en particulier à la transmission des informations à une autorité pénale, serait supprimé, à condition que cette communication se fasse à «d'autres autorités, tribunaux ou orga-

⁷⁵ *Infra* III, B.

⁷⁶ *Supra* n. 71.

nes» qui utilisent ces données «exclusivement aux fins de l'application de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières»⁷⁷. La transmission à des fins fiscales ou de contrôle des changes continuerait notamment à être exclue.

- Le principe de *confidentialité*, consacré par l'exigence actuelle du secret de fonction ou professionnelle⁷⁸, serait fortement assoupli puisque la nouvelle règle réserverait expressément les normes de l'Etat requérant «applicables à la publicité des procédures et à l'information du public»⁷⁹. Un rejet de la demande d'assistance administrative comme dans l'affaire *ABB/Elsag-Bailey II* ne devrait dès lors plus se représenter⁸⁰.
- La *procédure* pourrait être *accélérée* dans la mesure où le projet invite les autorités à travailler «avec diligence»⁸¹ et où le délai de recours serait ramené de 30 à 10 jours⁸². En outre, les règles sur la suspension des délais («féries») ne s'appliqueraient pas⁸³.

2. *Autres cas d'application*

a. Politique monétaire

Outre la collaboration interne entre la BNS et la CFB, la nouvelle loi sur la banque nationale met en place, dans le domaine des **systèmes de paiement et de règlement**, un double régime d'entraide internationale qui correspond à la dualité de la surveillance⁸⁴. L'article 21 LBN, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004, s'inspire fortement des règles applicables depuis quelques années à la surveillance des marchés financiers.

Cette nouvelle règle permet, d'une part, à la *BNS* de collaborer avec les autorités de surveillance étrangères et de leur demander des informations dans le cadre de ses propres tâches de surveillance des systèmes de paie-

⁷⁷ Art. 38, al. 2, let. a, P-LBVM (n. 71).

⁷⁸ *Infra* III, B, 3.

⁷⁹ Art. 38, al. 2, let. b, P-LBVM (n. 71).

⁸⁰ *Infra* n. 110.

⁸¹ Art. 38, al. 4, P-LBVM (n. 71).

⁸² Art. 38, al. 5, phrase 1, P-LBVM (n. 71).

⁸³ Art. 38, al. 5, phrase 2, P-LBVM (n. 71). Cf. art. 22a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021) et art. 34 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ; RS 173.110).

⁸⁴ Sur ces questions et l'entraide interne entre la BNS et la CFB, *supra* II, A, 1.

ment et de règlement⁸⁵. D'autre part, l'article 21, alinéa 2, lettre b, LBN autorise cette institution à transmettre aux autorités de surveillance étrangères des «renseignements et des documents non accessibles au public concernant des exploitants de systèmes». Cette norme reprend de la réglementation bancaire et financière actuelle la condition de spécialité⁸⁶ et l'exigence du secret de fonction ou professionnelle⁸⁷. Elle ne fait en revanche référence ni à l'autorisation préalable nécessaire à la transmission d'informations à des autorités pénales⁸⁸, ni aux droits des clients touchés par la transmission des informations à l'autorité de surveillance étrangère⁸⁹. Le Conseil fédéral souligne que ces restrictions ne s'imposent pas, car l'objet de la surveillance par la BNS est expressément limité à la stabilité du système financier («risque systémique») et que, comme cela ressort du texte clair de l'article 21, alinéa 2, lettre b, LBN, l'entraide ne peut concerner que des exploitants de systèmes – par opposition aux participants à un système ou à leurs clients⁹⁰. A l'image en quelque sorte de ce que fait la CFB, la BNS sera cependant bien inspirée, le moment venu, de faire apparaître dans le dispositif de sa décision l'interdiction de transmettre les informations à des autorités pénales⁹¹.

Pour le surplus, dans la mesure où les systèmes de paiement et de règlement seraient assujettis à la surveillance de la CFB, en tant que banque ou négociant en valeurs mobilières⁹², ils seront aussi sujets aux procédures d'entraide des articles 23^{sexies} LB et 38 LBVM; il ne fait aucun doute qu'alors les participants et les clients pourront être touchés par ces décisions.

⁸⁵ Art. 21, al. 2, let. a, LBN. Cette règle est similaire aux art. 23^{sexies}, al. 1, LB, 38, al. 1, LBVM et 63, al. 1, LFP.

⁸⁶ Art. 23^{sexies}, al. 2, let. a, LB, 38, al. 2, let. a, LBVM et 63, al. 2, let. a, LFP.

⁸⁷ Art. 23^{sexies}, al. 2, let. b, LB, 38, al. 2, let. b, LBVM et 63, al. 2, let. b, LFP.

⁸⁸ Art. 23^{sexies}, al. 2, let. c, LB, 38, al. 2, let. c, LBVM et 63, al. 2, let. c, LFP.

⁸⁹ Art. 23^{sexies}, al. 3, LB, 38, al. 3, LBVM et 63, al. 3, LFP.

⁹⁰ Message P-LBN (n.7), p. 5775.

