



Berne, le 20 septembre 2024

Modification des dispositions de la loi sur la surveillance des marchés financiers et d'autres actes dans le contexte de la colla- boration avec des services étrangers

Rapport explicatif
en vue de l'ouverture de la procédure de consul-
tation

Condensé

Le 16 juin 2023, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances (DFF) d'examiner en profondeur les dispositions relatives à la collaboration internationale avec les services étrangers figurant dans la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA), la loi sur la surveillance de la révision (LSR) et la loi sur la Banque nationale (LBN) avec le concours du Département fédéral de justice et police, de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) et de la Banque nationale suisse (BNS), d'identifier les éventuelles mesures à prendre et de lui soumettre un projet de modification des dispositions en question, destiné à la consultation. La collaboration entre les autorités et les prestataires de services financiers suisses, d'une part, et les autorités et services étrangers dans le domaine des marchés financiers, d'autre part, vise à garantir la stabilité financière, l'intégrité du marché et la transparence ; il s'agit de l'une des principales conditions à l'interconnexion internationale du système financier suisse et pour l'accès aux marchés transfrontaliers des prestataires suisses de services financiers. Le cadre législatif applicable doit être modifié de manière que cette collaboration puisse fonctionner encore mieux dans l'avenir. Le but est de renforcer la réputation et le rôle mondial de la place financière suisse.

Contexte

La dernière révision de la législation concernant la collaboration internationale de la FINMA et de la BNS a été effectuée dans le cadre de l'adoption de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Depuis lors, la tendance à la forte interconnexion internationale des systèmes financiers et, donc, au renforcement de la surveillance transfrontalière, à la collaboration et à l'échange d'informations entre autorités de surveillance des marchés financiers n'a fait que s'accroître. La collaboration et l'échange d'informations sont nécessaires, par exemple, pour faire en sorte, dans le cadre des transactions ou des relations d'affaires transfrontalières, que les autorités de surveillance compétentes obtiennent toutes les informations dont elles ont besoin pour pouvoir déceler les risques et les abus dans leur système financier, en assurer le suivi et réaliser les objectifs des lois sur les marchés financiers, notamment la stabilité et l'intégrité du marché. C'est pourquoi la possibilité, pour les autorités nationales compétentes, de collaborer, surtout dans le domaine de la surveillance des marchés financiers, ainsi qu'avec les prestataires de services financiers intéressés, est une condition décisive pour l'accès aux marchés transfrontaliers des prestataires suisses de services financiers.

Les exigences internationales en matière de collaboration internationale des autorités de surveillance des marchés financiers entre elles et avec les prestataires de services financiers ont évolué depuis l'entrée en vigueur de la législation actuelle. Le cadre juridique suisse n'a que partiellement été adapté à cette évolution, raison pour laquelle la capacité de collaboration des autorités et des prestataires de services financiers suisses ne correspond pas au standard usuel et attendu au niveau international. Cela met en péril la réputation de la Suisse, sa place financière et la surveillance des marchés financiers exercée par ses autorités. Une adaptation des dispositions correspondantes est donc indiquée pour renforcer la réputation et le rôle mondial de la place financière suisse.

Contenu de l'avant-projet

Sur la base de l'expérience acquise depuis l'entrée en vigueur de la législation actuelle en 2016 et d'autres analyses effectuées par leurs soins, le DFF et le Secrétariat d'État aux questions financières internationales, agissant en collaboration avec l'Office fédéral de la justice, la FINMA, l'ASR et la BNS et en concertation avec des représentants du secteur privé,

ont identifié la nécessité de réviser les dispositions et les aspects suivants de la LFINMA et d'autres actes :

a. La procédure relative au client visée à l'art. 42a, al. 2 et 4 à 6, LFINMA (soit la procédure administrative conférant le droit d'être entendu et un droit de recours) fait actuellement partie de la procédure d'assistance administrative de la FINMA. Elle fait figure d'exception en comparaison internationale ; les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers ainsi que certaines instances internationales estiment qu'elle limite considérablement la capacité de la FINMA à accorder l'assistance administrative, ce qui est susceptible de mettre en péril la transparence, l'intégrité et la stabilité du marché financier. L'expérience quant à la pratique de la FINMA en matière d'assistance administrative montre que ce sont en majorité des acteurs à l'égard desquels il existe un soupçon fondé de délit d'initié ou de manipulation du marché en lien avec des instruments des marchés financiers étrangers qui se prévalent du droit d'être entendu et du droit de recours garantis par la procédure relative au client, souvent à plusieurs reprises. L'expérience montre en outre que la procédure relative au client est employée pour différer la transmission d'informations, avec pour résultat un fort risque de réputation pour la Suisse et pour sa place financière.

Tout acteur qui opère et investit volontairement sur une place financière ou une plateforme de négociation étrangère doit s'attendre à ce que les autorités locales de surveillance des marchés financiers aient, au regard du cadre juridique applicable, un besoin légitime, souvent urgent, d'avoir des informations concernant les transactions exécutées ; il ne devrait pas pouvoir exercer le droit d'être entendu et le droit de recours que lui confère la législation suisse pour différer la procédure engagée par une autorité de surveillance étrangère. En l'espèce, à la protection des droits individuels s'opposent l'intérêt public à la stabilité, à l'intégrité et à la transparence des marchés financiers, ainsi que la protection des autres acteurs des marchés financiers, y compris leur intérêt légitime à ce que les marchés soient équitables et transparents. La prompt communication des informations, sans droit d'être entendu ni procédure de recours, est donc, aujourd'hui déjà, conforme aux normes internationales. Pour ce qui est des autorités suisses, les informations qu'elles sollicitent dans le cadre de demandes d'assistance administrative adressées à des autorités étrangères leur sont transmises rapidement et sans accroc. Par ailleurs, force est de constater qu'actuellement, les clients consentent déjà régulièrement, via des déclarations de renonciation, à la transmission informelle d'informations aux autorités et services étrangers par les prestataires de services financiers assujettis, alors qu'ils jouissent d'un droit étendu d'être entendu et de faire recours en cas de transmission éventuelle des mêmes informations ou d'informations analogues dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative.

Pour ces raisons, il est proposé de modifier la procédure d'assistance administrative de la FINMA. Deux variantes sont possibles à cet effet : la **proposition A** consiste à durcir la procédure d'assistance administrative en supprimant le droit d'être entendu et le droit de recours des clients concernés. La **proposition B** limite la suppression de ces droits aux cas de transactions en lien avec des abus de marché. Dans l'un et l'autre cas, la protection juridique des clients concernés par l'assistance administrative resterait garantie dans le cadre de la procédure de production de documents et par les principes de spécialité, de confidentialité et de proportionnalité (art. 42 LFINMA).

En somme, il ressort de l'examen de la procédure relative au client qu'il y a une tension entre la protection juridique individuelle et les intérêts publics à l'intégrité du marché et à la stabilité financière. La restriction de la procédure relative au client est une mesure appropriée, nécessaire et raisonnable en vue de protéger ces importants intérêts publics. La suppression envisagée de cette procédure marquerait un changement de paradigme, qui semble toutefois se justifier au regard des intérêts publics prépondérants.

b. La capacité de la FINMA à collaborer aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères sera renforcée par l'ajout dans la LFINMA d'un nouvel article (art. 42b^{bis}). L'Union européenne (UE), en particulier, recourt régulièrement à des procédures

de reconnaissance et de suivi de l'équivalence pour régler l'accès des prestataires de services financiers de pays tiers à son marché intérieur. À cette fin, les autorités européennes de surveillance exigent un échange d'informations suffisant afin de pouvoir examiner la pratique en matière de surveillance dans le pays tiers. Or, les bases légales actuelles (art. 42 et 42b LFINMA) ne permettent pas à la FINMA de participer pleinement à ce genre d'audit. À titre d'exemple, l'échange d'informations non accessibles au public est en principe impossible. Cela risque de mettre en péril les reconnaissances d'équivalence du cadre réglementaire suisse déjà obtenues dans le domaine des marchés financiers et de faire obstacle à de futures reconnaissances. Afin de pallier ces risques, le nouvel art. 42b^{bis} AP-LFINMA crée une base légale expresse pour cette forme de collaboration internationale.

c. L'évaluation ex post de la circulaire 2017/6 (« Transmission directe ») de la FINMA relative à l'art. 42c LFINMA a montré qu'en pratique, l'interprétation de l'art. 42c, al. 1 et 2, LFINMA n'est pas du tout évidente pour les assujettis concernés. Les modifications qu'il est proposé d'apporter à l'art. 42c LFINMA visent à renforcer la sécurité juridique dans le cadre de la transmission directe d'informations par les assujettis, qui se fait de manière informelle. L'art. 42c LFINMA précisera expressément à quelles fins des informations pourront être transmises directement : à des fins de surveillance (al. 1) et pour la réalisation transfrontalière d'opérations financières (al. 2). Les assujettis ne devront informer la FINMA qu'en cas de transmission directe d'informations à des fins de surveillance telle que visée à l'al. 1. Comme actuellement, cette obligation ne concerna que la communication d'informations portant sur des faits importants au sens de l'art. 29, al. 2, LFINMA. La loi précisera également que la transmission directe d'informations visée à l'al. 2 ne pourra pas avoir pour destinataires des autorités fiscales ou pénales étrangères.