⁹¹ Ainsi la CFB suite à une requête de l'*Ontario Securities Commission*, ATF 128/2002 II 407, X., partie «Faits»:

«Die Bankenkommission wies die 'Ontario Securities Commission' darauf hin, dass diese Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwendet und nicht gestützt auf den 'Freedom of Information and Protection of Privacy Act' Dritten zugänglich gemacht werden dürften. Sie könnten nur dann Grundlage eines Administrativverfahrens vor dem internen 'panel' der 'Ontario Securities Commission' bilden, wenn die betroffenen Personen Gelegenheit erhalten hätten, den Ausschluss der Öffentlichkeit vom Verfahren zu verlangen (Ziff. 2 des Dispositivs)».

⁹² Nouveaux art. 1^{bis} LB et art. 10^{bis} LBVM.

b. Lutte contre le blanchiment

La LBA prévoit deux régimes d'entraide: une assistance *administrative* entre l'Autorité de contrôle et les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers⁹³, calquée sur les règles régissant l'entraide en matière boursière et bancaire; une entraide *«policière»* qui permet au Bureau de communication de collaborer avec les autorités étrangères de poursuite pénale⁹⁴, conformément à la loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération du 7 octobre 1994⁹⁵. Le Bureau peut en outre communiquer des données personnelles à ses homologues étrangers lorsque, notamment, l'information est requise exclusivement pour lutter contre le blanchiment ou lorsqu'il s'agit de motiver une demande suisse de renseignements⁹⁶. Cette transmission est soumise à des conditions strictes⁹⁷ et, en particulier, ne peut concerner des données qui devraient faire l'objet d'une procédure d'entraide judiciaire internationale⁹⁸. Avec le Professeur LAURENT MOREILLON, on retiendra que la coopération *policière* internationale et la coopération *judiciaire* internationale se distinguent sur trois points:

«D'abord, la coopération policière est conçue comme '**inoffensive**', en ce sens que les documents demandés ont une importance mineure; dès qu'elle devient '**incisive**', c'est-à-dire que les informations requises sont susceptibles d'affecter et de modifier les droits d'une personne, l'aspect judiciaire prend le relais et les garanties judiciaires doivent être respectées. Ensuite, la personne sujette à la coopération policière n'a **pas la qualité de partie**; elle ignore généralement être l'objet de telles investigations, ce qui n'est pas le cas de la coopération judiciaire. Enfin, et surtout, la coopération policière se distingue de la coopération pénale par l'**absence de toute procédure de recours** offerte aux personnes concernées. On relève qu'il est en définitive sans importance que la demande émane d'autorités judiciaires ou de police»⁹⁹.

93 Art. 31 LBA.

94 Art. 32, al. 1, LBA.

95 RS 360.

96 Art. 32, al. 2, LBA (avec d'autres cas d'application). Pour une liste détaillée, voir LAURENT MOREILLON, *Commentaire romand sur l'entraide internationale en matière pénale*, Bâle, Genève, Munich, 2004, Introduction générale n° 100 (citant la thèse de SANSONETTI, n. 72).

97 Art. 10 ss de l'ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent du 16 mars 1998 (OBCBA; RS 955.23).

98 Art. 10, al. 2 et 3, OBCBA.

99 MOREILLON (n. 96), Introduction générale n° 101 (les extraits en gras figurent dans le texte original).

La portée de cette distinction est loin d'être bénigne puisqu'en 2003, le Bureau de communication a adressé à 56 cellules de renseignements financiers étrangers (*Financial intelligence units* [FIU]) des demandes concernant 1075 personnes physiques et morales (contre 499 en 2002); il a en outre reçu des requêtes de 50 FIU portant sur 1661 personnes physiques et morales (contre 1189 en 2002)¹⁰⁰. L'ampleur de ces échanges d'informations et l'absence de véritables décisions justifient que l'on agisse avec la plus grande prudence dans cette zone – parfois grise, souvent opaque – de l'entraide policière.

c. Sanctions internationales

La LEmb¹⁰¹ tend à donner un cadre cohérent aux sanctions décidées par des autorités étrangères ou internationales – en particulier par les Nations Unies –, le gouvernement suisse ayant longtemps mis en œuvre ces mesures, au cas par cas, au moyen de simples ordonnances fondées directement sur la Constitution fédérale¹⁰². La plupart des intermédiaires financiers ont appris à vivre avec ces normes et sont notamment devenus familiers du site Internet du Secrétariat d'Etat à l'économie (seco)¹⁰³.

Dans ce cadre, le législateur a prévu à l'article 7 LEmb un régime d'entraide internationale qui, bien qu'inspiré de l'article 38 LBVM, traite à la fois de l'entraide administrative et judiciaire entre les autorités suisses et étrangères. Quant aux voies de droit, elles paraissent relativement hermétiques, dans la mesure où l'article 8 LEmb se contente de prévoir que les «dispositions générales sur la procédure fédérale sont applicables aux recours contre les décisions prises en vertu de la présente loi». En raison de ses pouvoirs en matière de politique étrangère et de sécurité, le Conseil fédéral devrait être

¹⁰⁰ Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, 6^{ème} Rapport annuel (2003), p. 36 à 39. Ce document est disponible sur la toile à l'adresse suivante: http://www.bap.admin.ch/f/themen/geld/MROS2003_Franzoesisch.pdf.