d. Il faut que la communication soit aussi rapide et directe que possible dans le domaine de la surveillance des marchés financiers, par exemple en cas d'infraction et pour protéger l'intégrité et la transparence du marché financier. C'est pourquoi il est important que des documents en matière de surveillance puissent être notifiés aussi directement que possible de la Suisse vers des pays étrangers, et inversement. Or, la notification directe de documents n'est en principe pas admise sans base légale spécifique. Elle ne l'est pas non plus dans le cadre de la Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative (STE 094), ratifiée par la Suisse, puisque la Suisse a déclaré exclure la surveillance des marchés financiers du champ d'application de cette convention. L'avant-projet prévoit d'autoriser le Conseil fédéral à modifier les déclarations correspondantes de la Suisse. En outre, un nouvel art. 42d AP-LFINMA créera une base légale spécifique qui permettra à la FINMA d'autoriser la notification directe de documents en matière de surveillance des marchés financiers visant à garantir le droit d'être entendu, pour autant que la réciprocité soit accordée. La notification directe à des fins d'administration des preuves dans le cadre d'enquêtes ou de procédures étrangères restera toutefois interdite.

e. L'art. 43 LFINMA régit les audits hors du pays d'origine (contrôles sur place), exécutés directement à l'étranger par la FINMA ou directement en Suisse par les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers. Des incertitudes existent actuellement à cet égard dans le cas des externalisations (outsourcing), que ce soit au sein d'un groupe ou en dehors, lorsque le prestataire de services en Suisse n'est ni formellement intégré dans la surveillance consolidée de l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers (qui n'est donc pas « home supervisor » ou autorité du pays d'origine), ni assujetti à la surveillance en Suisse. Face à l'augmentation des externalisations de tâches, aussi bien au sein des groupes qu'en dehors, et au recours croissant à des prestations transfrontalières telles que des services en nuage, le fait que des audits directs hors du pays d'origine ne puissent être effectués qu'auprès des assujettis s'avère trop restrictif. La modification de l'art. 43 LFINMA permettra à la FINMA de procéder à des audits directs à l'étranger ou d'autoriser des audits directs en Suisse en lien avec l'externalisation d'activités vers la Suisse ou depuis la Suisse afin d'assurer l'exécution des lois sur les marchés financiers. Ces audits pourront être effectués là où se trouvent les informations, peu importe que l'entreprise auditée soit assujettie à la surveillance à l'étranger ou en Suisse ou non.

f. *S'agissant de la surveillance mondiale des grands réseaux de révision, il est proposé d'aligner les dispositions relatives à l'assistance administrative dans le cadre de la collaboration avec des autorités étrangères de surveillance des activités de révision (art. 26 LSR) et des contrôles transfrontaliers (art. 27 LSR) sur celles de la LFINMA. Il convient également de régler expressément la réalisation d'inspections à distance. En outre, il est prévu, par analogie avec la révision de la LFINMA, de créer une base légale explicite concernant la transmission directe d'informations par les assujettis et la notification de documents en matière administrative hors du pays d'origine.*

g. *En ce qui concerne l'activité exercée par la BNS en tant que surveillant des infrastructures des marchés financiers d'importance systémique, il est proposé de réviser l'art. 21 LBN (collaboration avec des autorités étrangères) pour l'harmoniser avec les conditions applicables à l'assistance administrative introduites en 2016 et énoncées à l'art. 42, al. 2, let. a, LFINMA (principe de spécialité). La LBN sera également complétée par un art. 50b^{bis} analogue au nouvel art. 42b^{bis} LFINMA, qui permettra à la BNS et à la FINMA d'agir de manière concertée dans le cadre des procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères, par exemple les évaluations et suivis de l'équivalence de l'UE dans le domaine des infrastructures des marchés financiers d'importance systémique.*

Table des matières

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | Contexte | 8 |
| 1.1 | Nécessité d'agir et objectifs visés | 8 |
| 1.2 | Solutions étudiées et solution retenue | 10 |
| 1.3 | Relation avec le programme de la législature, avec le plan financier et avec les stratégies du Conseil fédéral | 12 |
| 2 | Comparaison avec le droit étranger, notamment européen | 13 |
| 2.1 | Normes internationales en matière de collaboration transfrontalière entre autorités de surveillance des marchés financiers | 13 |
| 2.1.1 | Norme de l'Organisation internationale des commissions de valeurs | 13 |
| 2.1.2 | Norme de l'Association internationale des contrôleurs d'assurances | 14 |
| 2.1.3 | Norme du Groupe d'action financière | 15 |
| 2.2 | Collaboration entre les autorités de surveillance des marchés financiers de l'UE dans le cadre du système européen de surveillance financière | 15 |
| 2.3 | Collaboration entre les autorités des pays tiers et les autorités européennes de surveillance dans le cadre de la reconnaissance et du suivi de l'équivalence par l'UE | 16 |
| 2.4 | Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative | 18 |
| 3 | Grandes lignes de l'avant-projet | 19 |
| 3.1 | Nouvelle réglementation proposée | 19 |
| 3.1.1 | Procédure d'assistance administrative (art. 42a AP-LFINMA) | 19 |
| 3.1.2 | Collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères sur le cadre réglementaire suisse (art. 42b ^{bis} AP-LFINMA) | 23 |
| 3.1.3 | Transmission d'informations par des assujettis (art. 42c AP-LFINMA) | 24 |
| 3.1.4 | Notification hors du pays d'origine de documents à des fins de surveillance des marchés financiers (art. 42d AP-LFINMA) | 26 |
| 3.1.5 | Audits hors du pays d'origine (art. 43 AP-LFINMA) | 28 |
| 3.1.6 | Dispositions de la loi sur la surveillance de la révision régissant l'assistance administrative | 29 |
| 3.1.7 | Dispositions de la loi sur la Banque nationale régissant l'assistance administrative | 30 |
| 3.2 | Mise en œuvre | 30 |
| 4 | Commentaire des dispositions | 30 |
| 4.1 | Loi sur la surveillance des marchés financiers | 30 |
| 4.2 | Loi sur la surveillance de la révision | 42 |
| 4.3 | Loi sur la Banque nationale | 45 |
| 4.4 | Modification des déclarations de la Suisse relatives à l'art. 1, par. 2 et 3, de la Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative | 47 |
| 5 | Conséquences | 47 |
| 5.1 | Conséquences pour la Confédération | 47 |
| 5.2 | Conséquences pour les cantons et les communes ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne | 48 |
| 5.3 | Conséquences économiques | 48 |
| 5.4 | Conséquences sociales | 49 |
| 5.5 | Conséquences environnementales | 49 |
| 6 | Aspects juridiques | 49 |
| 6.1 | Constitutionnalité | 49 |
| 6.2 | Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse | 50 |

| | | |
|-----|---|-----------|
| 6.3 | Forme de l'acte à adopter | 51 |
| 6.4 | Frein aux dépenses | 51 |
| 6.5 | Délégation de compétences législatives | 51 |
| 6.6 | Protection des données | 51 |
| | Tableau récapitulatif des données utilisées dans le rapport explicatif | 52 |

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

La dernière révision de la législation concernant la collaboration internationale de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et de la Banque nationale suisse (BNS) a été effectuée dans le cadre de l'adoption de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF)¹ et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016². Depuis lors, la tendance au renforcement de la surveillance transfrontalière, à la collaboration et à l'échange d'informations entre autorités de surveillance des marchés financiers, ainsi qu'à la transmission directe d'informations par des assujettis, n'a fait que se renforcer. Depuis quelques années, le nombre de demandes d'assistance administrative adressées à la FINMA par des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers se maintient à un niveau élevé. Les demandes proviennent majoritairement des pays voisins, de l'Union européenne (UE), des États-Unis et du Royaume-Uni³. Le nombre de cas complexes dans le cadre des activités de surveillance transfrontalière et dans le domaine des procédures de reconnaissance et d'audit des autorités étrangères tend à augmenter.

De nos jours, la possibilité, pour les autorités nationales compétentes, de collaborer entre elles, surtout en matière de surveillance des marchés financiers, ainsi qu'avec les prestataires de services financiers intéressés, est une condition essentielle pour assurer l'existence d'un système financier qui soit ouvert aux opérations transfrontalières et qui puisse demeurer interconnecté au niveau international, sans compromettre l'intégrité du marché, la transparence et la stabilité financière. Les prestataires de services financiers suisses tels que les banques et les sociétés d'assurance ont intérêt à ce que cette condition, indispensable à leur activité internationale, soit réalisée. Cette tendance n'a pas fléchi avec l'abolition du secret bancaire en matière fiscale à l'échelle internationale et l'introduction de l'échange automatique de renseignements sur les comptes financiers à des fins fiscales.

Les exigences internationales en matière de collaboration internationale des autorités de surveillance des marchés financiers entre elles et avec les prestataires de services financiers ont évolué depuis l'entrée en vigueur de la législation actuelle, et le cadre juridique suisse n'est plus entièrement à niveau. Une révision ou modification des dispositions correspondantes est donc indiquée pour renforcer la réputation et le rôle mondial de la place financière suisse.

L'expérience acquise depuis l'entrée en vigueur des dispositions actuelles en 2016 et les analyses effectuées par le Département fédéral des finances (DFF) en collaboration avec la FINMA, l'Office fédéral de la justice (OFJ), la BNS et l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) ont montré qu'il était notamment nécessaire de modifier les dispositions suivantes de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)⁴ :

- La procédure relative au client visée à l'art. 42a, al. 2 et 4 à 6, LFINMA (soit la procédure administrative conférant le droit d'être entendu et un droit de recours) fait actuellement partie de la procédure d'assistance administrative de la FINMA. Elle fait figure d'exception en comparaison internationale, et les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers ainsi que certaines instances internationales estiment qu'elle limite considérablement la capacité de la FINMA à accorder l'assistance administrative.

¹ RS 958.1

² RO 2015 5339

³ Voir FINMA, Statistiques générales en matière d'*enforcement* 2023, à l'adresse www.finma.ch > Documentation > Publications FINMA > Statistiques et indicateurs > Enforcement : <https://www.finma.ch/fr/documentation/publications-finma/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/> (page consultée le 22 avril 2024)

⁴ RS 956.1

L'expérience acquise depuis 2016 quant à la pratique de l'assistance administrative montre que ce sont en majorité des acteurs à l'égard desquels il existe un soupçon fondé de délit d'initié ou de manipulation du marché en lien avec des instruments des marchés financiers étrangers qui se prévalent du droit d'être entendu et du droit de recours garantis par la procédure relative au client, souvent à plusieurs reprises. Cette procédure et, en particulier, la procédure de recours sont employées pour différer la transmission d'informations. Dans ces cas-là, peu importe que les recours soient en fin de compte rejetés par les tribunaux.

Aujourd'hui, quiconque opère volontairement sur une place financière ou une plateforme de négociation étrangère doit accepter que les autorités locales de surveillance des marchés financiers puissent avoir, au regard du cadre juridique applicable, un besoin légitime, souvent urgent, d'avoir des informations concernant les transactions exécutées. Le droit à une protection juridique individuelle va alors à l'encontre de l'intérêt public à la stabilité, à l'intégrité et à la transparence des marchés financiers, ainsi que de la protection des autres acteurs de ces marchés contre les pratiques de marché inéquitables. Selon les normes internationales, les informations doivent pouvoir être communiquées promptement. Il est à l'avantage des autorités suisses que les informations qu'elles sollicitent dans le cadre de demandes d'assistance administrative adressées à des autorités étrangères leur soient transmises de manière rapide et efficace. C'est pourquoi il s'agit de revoir en profondeur la procédure relative au client.

- S'agissant des art. 42 et 42*b* LFINMA, une question récurrente est celle de la possibilité, pour la FINMA, de collaborer aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères sur le cadre réglementaire et prudentiel suisse. Autre question récurrente, celle de savoir si la Suisse doit avoir une base légale claire concernant la transmission d'informations, notamment d'informations non accessibles au public. L'avant-projet établit une telle base (art. 42*b*^{bis} AP-LFINMA).
- En ce qui concerne les dispositions de l'art. 42*c* LFINMA sur la transmission directe et informelle d'informations non accessibles au public aux autorités et services étrangers par des assujettis, on constate depuis 2016 que les situations justifiant la transmission directe d'informations et les finalités admissibles ne sont pas claires. Les exigences applicables, en particulier s'agissant de la finalité, seront donc clarifiées afin de renforcer la sécurité juridique. Par ailleurs, la collaboration internationale directe des assujettis sera adaptée de manière à être aussi cohérente que possible avec les possibilités dont dispose la FINMA dans le cadre de la collaboration entre autorités par voie d'assistance administrative.
- Pour ce qui est des audits directs hors du pays d'origine (contrôles sur site) visés à l'art. 43 LFINMA, l'expérience acquise depuis 2016 révèle qu'il est insuffisant que pareils audits ne puissent être exécutés que dans les établissements d'assujettis ou dans des établissements dont l'activité est intégrée dans la surveillance consolidée. Face à l'augmentation de l'externalisation de tâches, aussi bien au sein de groupes qu'en dehors, vers ou depuis l'étranger à des entreprises non assujetties, et au recours croissant à des prestations transfrontalières telles que les services en nuage, il convient de modifier l'art. 43 LFINMA pour couvrir ces nouveaux cas de figure.
- Depuis la révision de 2016, face à la nécessité, pour elles, de pouvoir communiquer aussi rapidement que possible en cas d'infraction ou d'abus de marché, les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers ont demandé à maintes reprises de pouvoir notifier directement des documents en matière administrative à des destinataires en Suisse. Le nouvel art. 42*d* AP-LFINMA vise à donner suite à cette demande en établissant la base légale nécessaire.

La révision mentionnée des dispositions relatives à l'assistance administrative de la LFINMA implique, en matière de surveillance des sociétés nationales des grands réseaux d'audit, de

répercuter ces dispositions sur celles concernant l'assistance administrative de la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur la surveillance de la révision (LSR)⁵, en particulier sur l'art. 26 LSR relatif à la collaboration avec des autorités étrangères de surveillance des activités de révision et l'art. 27 LSR relatif aux contrôles transfrontaliers. Par ailleurs, il est prévu d'intégrer aussi à la LSR une nouvelle base légale pour la collaboration directe entre les entreprises soumises à surveillance et les autorités étrangères et pour la notification directe de documents en matière administrative. L'avant-projet prévoit enfin une base légale concernant l'exécution d'inspections à distance (contrôles à distance).

La révision de la LFINMA nécessitera également de modifier les dispositions d'assistance administrative de la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale (LBN)⁶. En particulier, l'art. 21 LBN, qui porte sur le principe de spécialité, sera adapté de manière qu'il concorde avec les dispositions de l'art. 42, al. 2, let. a, LFINMA introduites en 2016. Par ailleurs, un nouvel art. 50b^{bis} AP-LBN permettra à la BNS de collaborer aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères concernant les infrastructures des marchés financiers d'importance systémique, par analogie avec l'art. 42b^{bis} AP-LFINMA.

Le but commun de toutes les modifications législatives évoquées est, comme mentionné plus haut, de renforcer la réputation et le rôle mondial de la place financière suisse en établissant un cadre juridique cohérent et clair concernant la collaboration internationale des autorités de surveillance suisses, d'une part, et des assujettis, d'autre part. Ce cadre permettra de faire en sorte que le système financier suisse reste ouvert aux opérations transfrontalières et interconnecté au niveau international, sans compromettre l'intégrité du marché, la transparence et la stabilité financière.

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

Les dispositions de la LFINMA ne correspondent plus aux exigences internationales actuelles. À défaut de révision, il faut donc s'attendre à une détérioration importante des perspectives commerciales pour la place financière suisse, voire à ce que les prestataires de services financiers préfèrent délocaliser leurs opérations à l'étranger. Pour cette raison, l'idée de ne pas réviser les dispositions d'assistance administrative de la LFINMA a été écartée.

La révision proposée suit une approche systématique et transversale. Elle ne se borne pas aux dispositions de la LFINMA concernant l'assistance administrative ; elle introduit aussi de nouvelles bases légales, notamment concernant la collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères et la notification de documents en matière administrative hors du pays d'origine, en incluant également les dispositions de la LSR et de la LBN.

Plusieurs propositions ont été élaborées et examinées concernant la révision de la procédure relative au client (art. 42a LFINMA), qui fait actuellement partie de la procédure d'assistance administrative de la FINMA. L'avant-projet destiné à la consultation retient deux de ces propositions. La **proposition A** consiste à abroger le droit d'être entendu et le droit de recours des clients dans le cadre de la procédure d'assistance administrative de la FINMA. Ce durcissement de la procédure en question marquerait un changement de paradigme. Il serait toutefois compatible avec l'art. 42c, al. 1, LFINMA, qui permet aux assujettis de collaborer directement et de transmettre des informations de manière informelle, ce à quoi les clients consentent régulièrement via des déclarations de renonciation (*waivers*). La **proposition B** prévoit de durcir la procédure relative au client uniquement dans le cadre des demandes d'assistance administrative adressées par des autorités étrangères en lien avec des délits d'initié ou des manipulations du marché⁷.

⁵ RS 221.302

⁶ RS 951.11

⁷ Voir le commentaire des propositions A et B aux ch. 3.1.1 et 4.1

Après examen approfondi, une troisième proposition consistant à concrétiser les possibilités actuelles en matière d'assistance administrative, avec notification a posteriori et contrôle en aval de la conformité au droit au sens de l'art. 42a, al. 4, LFINMA, n'a pas été retenue en raison des expériences faites lorsque cette disposition a été appliquée. Les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers n'acceptent pas le contrôle en aval de la conformité au droit en Suisse et estiment que cette possibilité compromet significativement la sécurité juridique en matière d'administration des preuves à l'étranger, lors de la phase des débats de la procédure judiciaire⁸. Il n'y a donc pas lieu d'examiner cette proposition réglementaire plus en détail.

Un argument en faveur de la proposition A est que la procédure relative au client fait figure d'exception sur le plan international, et que l'on y voit de plus en plus un obstacle à une assistance administrative efficace. Cette procédure fait qu'il est compliqué de maintenir l'ouverture du système financier suisse aux opérations transfrontalières, et elle met en péril la transparence, l'intégrité et la stabilité des marchés financiers. L'expérience montre qu'elle est souvent utilisée de manière abusive, notamment lorsqu'il y a soupçon de manipulation du marché ou de délit d'initié. Plusieurs organisations internationales telles que le Groupe d'action financière (GAFI) se montrent critiques à son égard⁹, ce qui met en évidence l'important risque auquel est exposée la réputation de la place financière suisse.

L'assistance administrative au sens de la LFINMA se distingue aussi nettement de celle fournie dans d'autres domaines en ce qui concerne la protection des droits individuels. À la différence des acteurs de l'assistance administrative en matière fiscale par exemple, qui vise principalement à établir la taxation individuelle, les autorités de surveillance des marchés financiers assurent une fonction globale de surveillance consistant à protéger les intérêts publics à l'intégrité du marché, à la transparence des marchés financiers et à la stabilité financière ainsi que les intérêts des investisseurs. Pour assurer cette protection tout comme l'équité et la transparence des marchés dans la finance et le négoce de valeurs mobilières, il faut agir rapidement et efficacement contre les abus de marché. Compte tenu du caractère transfrontalier des transactions financières, il est essentiel d'accorder une assistance administrative en temps utile de manière à réduire au minimum les risques immédiats pour les consommateurs et les investisseurs. Il s'ensuit que la suppression ou la restriction de la procédure relative au client contribuerait aussi à la surveillance des marchés financiers et servirait la FINMA et les autorités étrangères de surveillance dans l'accomplissement de leurs tâches en permettant une assistance administrative plus rapide et plus efficace.