¹⁰¹ *Supra* n. 68.

¹⁰² Cf. p.ex. l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au groupe «Al-Qaïda» ou aux Talibans du 2 octobre 2000 (RS 946.203), l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie du 23 juin 1999 (RS 946.207) ou encore l'ordonnance instituant des mesures économiques envers la République d'Irak du 7 août 1990 (RS 946.206).

¹⁰³ <http://www.seco.admin.ch/themen/aussenwirtschaft/sanktionen/index.html?lang=fr>. Pour un aperçu parfois critique, CHRISTIAN BOVET, «Lutte contre le terrorisme et autres développements récents dans la surveillance des intermédiaires financiers», in: THÉVENOZ/BOVET (éd.), *Journée 2001 de droit bancaire et financier*, Berne, 2002, p. 174 ss.

considéré comme l'autorité de recours de dernière instance¹⁰⁴. Toutefois, notre gouvernement indique dans son message que «*d'autres cas doivent pouvoir être portés* en dernière instance devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours de droit administratif»¹⁰⁵; aucune autre information n'est cependant donnée sur les mystérieux «autres cas» pouvant fonder un tel recours.

B. Enseignements de la jurisprudence et de la pratique récentes¹⁰⁶

La jurisprudence du Tribunal fédéral et la pratique de la CFB ont couvert un grand nombre de cas de figure qui illustrent les modalités – et parfois les difficultés – d'application des dispositions sur l'entraide boursière. Sans prétendre à l'exhaustivité, cette contribution traite des développements qui paraissent les plus importants aux yeux de l'auteur.

1. Notion d'autorité de surveillance étrangère

Le principe de base pour déterminer si l'on est en présence d'une «autorité étrangère de surveillance des bourses et du commerce de valeurs mobilières»¹⁰⁷ réside dans l'identification des tâches de surveillance exercées par l'autorité requérante dans son Etat d'origine. Plus précisément, «il faut que l'autorité étrangère exerce des tâches de surveillance du marché analogues à celles dévolues à la Commission fédérale [des banques] par la LBVM»¹⁰⁸. «Que cette autorité puisse en outre, selon le résultat de ses investigations, signaler à l'autorité compétente la commission d'un éventuel délit et lui communiquer le résultat de son enquête, n'exclut pas pour autant l'octroi de l'entraide administrative par la Commission fédérale [des banques]»¹⁰⁹. Ces considérations ont été appliquées à de nombreuses autorités étrangères dont,

¹⁰⁴ Art. 100, al. 1, let. a, OJ en relation avec l'art. 72 PA.

¹⁰⁵ Message concernant la loi fédérale sur l'application de sanctions internationales du 20 décembre 2000, FF 2000 1368 (souligné par l'auteur).

¹⁰⁶ Le texte qui suit est en grande partie basé sur un article («L'entraide en matière boursière: évolutions récentes») que j'ai publié in: GANI (éd.), *Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative*, Lausanne, 2004, p. 79.

¹⁰⁷ Art. 38, al. 2, let. a, LBVM.

¹⁰⁸ Bulletin CFB 40/2000 p. 118 ss, consid. 2a (TF, 24.11.1999).

¹⁰⁹ *Ibidem*.

notamment, la *Securities and Exchange Commission* américaine (SEC)¹¹⁰ et la Commission des Opérations de Bourse française (COB)¹¹¹.

Cette jurisprudence a été renforcée par un arrêt de notre Haute Cour faisant suite à la fusion des bourses de Paris, Amsterdam et Bruxelles. Au terme de cette opération, les compétences d'autorité de marché de l'ancienne Société de la bourse de valeurs mobilières de Bruxelles (SBVMB) ont en effet été transférées à la société *Euronext Brussels*¹¹². Ni le changement de nom ni le passage d'une personne morale de droit public à une société anonyme de droit privé n'ont une influence sur la structure, la composition, les compétences ou encore les pouvoirs de l'autorité de marché¹¹³. La délégation administrative donnée par la réglementation boursière belge, successivement à la SBVMB puis à *Euronext Brussels*, vise à assurer la transparence, l'intégrité et la sécurité des marchés organisés par la bourse de valeurs mobilières. Ses pouvoirs de surveillance et d'investigation, les plus étendus, lui permettent d'accomplir sa mission comme d'autres autorités administratives de surveillance, en particulier la CFB. En définitive, elle agit dans le cadre de prérogatives de droit public qui lui sont dévolues par la loi¹¹⁴. Par conséquent:

«Bien que n'étant pas une autorité au sens strict du terme, la société Euronext Brussels doit donc être assimilée à une entité de droit public à qui l'entraide administrative peut être accordée [...]. Par ailleurs, c'est à tort que la recourante prétend que la société Euronext Brussels n'agirait pas, dans le cas particulier, dans le cadre de sa mission de surveillance des bourses et du commerce, mais uniquement dans le cadre de la répression du délit d'initié. En effet, comme le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le souligner [...], sur le plan interne aussi la Commission fédérale doit ordonner les enquêtes nécessaires lorsque la bourse lui annonce qu'elle soupçonne une infraction à la loi ou une irrégularité (art. 6 al. 2 LBVM). Il s'agit-là d'une simple mesure de surveillance des marchés,

110 Notamment l'arrêt TF du 20 décembre 2001, cause 2A.349/2001, *ABB/Elsag-Bailey II*, consid. 5, renvoyant à Bulletin CFB 40/2000 p. 118 ss, 119 s., consid. 2b (TF, 24.11.1999).