Dans la pratique, les personnes qui opèrent volontairement sur une place financière ou une plateforme de négociation étrangère doivent s'attendre à ce que les autorités locales de surveillance des marchés financiers puissent avoir un besoin légitime, souvent urgent, d'avoir des informations concernant leurs transactions. D'ailleurs, les clients des prestataires de services financiers assujettis acceptent régulièrement, via des déclarations de renonciation, que des informations soient transmises de façon informelle à des autorités étrangères, alors qu'ils jouiraient d'un droit étendu d'être entendu et de faire recours dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative.

Dans ce contexte, l'intérêt public à la stabilité, à l'intégrité et à la transparence des marchés financiers, ainsi que la protection des autres acteurs du marché et de leur intérêt légitime à ce que les marchés soient équitables et transparents s'opposent à l'intérêt individuel à la protection juridique dans le cadre de la procédure d'assistance administrative. Au vu de cette opposition entre les droits individuels des clients et les intérêts publics à l'intégrité du marché et à la stabilité financière, il convient de procéder à une pesée des intérêts. Il ressort des explications ci-avant que la restriction du droit d'être entendu et du droit de recours est appropriée, nécessaire et raisonnable afin de préserver les intérêts publics mentionnés. Le changement

⁸ Il s'agit en l'espèce de la doctrine du fruit de l'arbre empoisonné (*fruit of the poisonous tree*) concernant l'effet indirect de l'interdiction d'utiliser certains moyens de preuve ; voir le ch. 3.1.1.

⁹ Voir le commentaire au ch. 2.1.3

de paradigme qu'entraînerait la suppression envisagée de la procédure relative au client semble par conséquent se justifier au regard de l'intérêt public prépondérant.

En ce qui concerne l'art. 42c LFINMA sur la transmission directe d'informations par les assujettis, deux propositions visant à clarifier le champ d'application de l'al. 2 ont été examinées de manière approfondie : une disposition d'exécution et une liste des types de situations dans lesquelles des informations pourraient être transmises directement, dans le cadre d'une autorégulation du secteur financier concerné, approuvée par la FINMA. Au final, ces propositions n'ont pas été retenues, les sondages réalisés n'ayant pas permis de constater un quelconque intérêt du secteur financier en question.

S'agissant de l'art. 43 LFINMA, l'alternative envisagée était une obligation de collaborer visant les entreprises non assujetties à la surveillance en Suisse qui ont conclu, en tant que prestataire externe, un contrat d'externalisation d'affaires avec un prestataire de services financiers étranger assujetti, dans le contexte de la révision permettant à la FINMA d'autoriser l'autorité étrangère de surveillance compétente à auditer directement ces entreprises. Cette alternative n'a pas été retenue, car le prestataire audité n'est pas assujetti à la surveillance de la FINMA.

Enfin, l'avant-projet propose une variante de l'art. 43 LFINMA dans l'hypothèse où la procédure relative au client serait effectivement supprimée (proposition A pour l'art. 42a LFINMA) : supprimer également le *private banking carve out* visé à l'art. 43, al. 3^{bis} et 3^{ter}, LFINMA, soit la possibilité qu'une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers ait accès aux informations des clients lors d'un contrôle direct en Suisse¹⁰.

1.3 Relation avec le programme de la législature, avec le plan financier et avec les stratégies du Conseil fédéral

Le 16 juin 2023, le Conseil fédéral a chargé le DFF, plus précisément le Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI) d'examiner en profondeur les dispositions relatives à l'assistance administrative internationale de la LFINMA (art. 42 s.), de la LSR (art. 26 s.) et de la LBN (art. 21 et 50b) avec le concours du Département fédéral de justice et police et de l'OFJ, de la FINMA, de la BNS et de l'ASR, d'identifier les éventuelles mesures à prendre et de lui soumettre un projet destiné à la consultation. Il est prévu d'ouvrir la procédure de consultation au deuxième semestre 2024¹¹. Le projet figure dans le message du 24 janvier 2024 sur le programme de la législature 2023 à 2027¹².

¹⁰ Voir le commentaire de la proposition aux ch. 3.1.5. et 4.1

¹¹ Voir Objectifs du Conseil fédéral 2024, objectif 3.9, p. 17, à l'adresse www.admin.ch > Droit fédéral : <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fgae/2023/18/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fgae-2023-18-fr-pdf-a.pdf> (page consultée le 22 avril 2024)

¹² Voir le message du 24 janvier 2024 sur le programme de la législature 2023 à -2027, objectif 3, pp. 110 et 118, à l'adresse www.admin.ch > Droit fédéral : <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fgae/2024/13/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fgae-2024-13-fr-pdf-a.pdf> (page consultée le 22 avril 2024)

2 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

2.1 Normes internationales en matière de collaboration transfrontalière entre autorités de surveillance des marchés financiers

2.1.1 Norme de l'Organisation internationale des commissions de valeurs

L'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), entité internationale réunissant les commissions de valeurs du monde entier, est reconnue comme l'organisme mondial de normalisation pour les valeurs. Elle a été fondée en 1983. Ses membres régulent plus de 95 % des marchés de valeurs dans plus de 130 juridictions¹³. L'OICV élabore et met en œuvre des normes reconnues au niveau international en matière de réglementation des valeurs et promeut le respect de ces normes dans les juridictions de ses membres. Elle œuvre intensivement avec le G20 et le Conseil de stabilité financière (CSF) à la réalisation du programme mondial de réforme réglementaire.

Le mémorandum d'accord multilatéral de l'OICV portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations (*Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information*, ci-après le « MMoU de l'OICV »)¹⁴, instrument central de la surveillance des marchés, fixe à l'intention de l'ensemble des autorités de surveillance membres de l'OICV, une norme de collaboration transfrontalière entre autorités de surveillance des marchés financiers et commissions de valeurs. En 2002, les signataires du MMoU de l'OICV sont convenus des principes applicables à la consultation, à la collaboration et à l'échange d'informations mutuels, visant à assurer une meilleure mise en œuvre de la réglementation des marchés de valeurs au niveau mondial et à garantir l'intégrité et la stabilité du système financier.

L'OICV a pour principale priorité actuellement de faire en sorte que tous ses membres appliquent le MMoU dans leur système juridique, son but étant d'assurer l'existence d'une collaboration concrète, de protéger les investisseurs et de garantir l'équité et l'efficacité sur les marchés des valeurs. Le MMoU de l'OICV définit des exigences, applicables à l'identique dans toutes les juridictions des membres de l'OICV, concernant les modalités de l'échange d'informations. Il établit en particulier des prescriptions sur les compétences juridiques dont une autorité de surveillance doit disposer pour pouvoir demander et transmettre des informations par voie d'assistance administrative. Il prévoit également des règles sur la confidentialité et les utilisations permises des informations non publiques communiquées dans le cadre de l'assistance administrative. Enfin, le MMoU de l'OICV prescrit que les lois nationales des pays signataires ne doivent pas les empêcher d'échanger des informations avec leurs organisations partenaires dans d'autres pays. Les signataires du MMoU de l'OICV doivent notamment être en mesure de reconstituer toutes les transactions sur valeurs mobilières et produits dérivés, y compris les données relatives à tous les fonds et avoirs transférés depuis et vers les comptes bancaires et comptes-titres relatifs à ces transactions, et de communiquer les informations correspondantes par voie d'assistance administrative. Cette règle s'applique également aux données de clients protégées par le secret bancaire.

¹³ Voir www.iosco.org > About IOSCO > Who We Are : https://www.iosco.org/about/?subsection=about_iosco (page consultée le 22 avril 2024)

¹⁴ Voir www.iosco.org > About IOSCO > International Cooperation > MMoU : <https://www.iosco.org/about/?subsection=mmou> (page consultée le 22 avril 2024)

En décembre 2022, près de 130 commissions de valeurs avaient signé le MMoU de l'OICV ; la FINMA est signataire depuis le 15 février 2010¹⁵. Pour signer cet accord, la FINMA s'est fondée sur l'art. 6, al. 2, LFINMA. Aujourd'hui, la mise en œuvre de cette norme applicable à la collaboration entre autorités de surveillance des marchés financiers est une condition essentielle de l'autorisation des activités transfrontalières dans les pays et les juridictions concernés.

2.1.2 Norme de l'Association internationale des contrôleurs d'assurances

Fondée en 1944, l'Association internationale des contrôleurs d'assurances (AICA) est un organisme normatif mondial qui élabore des normes internationales pour la surveillance des assurances et qui aide à les mettre en application. Basée à Bâle, l'AICA réunit les autorités de surveillance de près de 200 pays, représentant presque 97 % des primes d'assurance du monde entier¹⁶. Par ses activités, elle s'engage en faveur d'une surveillance efficace et cohérente à l'échelle internationale visant à faire en sorte que les marchés des assurances soient équitables, sûrs et stables et à garantir la protection des assurés. Un autre objectif est d'assurer la stabilité financière. L'AICA joue un rôle clé dans l'identification des principales tendances et évolutions susceptibles de transformer le secteur des assurances. Elle aide notamment le G20 et d'autres organismes normatifs internationaux à prendre en compte et à gérer en continu les nouveaux risques et les défis qui se posent au niveau mondial.

Dans le cadre de ses attributions, l'AICA promeut notamment les échanges entre ses membres en proposant une plateforme multilatérale de collaboration et de partage d'impressions et de données d'expérience sur la surveillance des assurances et les marchés des assurances. Pour l'AICA également, la collaboration étroite entre les autorités de surveillance des marchés financiers est une condition essentielle d'une surveillance efficace des entreprises d'assurance, en particulier des groupes d'assurance actifs au niveau international, ainsi que de la stabilité du système financier. Elle est également indispensable pour que ces entreprises puissent accéder aux marchés correspondants.

Le mémorandum d'accord multilatéral (*Multilateral Memorandum of Understanding*, MMoU) de l'AICA¹⁷ est le cadre normatif qui établit, à l'intention des autorités de surveillance qui sont membres de l'AICA, une base formelle homogène pour la collaboration en matière de surveillance des assurances. Il pose comme condition que le pays dans lequel une autorité de surveillance des assurances a son siège dispose d'une législation conforme à cette norme commune. Avant de pouvoir signer le MMoU de l'AICA, les membres de l'AICA sont soumis à une procédure de contrôle stricte. Actuellement, 84 membres de l'AICA sont signataires du MMoU.

¹⁵ Depuis le 15 octobre 2019, la FINMA est aussi signataire d'un autre accord de l'OICV, l'*Enhanced Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information* (EMMoU, mis en vigueur en 2016). Compte tenu de l'évolution technologique observée dans le domaine du négoce de valeurs mobilières, l'OICV a décidé d'élargir, dans le cadre de son EMMoU, les compétences dont doivent disposer les autorités de surveillance des marchés financiers qui font partie de ses membres. Il s'agit des compétences dites « ACFIT » : « Obtaining Audit papers » (obtention des documents de révision), « Compelling attendance for testimony » (convocation pour témoignage), « Freezing of assets, if possible, if not, advise or provide information on how to freeze assets » (gel d'avoirs si possible, sinon indiquer comment geler les actifs), « Obtaining Internet Service Provider Records (not including the content of communications) » (obtention des données du fournisseur d'accès à Internet, sans le contenu des communications), « Obtaining Telephone Records (not including the content of communications) » (obtention des données de l'opérateur de téléphonie, sans le contenu des communications). Les autorités intéressées peuvent signer l'EMMoU dans son ensemble ou à l'égard de trois compétences particulières (« signataire ACF » ou « signataire de l'annexe A.2 ») (mise en œuvre modulaire). La FINMA est signataire de l'annexe A.2.

¹⁶ Voir www.iaisweb.org > About the IAIS > What we do > <https://www.iaisweb.org/about-the-iais/what-we-do/> (page consultée le 22 avril 2024)

¹⁷ Voir www.iaisweb.org > About the IAIS > IAIS MMoU : <https://www.iaisweb.org/about-the-iais/mmou/> (page consultée le 22 avril 2024)

Ils représentent collectivement plus de trois quarts du secteur mondial des assurances (en primes brutes). Dans les pays correspondants, la norme de l'AICA sur la collaboration en matière de surveillance des assurances est mise en œuvre de manière homogène. La FINMA a elle aussi signé le MMoU de l'AICA, en septembre 2011, en se fondant sur l'art. 6, al. 2, LFINMA.

2.1.3 Norme du Groupe d'action financière

Fondé en 1989, le Groupe d'action financière (GAFI) est l'organisme international chef de file en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Il a élaboré 40 recommandations, qui n'ont toutefois pas la même valeur juridique contraignante qu'une convention internationale ratifiée par un État. Cela étant, tout État qui les approuve prend l'engagement politique de les mettre en œuvre dans son ordre juridique. Le GAFI soumet régulièrement ses États membres à un examen de leurs cadres respectifs de mise en œuvre de ses recommandations. Comme les autres États membres, la Suisse a approuvé ces dernières, si bien qu'elle est tenue de les appliquer sur son territoire.

La recommandation 40 porte sur les autres formes de coopération internationale que l'entraide judiciaire. Selon cette recommandation, les pays devraient s'assurer que leurs autorités compétentes peuvent, de manière rapide, constructive et efficace, accorder la coopération internationale la plus large possible en matière de blanchiment d'argent, d'infractions préalables au blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Dans ce contexte, le GAFI se montre critique à l'égard de la procédure relative au client, estimant qu'elle est susceptible de nuire à la capacité de la FINMA à accorder une coopération internationale rapide. Qui plus est, la procédure relative au client limite l'accès des autorités étrangères de surveillance aux informations relatives aux clients dans le cadre des audits hors du pays d'origine visés à l'art. 43 LFINMA. Il s'ensuit que l'autorité étrangère de surveillance n'est pas en mesure de vérifier la qualité de la surveillance consolidée des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme qui est assurée par la société mère dans le pays d'origine¹⁸.

2.2 Collaboration entre les autorités de surveillance des marchés financiers de l'UE dans le cadre du système européen de surveillance financière

C'est explicitement que l'UE n'a pas harmonisé ou unifié le droit administratif des États membres de l'UE (art. 197, par. 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁹). Conformément au principe de l'autonomie administrative des États membres, ce sont ces derniers qui appliquent en règle générale le droit communautaire. Une application directe du droit communautaire par l'UE n'intervient que dans certains domaines spécifiques.

Il existe des obligations qualifiées de collaboration entre l'UE et les États membres d'une part et entre les États membres de l'UE d'autre part, fondées sur le principe de coopération loyale. L'art. 4, par. 3, du Traité sur l'Union européenne²⁰ ne permet pas cependant d'en déduire une obligation générale d'assistance administrative mutuelle. En effet, l'assistance administrative et la coopération en matière administrative entre les États membres ne sont pas réglées de manière globale, mais par domaines. La coopération en matière de surveillance des marchés financiers au sein de l'UE est elle aussi réglée par domaines, plus précisément dans le cadre du Système européen de surveillance financière (SESF).

¹⁸ Voir le par. 457 et le critère 40.15 dans le rapport d'évaluation mutuelle du GAFI concernant la Suisse publié en décembre 2016, à l'adresse www.sif.admin.ch > Politique et stratégie en matière de marchés financiers > Intégrité de la place financière, ou à l'adresse www.fatf-gafi.org

¹⁹ Voir www.eur-lex.europa.eu : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:fr:PDF> (page consultée le 22 avril 2024)

²⁰ Voir www.eur-lex.europa.eu : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0020.02/DOC_1&format=PDF (page consultée le 22 avril 2024)

Composé d'autorités et de comités, le SESF est un système fortement intégré régissant la coopération entre les autorités nationales, qui vise à harmoniser la surveillance des marchés financiers au sein de l'UE²¹. Il réunit notamment les trois autorités européennes de surveillance, à savoir l'Autorité européenne des marchés financiers, l'Autorité bancaire européenne et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles, qui regroupent les autorités nationales de surveillance des États membres. Constitué le 1^{er} janvier 2011, le SESF n'a cessé de se développer dans le contexte de l'introduction dans l'UE de l'union bancaire²² et de l'union des marchés des capitaux.

À l'heure actuelle, les trois autorités européennes de surveillance constituent, avec les autorités nationales de surveillance des États membres, le pilier microprudentiel de la surveillance des marchés financiers de l'UE. Tandis que la surveillance courante des prestataires de services financiers reste la tâche des autorités de surveillance nationales, les autorités européennes ont pour mission de coordonner l'action des autorités nationales ainsi que de développer et de mettre en œuvre des pratiques de surveillance convergentes dans l'UE. Une collaboration sans faille entre autorités est une condition indispensable à cette fin. Aujourd'hui, les autorités européennes de surveillance ont également le pouvoir de formuler des recommandations relatives à des cas concrets à l'attention des autorités nationales de surveillance des États membres.

Dans le cadre du marché intérieur de l'UE, les autorités européennes de surveillance collaborent non seulement à des fins prudentielles, mais également en matière de réglementation. Elles élaborent notamment les normes techniques réglementaires et les normes techniques d'exécution que la Commission européenne adopte sous la forme d'actes délégués ou d'actes d'exécution.

2.3 Collaboration entre les autorités des pays tiers et les autorités européennes de surveillance dans le cadre de la reconnaissance et du suivi de l'équivalence par l'UE

Dans certaines parties du droit des marchés financiers, le droit européen prévoit des procédures d'équivalence à l'égard des pays tiers. Ces procédures visent à assurer un équilibre entre, d'une part, la stabilité financière et la protection des investisseurs au sein de l'UE et, d'autre part, les avantages d'un marché financier européen ouvert et intégré à l'échelle mondiale. Elles sont également, du point de vue de l'UE, un instrument essentiel pour favoriser une réglementation harmonisée avec les normes internationales et la coopération en matière de surveillance avec les autorités des pays tiers²³. Il s'agit en premier lieu d'éviter les doublons pour les prestataires européens de services financiers et les autorités européennes de surveillance dans le cadre des activités transfrontalières. En même temps, l'UE souhaite que ses entreprises et ses investisseurs puissent bénéficier d'une gamme plus vaste de prestations et de produits, dans la mesure où ceux-ci correspondent au cadre réglementaire européen. À cet effet, la Commission européenne détermine si le système de réglementation et de surveillance des marchés financiers du pays tiers, dans le secteur des services financiers, remplit les conditions de l'équivalence avec le système européen et si une reconnaissance d'équivalence peut donc être prononcée.

Une reconnaissance d'équivalence de l'UE peut donc faciliter l'accès au marché intérieur européen pour les prestataires de services financiers de pays tiers. Par exemple, la Commission

²¹ Voir www.finma.ch > FINMA > Coopération internationale > Politiques et réglementation : <https://www.finma.ch/fr/finma/cooperation-internationale/politiques-et-reglementation/autorites-europeennes-de-surveillance/> (page consultée le 22 avril 2024)

²² Voir www.consilium.europa.eu > Thèmes > Politiques de l'UE > Union bancaire : <https://www.consilium.europa.eu/fr/politiques/banking-union/> (page consultée le 22 avril 2024)

²³ Commission européenne, « Commission Staff Working Document, EU equivalence decisions in financial services policy: an assessment », SWD (2017) 102 final, 27 février 2017

européenne reconnaît aujourd'hui le système suisse de surveillance des assurances comme équivalent à celui instauré par la directive 2009/138/CE (solvabilité II), qui fait foi dans l'UE²⁴ ; il en est de même du cadre réglementaire suisse pour les contreparties centrales²⁵ et des exigences de fonds propres relatives aux risques de crédit pour les établissements de crédit et les entreprises d'investissement²⁶.