111 Notamment ATF 129/2003 II 484, *X et Y*, consid. 2.2 renvoyant à ATF 126/2000 II 86, *A.*, consid. 3b. La COB est devenue entre-temps l'Autorité des marchés financiers (AMF).

112 Arrêt TF du 9 janvier 2003, Cause 2A.276/2002, *Euronext Brussels*.

113 *Idem*, consid. 1.1.1.

114 *Idem*, consid. 1.1.2. Le Tribunal fédéral se réfère largement ici à sa jurisprudence concernant l'ancienne SBVMB, et en particulier à l'arrêt TF du 15 août 2000, cause 2A.151/2000, consid. 3a, confirmé par les arrêt TF du 27 avril 2001, cause 2A.269/2000, *City Hotels*, consid. 4b, et arrêt TF du 7 mai 2001, cause 2A.476/2000, consid. 3a.

même si l'infraction soupçonnée donne lieu ensuite à une enquête pénale. Autrement dit, l'ouverture d'une enquête en cas de soupçon de dérèglement du marché et l'éventuelle dénonciation de l'affaire aux autorités pénales compétentes sont précisément des tâches qui entrent dans le cadre de la mission de surveillance des marchés assignée à Euronext Brussels»¹¹⁵.

2. Proportionnalité (*fishing expeditions*)

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral rappelle que le rôle de la CFB, en tant qu'autorité requise, est généralement limité car, selon le principe de proportionnalité:

«l'entraide administrative ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'Etat requérant. La question de savoir si les renseignements demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure étrangère est en principe laissée à l'appréciation de ce dernier. L'Etat requis ne dispose généralement pas des moyens lui permettant de se prononcer sur l'opportunité de l'administration de preuves déterminées au cours de la procédure menée à l'étranger, de sorte que, sur ce point, il ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité étrangère chargée de l'enquête. Il doit uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles distorsions du marché justifiant la demande d'entraide. La coopération internationale ne peut être refusée que si les actes requis sont sans rapport avec d'éventuels dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser l'enquête, de sorte que ladite demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve»¹¹⁶.

L'application souple que reçoit le principe de proportionnalité dans des cas bien précis peut être illustrée par une affaire récente, jugée sur recours de droit administratif. Celle-ci portait sur une demande d'assistance, particulièrement large dans sa formulation, de l'autorité de surveillance australienne¹¹⁷. En effet, cette requête visait à connaître l'identité du titulaire et de l'ayant droit économique d'un compte bancaire suisse, sur lequel un versement douteux – résultat d'une fraude liée à de fausses informations données à des investisseurs potentiels – avait été effectué. En outre, l'autorité étrangère cherchait à obtenir des informations sur:

- toutes les opérations de plus de 10'000 dollars US jusqu'au 12 février 2001 (le transfert douteux datait du 16 mars 2001);

¹¹⁵ Arrêt *Euronext Brussels* (n. 112), consid. 1.1.2.

¹¹⁶ ATF 127/2001 II 142, X., consid. 5a. Eg. ATF 126/2000 II 409, *Kredittilsynet*, consid. 5a.

¹¹⁷ Arrêt TF du 13 mars 2003, cause 2A.340/2002, *Australian Securities & Investments Commission (ASIC)*.

- toutes les opérations, sans limites de montant, depuis le 12 février 2001; et
- une liste de toutes les transactions suspectes effectuées sur le compte (y compris son solde).

Le Tribunal fédéral a considéré cette demande conforme au principe de proportionnalité dans la mesure où les informations requises n'allaient pas «au-delà de ce qui est nécessaire ou du moins utile à l'enquête»¹¹⁸. Il a toutefois rappelé que la jurisprudence était plus restrictive en matière d'entraide administrative «pure», *i.e.* quand l'autorité requérante n'a pas sollicité et obtenu l'autorisation de retransmettre les informations et documents aux autorités pénales compétentes. Lorsque l'entraide administrative est accordée et que l'autorité de surveillance étrangère est en même temps autorisée à retransmettre les informations et les documents obtenus aux autorités de poursuite pénale de son pays, ce sont «les principes développés en matière d'entraide judiciaire pénale qui s'appliquent [...]. En pareil cas, le Tribunal fédéral n'examine les documents à transmettre à l'autorité requérante que pour vérifier s'ils pourraient éventuellement être importants dans la procédure pénale étrangère (examen limité à l'importance potentielle)»¹¹⁹.