La Commission européenne a publié sa politique d'équivalence avec les pays tiers dans le domaine des services financiers dans une communication officielle datée du 29 juillet 2019²⁷. Dans ce contexte, les autorités européennes de surveillance ont été chargées de surveiller en continu la pratique en matière de réglementation et de surveillance des marchés financiers des pays tiers au bénéfice de décisions d'équivalence et de les soumettre à un contrôle régulier (« suivi de l'équivalence ») ; les résultats de ce suivi doivent faire l'objet d'un rapport présenté à la Commission européenne, au Conseil européen et au Parlement européen²⁸. Le mandat des autorités européennes de surveillance consiste à vérifier le respect continu des critères sous-tendant une décision d'équivalence et des conditions fixées dans la décision.

Le suivi de l'équivalence vise donc à pouvoir retracer les évolutions pertinentes en matière de réglementation et de surveillance et le développement du marché en vue de garantir la stabilité financière, l'intégrité des marchés, la protection des investisseurs et des clients, ainsi que le bon fonctionnement du marché intérieur. Impliquant un échange d'informations entre les différentes autorités, ce suivi n'est fondamentalement pas comparable à l'assistance administrative visée aux art. 42 et 42a LFINMA, qui fonctionne au cas par cas. Les informations à échanger avec une autorité de surveillance d'un pays tiers dans le cadre d'un suivi de l'équivalence varient en fonction de la procédure d'équivalence applicable au pays en question. Elles concernent également la pratique en matière de surveillance pour le secteur faisant l'objet d'une décision d'équivalence. Elles doivent permettre de tirer des conclusions concrètes sur la pratique de surveillance sur la base de cas particuliers au niveau des établissements. L'échange d'informations entre les autorités des pays tiers et les autorités européennes de surveillance aux fins du suivi de l'équivalence peut donc également porter sur des informations concernant certains titulaires d'autorisation.

Les autorités européennes de surveillance sont en droit de contacter les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers afin d'obtenir des informations et de conclure avec elles des accords administratifs (*bilateral arrangements, multilateral arrangements*)²⁹. Les autorités européennes de surveillance peuvent toutefois aussi effectuer le suivi de l'équivalence sans prise de contact.

Si les autorités d'un pays tiers ne sont pas disposées ou aptes à coopérer, les autorités européennes de surveillance doivent en aviser la Commission européenne.

²⁴ Voir www.eur-lex.europa.eu : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015D1602&from=EN> (page consultée le 22 avril 2024)

²⁵ Voir www.eur-lex.europa.eu : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015D2042&from=EN> (page consultée le 22 avril 2024)

²⁶ Voir www.eur-lex.europa.eu : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014D0908-20200107&from=EN> (page consultée le 22 avril 2024)

²⁷ Voir « Équivalence dans le domaine des services financiers » à l'adresse www.ec.europa.eu : [Services financiers : la Commission présente sa politique d'équivalence avec les pays tiers \(europa.eu\)](http://www.ec.europa.eu/Services-financiers-la-Commission-pr%C3%A9sente-sa-politique-d-%C3%A9quivalence-avec-les-pays-tiers-europa.eu) (page consultée le 22 avril 2024)

²⁸ Voir « Équivalence dans le domaine des services financiers », 9 s.

²⁹ Il s'agit en règle générale de pures déclarations d'intention (*Memoranda of Understanding, MoU*) qui sont dépourvues d'effet juridique contraignant et qui ne peuvent pas être invoquées devant un tribunal.

2.4 Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative

La Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative (STE 094)³⁰ fait obligation aux États contractants de s'accorder mutuellement assistance pour la notification des documents en matière administrative. Ouverte à la signature en 1977, elle est entrée en vigueur en 1982. Outre la Suisse (depuis le 1^{er} octobre 2019), les États contractants sont l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, l'Estonie, la France, l'Italie et le Luxembourg³¹. La STE 094 s'inspire dans les grandes lignes de la Convention du 1^{er} mars 1954 relative à la procédure civile³² et de la Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale³³, que la Suisse a ratifiées³⁴.

L'art. 1 de la convention définit son champ d'application, soit toutes les matières administratives, et dispose que les États contractants s'engagent à s'accorder mutuellement assistance pour la notification des documents en matière administrative (par. 1), sauf dans le domaine fiscal et dans le domaine pénal (par. 2). Lors de la ratification de la STE 094, la Suisse a exclu la surveillance des marchés financiers du champ d'application de cette convention au moyen de déclarations, faites en vertu des par. 2 et 3 de l'art. 1 de celle-ci³⁵. Au demeurant, la STE 094 ne définit pas la notion de « matière administrative »³⁶. Elle prévoit que les États désignent une autorité centrale chargée de recevoir les demandes de notification de documents et d'y donner suite (art. 2, par. 1). Les États fédéraux ont la faculté de désigner plusieurs autorités centrales (art. 2, par. 1). En plus de la notification effectuée par l'autorité centrale, la STE 094 prévoit d'autres modes de notification, à condition que l'État contractant n'ait pas adressé une déclaration contraire³⁷. Un État contractant peut ainsi faire notifier un document au destinataire directement par l'un de ses fonctionnaires consulaires ou l'un de ses agents diplomatiques (art. 10, par. 1 ; voie consulaire directe). La possibilité de notifier directement par voie postale est également prévue (art. 11). La notification par voie diplomatique demeure du reste toujours ouverte (art. 12, par. 1). Toute demande de notification doit se faire conformément à une formule modèle annexée à cet effet à la STE 094 (art. 3)³⁸. En règle générale, l'État requis peut notifier le document au destinataire par remise simple si ce dernier l'accepte volontairement (art. 6, par. 2). Si l'État requérant demande le respect d'une forme déterminée pour la notification, l'État requis est tenu de l'observer, à condition qu'elle soit compatible avec son propre droit (art. 6, par. 1, let. b).

L'autorité requise peut refuser de donner suite à une demande de notification qui ne respecte pas les dispositions de la STE 094 ; si tel est le cas, elle doit informer immédiatement l'autorité requérante des motifs de son refus (art. 5). L'art. 14 énumère les motifs de refus possibles³⁹. La notification peut ainsi être refusée si la matière sur laquelle porte le document n'est pas

³⁰ RS **0.172.030.5** ; FF **2017 5589**

³¹ Voir [www.fedlex.admin.ch](https://www.fedlex.admin.ch/eli/treaty/2016/1929/fr) : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/treaty/2016/1929/fr> (page consultée le 22 avril 2024)

³² RS **0.274.12**

³³ RS **0.274.131**

³⁴ FF **2017 5589, 5603**

³⁵ Voir [www.fedlex.admin.ch](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2019/533/fr#lvl_u2) : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2019/533/fr#lvl_u2 (page consultée le 22 avril 2024)

³⁶ FF **2017 5589, 5602**

³⁷ FF **2017 5589, 5603**

³⁸ FF **2017 5589, 5603**

³⁹ FF **2017 5589, 5604**

couverte par la convention (art. 14, par. 1, let. a). Il est également possible de refuser la demande de notification si le destinataire n'est pas trouvé à l'adresse indiquée par l'autorité requérante ou si son adresse ne peut être facilement déterminée (art. 14, par. 1, let. c). Il convient aussi de souligner que l'autorité de l'État requis peut estimer que l'exécution d'une demande de notification est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de cet État (art. 14, par. 1, let. b). L'État requis dispose ainsi d'une marge de manœuvre suffisante pour être à même de faire une pesée d'intérêts circonstanciée dans le cas d'espèce et de prendre une décision relative à la notification et à ses modalités⁴⁰.

3 Grandes lignes de l'avant-projet

3.1 Nouvelle réglementation proposée

3.1.1 Procédure d'assistance administrative (art. 42a AP-LFINMA)

Aux termes de l'art. 53 LFINMA, les dispositions de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)⁴¹ et, partant, celles concernant l'audition, la collaboration et le droit de recours, s'appliquent à l'assistance administrative de la FINMA. De fait, la procédure d'assistance administrative de la FINMA inclut actuellement la procédure relative au client visée à l'art. 42a, al. 2 et 4 à 6, LFINMA, autrement dit une procédure administrative conférant aux clients concernés le droit d'être entendu et un droit de recours.

La procédure suisse relative au client fait figure d'exception en comparaison internationale⁴², et les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers estiment qu'elle limite considérablement la capacité de la FINMA à accorder l'assistance administrative. Le droit d'être entendu et le droit de recours garantis dans la procédure suisse relative au client ne correspondent plus à la norme internationale⁴³. Par conséquent, il devient de plus en plus difficile d'assurer l'ouverture du système financier suisse aux opérations transfrontalières et son interconnexion internationale sans compromettre la transparence, l'intégrité du marché et la stabilité financière. L'expérience quant à la pratique de l'assistance administrative montre que ce sont en majorité des acteurs à l'égard desquels il existe un soupçon fondé de délit d'initié ou de manipulation du marché en lien avec des instruments des marchés financiers étrangers qui se prévalent du droit d'être entendu et du droit de recours garantis par la procédure relative

⁴⁰ FF 2017 5589, 5604

⁴¹ RS 172.021

⁴² D'après Stefan Oesterhelt / Martin Zweifel in : Peter Sester / Beat Brändli / Oliver Bartholet / Reto Schiltknecht (édit.), *Finanzmarktrecht und Finanzmarktinfrastrukturen*, St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht (Zurich / Saint-Gall 2018), 517, nbp 27, seul le Liechtenstein connaît une telle implication des clients concernés ; voir également Urs Zulauf, *Kooperation oder Obstruktion? – 20 Jahre Amtshilfe im Finanzmarktrecht vom Börsengesetz zum FINFRAG*, in : *GesKR 2015*, 336 s., 343 ; Shelby du Pasquier Valérie Menoud in : Rolf Watter / Rashid Bahar, *Basler Kommentar zum FINMAG / FinfraG* (2019), art. 42a, no 10.