On peut ainsi souvent observer des rapprochements entre la jurisprudence sur l'entraide pénale et celle relative à l'assistance administrative internationale. Un de ces arrêts, non publié, impose, en faveur de l'Etat requérant, un renversement du fardeau de la preuve puisque: «Il incombe à la personne visée de démontrer, de manière claire et précise, en quoi les documents et informations à transmettre excéderaient le cadre de la demande ou ne présenteraient aucun intérêt pour la procédure étrangère»¹²⁰. Cette manière de faire est surtout justifiée par le fait que l'autorité requérante n'est pas partie à la procédure et ne peut dès lors pas faire valoir ses moyens pour indiquer en quoi tel ou tel document est pertinent. La partie concernée par la mesure d'entraide possède en revanche cette faculté. Il n'en demeure pas moins que la requête d'assistance devra être suffisamment précise pour permettre au recourant d'agir conformément aux exigences de la jurisprudence fédérale.

¹¹⁸ *Idem*, consid. 3.2.2.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Arrêt TF du 2 août 2002, cause 2A.121/2002, consid. 7.2 (références omises).

3. *Secret professionnel ou de fonction*

L'article 38, alinéa 2, lettre b, LBVM pose notamment comme condition à la transmission d'informations que les membres de l'autorité étrangère soient liés par un secret de fonction ou un secret professionnel. Le risque abstrait qu'un ou des fonctionnaires puissent commettre des indiscrétions à l'égard de tiers – en particulier des membres d'autorités pénales – n'est pas suffisant pour refuser l'entraide administrative; la situation est bien sûr différente si la violation du secret constitue la règle¹²¹. Pour le surplus, on rappellera que le fait que l'autorité de surveillance étrangère exerce, en plus, des activités différentes de celles de la CFB ne constitue pas en soi un obstacle à l'entraide¹²².

La confidentialité a été au centre de deux décisions qui ont amené la CFB puis le Conseil fédéral à proposer une révision de l'article 38 LBVM. En relation avec l'affaire *ABB/Elsag-Bailey II*¹²³, le Tribunal fédéral avait refusé l'entraide à la SEC, car la protection de la confidentialité des informations communiquées à cette autorité par la CFB n'était pas jugée satisfaisante dans le cadre des *enforcement actions* menées par la SEC devant les tribunaux américains: d'une part, la possibilité d'obtenir un *protective order* du juge américain pour assurer cette confidentialité paraissait abstraite et pas entièrement crédible; d'autre part, la SEC ne semblait pas disposée à renoncer aux *litigation releases* qu'elle publie systématiquement et qui sont notamment accessibles sur Internet.

Certains ont voulu voir dans l'arrêt *Ontario Securities Commission (OSC)*¹²⁴ un revirement de la jurisprudence stricte évoquée ci-dessus. Certes, cette seconde décision vise une situation où les informations fournies par la CFB à l'autorité de surveillance canadienne sont présentées devant un «panel» – agissant comme une juridiction administrative – et où la procédure est en principe publique. Voir, à cause de cette circonstance, la décision du Tribunal fédéral comme un changement de cap relève en grande partie de l'illusion d'optique. L'arrêt *OSC* peut en effet être distingué du cas *ABB/Elsag-Bailey II* sur au moins deux points importants:

¹²¹ Arrêt TF du 15 mars 2002, cause 2A.486/2001, *Debitel*, consid. 3.3.

¹²² Bulletin CFB 42/2002, p. 61, 67 ss, consid. 4 ss (TF, 25.04.2001).

¹²³ Arrêt TF du 20 décembre 2001, cause 2A.349/2001, *ABB/Elsag-Bailey II*. A ce propos, BOVET (n. 103), p. 194.

¹²⁴ ATF 128/2002 II 407, *Ontario Securities Commission*.

- a) Nonobstant le principe de la publicité des débats devant le « panel », le client peut exiger la confidentialité des débats¹²⁵. Cet élément revêt une signification particulière puisque, tirant probablement les leçons de l'arrêt *ABB/Elsag-Bailey II*, la CFB l'a fait figurer expressément dans le dispositif de sa décision¹²⁶.
- b) Dans une seule et même décision, la CFB avait autorisé non seulement le transfert des informations à l'OSC mais aussi leur retransmission par cette dernière aux autorités pénales canadiennes – une détermination confirmée par le Tribunal fédéral¹²⁷. La protection de la confidentialité

¹²⁵ Consid. 4.3.3:

«Dies kann nicht ohne Wirkungen auf ein allenfalls öffentlich zu führendes Administrativ- oder 'Quasi'-Strafverfahren bleiben, käme es doch einem Wertungswiderspruch gleich, die Benutzung der vertraulichen Tatsachen im konkreten Einzelfall zwar für ein Strafverfahren, nicht aber für ein entsprechendes paralleles Aufsichtsverfahren zu gestatten: Sind beim Amtshilfeentscheid bereits sämtliche Voraussetzungen für die Rechtshilfe gegeben und könnten entsprechende Informationen deshalb auf diesem Weg im Ausland an die Öffentlichkeit gelangen, genügt den Anforderungen der Vertraulichkeit, wenn die ersuchende Behörde eine solche für ihre Vorabklärungen glaubwürdig zusichert und dem betroffenen Kunden in einem allfälligen administrativen Sanktionsverfahren die Möglichkeit offen steht, den Ausschluss der Öffentlichkeit zu verlangen, wie die Bankenkommision dies hier in Ziffer 2c des Dispositivs ihres Entscheids vorbehalten hat».