⁴³ Voir Peter Nobel, *Schweizerisches Finanzmarktrecht* (2019), 602

au client⁴⁴, souvent à plusieurs reprises⁴⁵. On sait d'expérience que cette procédure (consultation du dossier, échange d'écritures, prononcé d'une décision, procédure de recours) sert à différer la transmission d'informations. Dans ces cas-là, peu importe que les recours soient en fin de compte rejetés par les tribunaux.

Des organes internationaux comme le GAFI sont aussi critiqués à l'égard de ce cadre juridique dans le contexte de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Cela engendre un important risque de réputation pour la Suisse et pour sa place financière. Quiconque opère et investit sur un marché étranger doit s'attendre à ce que les autorités locales de surveillance des marchés financiers cherchent à obtenir les informations dont elles ont besoin, par exemple concernant les risques liés à la transaction internationale concernée, l'identité des clients et le déroulement de l'opération. Dans ce contexte, une prompt transmission des informations, sans droit d'être entendu et ni procédure de recours, est conforme aux normes internationales⁴⁶.

Bien que des synergies puissent exister, la coopération en matière de surveillance des marchés financiers est distincte de la coopération administrative internationale dans d'autres domaines, comme celui des impôts. En matière fiscale, l'assistance administrative sert principalement à établir la taxation⁴⁷, et les autorités fiscales n'exercent aucune surveillance sur les contribuables. Les autorités de surveillance des marchés financiers, par contre, exercent une fonction de contrôle et de surveillance dans l'intérêt public ; elles sont chargées d'assurer la protection aussi bien au niveau individuel qu'au niveau du système dans son ensemble. Il leur incombe d'une part de défendre les créanciers, les investisseurs et les assurés (protection des individus) ; d'autre part, dans le cadre de leur fonction de surveillance des marchés financiers, elles doivent assurer la prévention des crises financières systémiques, sauvegarder la confiance accordée par le public au système des intermédiaires financiers et garantir un marché fonctionnel et efficient (protection du système dans son ensemble).

⁴⁴ Dans le domaine de l'assistance administrative, il y a un soupçon fondé de délit d'initié lorsqu'une transaction a été effectuée sur des instruments financiers liés à une valeur mobilière admise à la négociation sur un marché étranger peu avant et peu après une publication ayant affecté le cours de la valeur mobilière en question. Exemple : la publication d'une information confidentielle (fusion d'entreprise imminente) fera probablement augmenter le cours des titres de participation dans les entreprises concernées. Peu avant la publication, les initiés achètent des instruments financiers correspondants, qu'ils revendent à profit après la publication de l'information confidentielle, quand les titres ont gagné de la valeur. Très souvent, le soupçon décrit par l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers se confirme lorsque les établissements bancaires suisses impliqués dans les transactions produisent les documents correspondants. D'autres éléments renforçant le soupçon sont un volume relativement élevé d'instruments financiers négociés ou le fait que ce soit la première fois que le client investit dans une valeur donnée.

⁴⁵ Par exemple, pendant la période 2015-2022, une dizaine de personnes soupçonnées d'être parties à des cercles d'initiés ont fortement sollicité l'assistance administrative. L'une d'entre elles a mené sept procédures. Ces potentiels cercles d'initiés faisaient ou, pour certains, font encore l'objet d'enquêtes de plusieurs autorités de surveillance étrangères. Les personnes soupçonnées de faire partie desdits cercles apparaissent toujours régulièrement dans divers dossiers d'assistance administrative et font souvent l'objet de notifications a posteriori. Certaines autorités étrangères de surveillance des marchés financiers s'abstiennent de faire des demandes impliquant une information a posteriori des clients car, au cas où un tribunal constate ultérieurement que les informations ont été transmises de manière illicite, la procédure étrangère risquerait d'être compromise, voire sujette à révision. La procédure relative au client est donc susceptible, d'une part, de retarder considérablement la coopération et, d'autre part, elle expose les procédures des autorités étrangères à des impondérables et des insécurité juridiques en aval. Tout cela au détriment de la réputation de la place financière suisse.

⁴⁶ Voir le ch. 2.1.1

⁴⁷ Voir l'art. 26, par. 1, du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu et la fortune, à l'adresse www.oecd-ilibrary.org : https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modele-de-convention-fiscale-concernant-le-revenu-et-la-fortune-2017-version-complete_0faf9b6c-fr#page4 (page consultée le 22 avril 2024)

La protection des individus comme celle du système dans son ensemble sont tributaires de conditions de marché équitables et transparentes, surtout dans la finance et le négoce de valeurs mobilières, ce qui exige d'intervenir promptement et résolument en cas d'abus de marché (délit d'initié, manipulation de marché). Compte tenu de la rapidité d'exécution des transactions financières internationales et les risques concomitants pour les consommateurs et les investisseurs, il est essentiel que l'assistance administrative puisse être fournie dans les meilleurs délais.

L'art. 42a, al. 4, LFINMA prévoit d'ores et déjà une certaine restriction des droits de procédure dans le cadre de l'assistance administrative. La disposition permet à la FINMA de s'abstenir d'informer les clients concernés avant de communiquer les informations demandées si une telle information risque de compromettre le but de l'assistance administrative et l'accomplissement efficace des tâches de l'autorité requérante. Dans ce genre de cas, seul un contrôle en aval de la conformité au droit est possible. Or, certaines autorités étrangères estiment que ce contrôle prévu a posteriori en Suisse met justement en péril la sécurité juridique en ce qui concerne l'administration des preuves requise à l'étranger dans la phase des débats de la procédure judiciaire⁴⁸.

Il faut par ailleurs se demander dans quelle mesure la procédure relative au client sert encore les intérêts des clients, puisque ces derniers acceptent régulièrement la transmission informelle d'informations aux autorités et services étrangers par les assujettis. Vu le recours quasi généralisé à des déclarations de renonciation (*waivers*) par lesquelles les clients consentent à la transmission informelle de nombreuses informations par les assujettis conformément à l'art. 42c LFINMA, il est au moins permis de douter que les obligations de confidentialité propres à la procédure relative au client de la FINMA, telle que pratiquée actuellement, déploient encore un effet et fournissent une valeur ajoutée⁴⁹.

Deux propositions sont formulées dans le cadre de l'avant-projet : **la proposition A** consiste à durcir la procédure d'assistance administrative en abrogeant le droit d'être entendu et le droit de recours des clients (la procédure relative au client), ce qui équivaut à harmoniser la procédure d'assistance administrative et ses exigences avec les vastes possibilités déjà existantes en matière de transmission directe et informelle d'informations par les assujettis. La mise en œuvre de cette proposition permettrait d'établir un cadre juridique clair en ce qui concerne la collaboration internationale des autorités suisses de surveillance d'une part et des assujettis d'autre part et, partant, de renforcer incontestablement le rôle mondial et la réputation de la place financière suisse.

La proposition B limiterait cette restriction aux cas d'abus de marché qui concernent le marché financier étranger. Les demandes d'assistance administrative relatives à des délits d'initiés et à des manipulations de marché comportent souvent un soupçon fondé d'implication des

⁴⁸ Il s'agit en l'espèce de la doctrine du fruit de l'arbre empoisonné (*fruit of the poisonous tree*) concernant l'effet indirect de l'interdiction d'utiliser certains moyens de preuve. Selon cette doctrine, une interdiction d'exploiter une preuve peut avoir pour effet non seulement l'exclusion de la première preuve illicite mais aussi celle des preuves découvertes subséquemment grâce à la première preuve. Toute la procédure est alors compromise.

⁴⁹ Selon les conditions générales de nombreuses banques suisses, les clients qui entament une relation d'affaires et effectuent des transactions et des prestations qui comprennent en particulier une composante internationale, renoncent déjà actuellement au secret bancaire et à la protection offerte par la loi fédérale sur la protection des données (LPD). Ce faisant, les clients autorisent la banque à communiquer des informations à des tiers étrangers (notamment les autorités et services étrangers). Voir aussi le rapport Finance numérique du Conseil fédéral de février 2022, p. 24, selon lequel « les définitions des obligations de garder le secret ont évolué au fil du temps (l'échange automatique de renseignements s'étant par exemple établi entre-temps) ».

clients et comptes concernés⁵⁰. Au final, la procédure relative au client a souvent pour effet de protéger des clients visés par un soupçon fondé de délit d'initié ou de manipulation du marché en lien avec des instruments d'un marché financier étranger. Il n'est pas rare que certaines personnes suscitent des soupçons d'une année à l'autre. Par conséquent, l'art. 42a, al. 2, AP-LFINMA dans sa nouvelle mouture ne s'appliquera pas dans les cas où les transactions des clients se répercutent sur le marché étranger et où la demande d'assistance administrative d'une autorité étrangère est en lien avec un délit d'initié ou une manipulation du marché⁵¹. Dans le cas d'enquêtes relatives à des abus de marché, la FINMA n'aura pas non plus d'obligation d'informer a posteriori les clients concernés. La procédure relative au client continuera de s'appliquer à tous les autres cas (p. ex. activités exercées sans droit, violation des obligations en matière de déclaration ou de publicité).

Dans les deux variantes, la FINMA restera tenue d'examiner concrètement, avant l'octroi d'une prestation d'assistance administrative, le respect des principes légaux de confidentialité, de spécialité et de proportionnalité visés à l'art. 42 LFINMA et l'existence d'un soupçon initial suffisant⁵². De même, la procédure de production de documents continuera à s'appliquer, avec le droit d'être entendu et le droit de recours garantis par la PA.⁵³ La protection juridique spéciale applicable à toute personne concernée par une procédure d'assistance administrative de la FINMA restera donc garantie.