¹²⁶ Cf. le passage cité en n. 91.

¹²⁷ En particulier, consid. 4.3.3. Les conditions de cette retransmission ont notamment été abordées dans un arrêt TF du 8 avril 2002, cause 2A.371/2001, X, consid. 1.2, où le Tribunal fédéral a appelé que:

«Pour pouvoir simultanément accorder l'entraide administrative à l'autorité requérante et l'autoriser à retransmettre les informations qui lui sont fournies aux autorités pénales étrangères compétentes, la Commission fédérale doit avoir connaissance – outre de la variation inhabituelle du cours des titres en cause et de l'augmentation significative de leur volume d'échanges durant la période sensible – d'autres indices lui permettant de soupçonner concrètement et de manière vraisemblable l'utilisation d'une information privilégiée par l'intéressé en rapport avec les transactions examinées (cf. sur ces questions ATF 127 II 323, 334 s., consid. 7b, et les arrêts cités)».

Cependant (arrêt TF du 15 avril 2002, cause 2A.567/2001, *S. Establishment*, consid. 4.2):

«Das Weiterleiten von Daten, die den Bankkunden betreffen, kann unzulässig sein, wenn ein klarer und unzweideutiger (schriftlicher) Vermögensverwaltungsauftrag vorliegt und keine anderen Umstände darauf hinweisen, dass der Kunde, über dessen Konto die verdächtigen Transaktionen abgewickelt wurden, in irgendeiner Form dennoch an den umstrittenen Geschäften selber beteiligt gewesen sein könnte».

Voir ég. Bulletin CFB 42/2002, p. 97, en particulier p. 106 s., consid. 5b (TF, 10.07.2001, vues divergentes du Tribunal fédéral et de la CFB sur le régime et les conditions de la procédure en deux étapes pour la transmission d'informations aux autorités pénales

fondée sur l'article 38, alinéa 2, lettre c, LBVM perdait alors beaucoup, si ce n'est tout son sens¹²⁸.

S'il y a un assouplissement de la jurisprudence, il faut reconnaître qu'il ne porte que sur un nombre très limité de cas.

4. *Transmission des informations à une autorité pénale*

La CFB peut autoriser la transmission, à une instance pénale, des informations remises à l'autorité de surveillance étrangère soit d'emblée au même moment où elle rend la décision sur ce dernier objet, soit subséquentement¹²⁹. Nous avons déjà vu, sous l'angle de la proportionnalité, l'impact de deux décisions simultanées sur l'ampleur des informations transmises¹³⁰. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que les exigences étaient supérieures lorsque la CFB procédait par le biais d'une seule décision au lieu d'attendre une requête subséquente de l'autorité administrative étrangère:

«Sind die aufsichtsrechtlichen Ermittlungen im Empfängerstaat bereits bei Einreichung des Amtshilfegesuchs genügend fortgeschritten und zeichnet sich gestützt darauf schon in diesem Zeitpunkt eine allfällige Notwendigkeit der Weiterleitung an einen Zweitempfänger ab, spricht indessen nichts dagegen, dass die Bankkommission ihre Zustimmung hierzu bereits unmittelbar im Amtshilfeentscheid selber erteilt, falls die für die Weiterleitung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind [...]. Bei diesem Vorgehen sind indessen höhere Anforderungen an die für die Weiterleitung erforderlichen Voraussetzungen zu stellen als für die Amtshilfe als solchen»¹³¹.

Lorsque les éléments fournis par l'autorité étrangère sont insuffisants ou imprécis, la CFB doit procéder en deux temps et inviter son homologue étranger à lui fournir des informations supplémentaires.

Par ailleurs, l'engagement d'une autorité de surveillance étrangère que ses fonctionnaires feront tout ce qui est en leur pouvoir (*best efforts*) et résisteront par tous les moyens légaux aux questions qui pourraient leur être posées en tant que témoins ou experts dans des procédures civile ou pénale est

étrangères). Ainsi que Bulletin CFB 42/2002, p. 83, 90 ss, consid. 7 (TF, 27. 04.2001); arrêt TF du 2 août 2002, cause 2A.121/2002, A., consid. 5.1.

¹²⁸ Arrêt TF du 10 juillet 2001 (cité en n. 127), consid. 4.3.3.

¹²⁹ Art. 38, al. 2, let. c, LBVM.

¹³⁰ *Supra* section III, B, 2. Eg. *supra* section III, B, 3 (arrêt TF *Ontario Securities Commission* [n. 124]).

¹³¹ ATF 126/2000 II 406, *Kredittilsynet*, consid. 6, b/cc (p. 419), références omises. Eg. ATF 127/2001 II 323, *Flammarion*, consid. 7.

généralement jugé suffisant par la CFB au regard de l'article 38, alinéa 2, LBVM. En relation avec une requête d'entraide émanant de l'autorité de surveillance des Pays-Bas¹³², le Tribunal fédéral a cependant souligné, d'une part, que cet engagement devait figurer expressément dans la décision de l'autorité de surveillance suisse et, d'autre part, qu'aucune ambiguïté ne devait subsister à ce propos dans les échanges entre la CFB et l'autorité étrangère¹³³.

5. «Tiers non-impliqué»

La seconde phrase de l'article 38, alinéa 3, LBVM prévoit expressément que «la transmission d'informations sur des personnes qui, de manière évidente, ne sont pas impliquées dans une affaire nécessitant l'ouverture d'une enquête est interdite». Dans sa pratique, la CFB a posé trois conditions cumulatives à cette exception dite du «tiers non-impliqué»¹³⁴: (i) les transactions visées par la requête doivent avoir été initiées par un employé de banque ou un gérant externe sur la base d'un mandat discrétionnaire; (ii) le client n'a d'aucune manière participé à la prise de décision et, en particulier, n'a donné aucun conseil en relation avec cet investissement; et (iii) il ne doit exister «aucun indice contraire ou soupçon concret», dans la mesure où la CFB doit pouvoir donner une assurance inconditionnelle à l'autorité requérante¹³⁵.

¹³² *Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE)*, aujourd'hui *Autoriteit Financiële Markten (AFM)*.

¹³³ Arrêt TF du 15 février 2002, cause 2A.434/2001, *A.*, consid. 3.3. Aspect également traité dans l'arrêt TF du 15 avril 2002, cause 2A.567/2001, *S. Establishment*, consid. 5.1 (citant sur ce point les ATF 127/2001 II 142, *X.* et 126/2000 II 126, *X.*):

«Die erwähnte Zusicherung genügt. Auch wenn nicht bereits in der Zusicherung selber die ausschliessliche Verwendung zu aufsichtsrechtlichen Zwecken erklärt wird, ist doch von einer solchen auszugehen. Art. 38 Abs. 2 lit. a BEHG verlangt zudem keine völkerrechtlich verbindliche Zusage der ausländischen Behörde: Solange ein ersuchender Staat sich effektiv an den Spezialitätsvorbehalt hält und - wie hier - auch sonst keine Anzeichen bestehen, dass er dies im konkreten Fall nicht tun würde, steht der Amtshilfe unter diesem Gesichtspunkt nichts entgegen. Bloss falls die ausländische Aufsichtsbehörde tatsächlich nicht in der Lage ist, dem Spezialitätsvorbehalt nachzukommen bzw. im Rahmen ihrer 'best-efforts'-Erklärung nicht angemessen nachkommen kann, ist die Bankenkommission nicht mehr befugt, ihr Amtshilfe zu leisten».

¹³⁴ DANIEL ZUBERBÜHLER, «Surveillance des intermédiaires financiers: évolution internationale et marge de manoeuvre pour la Suisse», in: THÉVENOZ/BOVET (éd.), *Journée 2002 de droit bancaire et financier*, Berne, 2003, p. 157.

¹³⁵ *Ibidem*.

Cette situation doit être clairement distinguée de celle où un investisseur invoque son observation du marché pour justifier ses transactions, car:

«La Commission fédérale [des banques] n'a pas à examiner les raisons invoquées par la recourante pour expliquer ces opérations. C'est en vain que la recourante affirme qu'elle s'était uniquement fondée sur les nombreux articles parus dans la presse financière spécialisée pour procéder auxdites opérations. De telles allégations ne sont pas déterminantes dans ce contexte. En effet, il appartient uniquement à l'autorité requérante de déterminer, sur la base de ses propres investigations et des informations transmises par la Commission fédérale, si ses craintes initiales de possible distorsion du marché étaient ou non fondées»¹³⁶.

6. *Qualité pour recourir*

L'arrêt *Flammarion*¹³⁷ constitue une décision de principe en matière de qualité pour recourir dans les affaires d'assistance administrative concernant des activités de gestion de fortune. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a admis qu'un gérant de fortune indépendant a la qualité pour contester une décision fondée sur l'article 38 LBVM. Notre Haute Cour se fonde en particulier sur une interprétation téléologique du troisième alinéa de cette disposition, en relation avec les critères développés par la jurisprudence et la doctrine pour les articles 6 et 48, lettre a, PA ainsi que 103, lettre a, OJ¹³⁸. L'argumentation retenue repose essentiellement sur la protection de la confidentialité des informations détenues par le gérant mais aussi de son identité:

«Der Geheimhaltungspflicht unterliegen sämtliche Angaben, die sich aus der unmittelbaren geschäftlichen Beziehung zwischen Kunde und Bank ergeben, somit auch die Tatsache, ob und zugunsten von wem ein Vermögensverwaltungsauftrag besteht [...]. Der selbständige Vermögensverwalter handelt im Rahmen der ihm vom Kunden eingeräumten Befugnisse als dessen Hilfsperson bzw. Stellvertreter. Soll seine Identität amtshilfweise ins Ausland preisgegeben werden, betrifft dies das einzelne Kundenverhältnis, es sei denn, er habe als Mitarbeiter oder Organ einer beaufsichtigten Bank oder eines Effekthändlers bzw. des Kunden selber gehandelt»¹³⁹.