Cette procédure, qui offre de larges possibilités d'être entendu et de faire recours, ne correspond plus aux normes internationales, et représente de plus en plus un obstacle à une assistance administrative efficace. Il en résulte des risques pour l'interconnexion internationale du système financier, ainsi que pour la confiance dans les marchés financiers et dans la surveillance exercée sur eux par la Suisse. Par ailleurs, la réputation des marchés financiers pourrait être mise en péril à l'échelle internationale. En ce qui concerne la procédure d'assistance administrative, les besoins de protection juridique individuelle se confrontent à l'intérêt public à la stabilité, à l'intégrité et à la transparence des marchés financiers ainsi qu'à la protection des autres acteurs de ces marchés et à leur droit légitime à des conditions de marché équitables et transparentes. Cette confrontation des droits individuels des clients avec les intérêts publics en faveur de l'intégrité du marché et de la stabilité financière requiert une pesée des intérêts.

Compte tenu de ce qui précède, la restriction du droit d'être entendu et du droit de recours est appropriée, raisonnable et nécessaire en vue de protéger les intérêts publics concernés. La

⁵⁰ Telle que présentée dans la demande d'assistance administrative, l'évolution du cours des valeurs admises au négoce sur le marché étranger, comparée à celle des transactions identifiées ayant eu lieu peu avant et peu après l'événement ayant affecté le cours et confirmées par les documents produits par l'établissement bancaire suisse, nourrit souvent un fort soupçon d'abus de marché.

⁵¹ Les cas de manipulation de marché et de délit d'initié correspondent à 65 % du total des demandes d'assistance administrative (voir FINMA, Statistiques générales en matière d'enforcement 2020-2022, à l'adresse www.finma.ch > Documentation > Publications FINMA > Statistiques et indicateurs > Statistiques > Enforcement : <https://www.finma.ch/fr/documentation/publications-finma/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/> (page consultée le 22 avril 2024).

⁵² La FINMA doit examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles violations de prescriptions légales et réglementaires ou de distorsions du marché qui justifient la demande d'assistance administrative. Elle doit refuser l'assistance administrative si les informations demandées n'ont aucun rapport avec l'enquête ou ne sont pas pertinentes, c'est-à-dire si elles s'avèrent ne pas être à même de contribuer à déterminer des faits incriminés, de sorte que ladite demande se révèle être un prétexte à une recherche de moyens de preuve (*fishing expedition*). Tant que la présentation des faits de l'autorité étrangère ne comporte pas d'erreurs, de lacunes ou d'incohérences manifestes, la FINMA, en tant qu'autorité sollicitée, doit s'y tenir ; voir le message concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF), FF 2014 7235, 7369.

⁵³ Si un détenteur de renseignements refuse de les fournir à la FINMA (al. 1), la procédure administrative concerne uniquement la divulgation des informations et ne confère pas la qualité de partie en ce qui concerne leur transmission par la FINMA à l'autorité étrangère.

suppression envisagée de cette procédure marquerait un changement de paradigme, qui se justifie au regard de l'intérêt public prépondérant.

3.1.2 Collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères sur le cadre réglementaire suisse (art. 42b^{bis} AP-LFINMA)

La reconnaissance du cadre réglementaire suisse et de la pratique correspondante de la FINMA est souvent indispensable pour que les prestataires de services financiers suisses puissent avoir accès aux marchés étrangers. Sur la base d'une telle reconnaissance, par exemple une reconnaissance d'équivalence de la Commission européenne, les prestataires de services financiers suisses peuvent bénéficier d'une autorisation à entreprendre une activité à l'étranger ou être exemptés des prescriptions réglementaires dans le pays où ils exercent leur activité⁵⁴. La FINMA est régulièrement partie à des procédures d'audit de ce genre, notamment celles des autorités de surveillance européennes, qu'elle soutient en vue d'une reconnaissance du cadre réglementaire suisse, y compris la pratique en matière de surveillance.

Les autorités étrangères qui exécutent ces examens de reconnaissance et audits ne sont pas forcément des autorités de surveillance au sens de l'art. 42 LFINMA, et la coopération dans ce contexte n'a pas lieu, à strictement parler, dans un but de surveillance des marchés financiers ou d'un prestataire de services financiers. Comme mentionné plus haut, elle sert à préparer la reconnaissance du cadre réglementaire suisse et de la pratique de surveillance correspondante de la FINMA dans un secteur déterminé du marché. Les informations transmises doivent permettre à l'autorité étrangère d'évaluer le cadre réglementaire suisse et la pratique correspondante en matière de surveillance. La collaboration de la FINMA aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères concernant le cadre réglementaire suisse ne fait donc pas partie, à strictement parler, de l'assistance administrative internationale au sens des art. 42 s. LFINMA, qui ne constituent dès lors pas toujours une base légale suffisante.

Selon la situation, l'art. 42b LFINMA ne représente pas non plus une base suffisante pour la collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères sur le cadre réglementaire suisse. En principe, l'échange d'informations visé à l'art. 42b LFINMA est réservé aux organisations et organes internationaux aux activités desquelles la Suisse participe activement (p. ex. en tant que membre ou coopératrice), que l'organe suisse impliqué soit la FINMA, la BNS ou une autorité administrative (voir également à ce sujet le message concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers⁵⁵). Il s'agit d'organisations focalisées sur l'élaboration de normes internationales visant à protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés ainsi qu'à assurer le bon fonctionnement du marché financier, telles le Fonds monétaire international, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, l'AICA, l'OICV, le GAFI et le CSF. Il ressort en outre de l'énoncé de l'art. 42b LFINMA que son champ d'application est restreint à l'échange d'informations dans le cadre des initiatives multilatérales de ces organisations et organes. Selon les cas, l'art. 42b LFINMA ne s'appliquerait pas à la transmission d'informations en dehors d'un tel cadre multilatéral, par exemple lorsque des informations sont requises uniquement par la Suisse. Par conséquent, comme mentionné plus haut, l'art. 42b LFINMA, qui règle également un cas de coopération internationale de la FINMA distinct de l'assistance administrative à proprement parler au sens de l'art. 42 LFINMA, ne constitue pas non plus une base légale claire sur laquelle fonder un échange d'informations dans le cadre des procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères.

Faute de loi au sens formel, la FINMA risque de ne pas être à même de fournir la coopération internationale nécessaire à la reconnaissance du cadre réglementaire suisse dans une mesure suffisante. En particulier, le droit actuel permet en principe uniquement de transmettre des informations accessibles au public sur la pratique de surveillance de la FINMA, ses directives

⁵⁴ Voir le ch. 2.3

⁵⁵ FF 2014 7235, 7371 et (s'agissant de l'art. 50b LBN) 7353

et les assujettis. Or, la FINMA a déjà épuisé le cadre juridique dont elle dispose à cet effet. De fait, elle n'a pas toujours été en mesure de mettre à disposition les renseignements nécessaires, du point de vue de l'autorité étrangère, à l'audit de son cadre réglementaire et de sa pratique en matière de surveillance, et en particulier des informations non accessibles au public. Au final, cette insécurité qui entoure les possibilités légales de divulgation dont dispose la FINMA péjore les résultats des audits.

Partant de l'actuel art. 42b LFINMA, qui règle également un cas de coopération internationale de la FINMA distinct de l'assistance administrative à strictement parler au sens de l'art. 42 LFINMA, le nouvel art. 42b^{bis} AP-LFINMA crée une base légale spécifique qui autorise expressément la transmission d'informations non accessibles au public sur le cadre réglementaire suisse et la pratique de la FINMA en matière de surveillance dans le cadre des procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères, pour autant que la FINMA estime que ces informations sont pertinentes aux fins d'assurer l'audit.

Ces informations concernent notamment les directives et procédures internes de la FINMA et des extraits de ses dossiers de surveillance, qui peuvent comporter des informations concernant les assujettis, par exemple sur les programmes et les priorités de la FINMA relatifs à la surveillance d'un établissement en particulier, sur des exemples d'évaluation des garanties d'une activité irréprochable ou des extraits de rapports de surveillance et d'audit.

3.1.3 Transmission d'informations par des assujettis (art. 42c AP-LFINMA)

Le législateur a introduit l'art. 42c LFINMA dans le but de décharger les assujettis, surtout leurs collaborateurs. Il s'agissait de permettre aux assujettis de s'acquitter de leurs obligations à l'égard des autorités et d'autres services étrangers de surveillance des marchés financiers en jouissant d'une sécurité juridique, sans que leurs collaborateurs ne risquent en permanence de se rendre punissables au sens de l'art. 271 du code pénal (CP)⁵⁶. L'art. 42c LFINMA ne se limite toutefois pas aux cas relevant de l'application de l'art. 271 CP.

L'art. 42c, al. 1, LFINMA en vigueur permet aux assujettis de transmettre des informations non accessibles au public aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont ils dépendent et à d'autres services étrangers chargés de la surveillance, pour autant que les conditions de l'assistance administrative soient remplies et que les droits des clients et des tiers soient garantis. En vertu de l'art. 42c, al. 2, LFINMA, ils peuvent en outre transmettre des informations qui ne sont pas publiques et qui se rapportent à des opérations réalisées par des clients et des assujettis, pourvu que les droits des clients et des tiers soient garantis. L'actuel art. 42c LFINMA dispose en outre, à son al. 3, qu'une transmission directe d'informations à une autorité étrangère ou un service étranger par l'assujetti doit au préalable être déclarée à la FINMA si les informations concernent des faits importants au sens de l'art. 29, al. 2, LFINMA. La FINMA a toujours la possibilité de réserver la voie de l'assistance administrative, option dont elle a fait usage avec beaucoup de retenue depuis l'introduction de l'art. 42c LFINMA en 2016⁵⁷.

⁵⁶ RS 311.0

⁵⁷ Selon les informations fournies