¹³⁶ Arrêt TF du 9 janvier 2003, cause 2A.276/2002, *Euronext Brussels*, consid. 3, renvoyant à l'ATF 127/2003 II 142, X. consid. 5, qui contient encore d'autres références.

¹³⁷ ATF 127/2001 II 323, *Flammarion*.

¹³⁸ Cf. ISABELLE HÄNER, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess: unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsprozesses im Bund*, Zurich, 2000, p. 251 ss.

¹³⁹ ATF 127/2001 II 323, *Flammarion*, consid. 3b/bb. Voir ég. récemment, en entraide pénale, ATF 130/2004 II 162, L., consid. 1.1-1.3 (qualité pour agir en cas de saisie de

En revanche, celui qui détient une simple procuration – par opposition à un mandat discrétionnaire – ne se voit pas reconnaître une telle qualité pour recourir¹⁴⁰. La situation est la même pour l'ayant droit économique qui peut en principe exercer une influence juridique et économique sur l'entité qu'il contrôle; lorsque, exceptionnellement, tel n'est pas le cas, il a qualité de partie, par analogie avec ce qui est admis en matière d'entraide pénale et dans les limites de l'article 38, alinéa 3, LBVM¹⁴¹.

IV. Conclusion

L'entraide administrative dans le domaine bancaire et financier brille par sa diversité, que ce soit sur le plan de l'assistance entre autorités suisses ou dans les procédures d'échange d'informations au niveau international. Cette variété s'explique en partie par la multiplicité des situations auxquelles les autorités doivent faire face dans ce secteur économique important pour la Suisse. D'un autre côté, il faut reconnaître que ce *patchwork* législatif n'est pas toujours justifié et une certaine cohérence pourrait être instituée à l'occasion des révisions régulières de la réglementation. Notre gouvernement ne saisit cependant pas toujours cette chance. Ainsi, récemment, le Conseil fédéral a abandonné une proposition de la CFB qui suggérait de procéder à un «alignement des dispositions sur l'entraide administrative des lois sur les banques et les fonds de placement avec celles de la loi sur les bourses»¹⁴². Les motifs de cette décision restent obscurs.

documents comptables en mains d'un avocat, avec précision de la jurisprudence relative aux cas où la banque peut ou non recourir lorsqu'elle doit fournir de tels documents).

¹⁴⁰ ATF 127/2001 II 323, *Flammarion*, consid. 3b/bb.

¹⁴¹ *Idem* consid. 3b/cc.

¹⁴² COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES, *Rapport de gestion 2002*, p. 20.

Annexe

**Comparaison de l'art. 38 LBVM actuel avec
le projet de nouvel art. 38 LBVM, de janvier 2004¹⁴³**

LBVM 38 – Assistance administrative (actuel)	LBVM 38 – Assistance administrative (révision)
<p>¹ L'autorité de surveillance peut demander aux autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières de lui transmettre les informations et les documents nécessaires à l'application de la présente loi.</p> <p>² Elle peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières des informations et des documents liés à l'affaire, non accessibles au public seulement si ces autorités:</p> <p>a. utilisent ces informations exclusivement à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières;</p> <p>b. sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel et</p> <p>c. ne transmettent ces informations à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public qu'avec l'assentiment préalable de l'autorité de surveillance suisse ou en vertu d'une autorisation générale contenue dans un traité international. Lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue, aucune information ne peut être transmise à des autorités pénales. L'autorité de surveillance décide en accord avec l'Office fédéral de la justice.</p>	<p>¹ L'autorité de surveillance peut demander aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers de lui transmettre les informations et les documents nécessaires à l'accomplissement de la présente loi.</p> <p>² Elle peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents liés à l'affaire et non accessibles au public seulement si:</p> <p>a. ces informations sont utilisées exclusivement aux fins de l'application de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, ou retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes;</p> <p>b. les autorités requérantes sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel, des prescriptions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures demeurant réservées.</p>

¹⁴³ Voir *supra* III, A, 1 et n. 71.

³ La loi fédérale sur la procédure administrative est applicable lorsque les informations à transmettre par l'autorité de surveillance concernent des clients de négociants. La transmission d'informations sur des personnes qui, de manière évidente, ne sont pas impliquées dans une affaire nécessitant l'ouverture d'une enquête est interdite.

³ La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable, sous réserve des al. 4 et 5, lorsque les informations à transmettre par l'autorité de surveillance concernent des clients particuliers de négociants.

⁴ La procédure d'assistance administrative est menée avec diligence. L'autorité de surveillance respecte le principe de la proportionnalité. La transmission d'informations sur des personnes qui, de manière évidente, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête est interdite.

⁵ Le client peut, dans un délai de dix jours, contester par la voie du recours de droit administratif la décision de l'autorité de surveillance de transmettre des informations à l'autorité de surveillance étrangère. Les dispositions légales en matière de suspension des délais ne sont pas applicables à ce délai.

⁶ L'autorité de surveillance peut autoriser, en accord avec l'autorité fédérale compétente en matière d'entraide judiciaire, la retransmission des informations à des autorités pénales à d'autres fins que celles mentionnées à l'al. 2, let. a, à condition que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue. La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable.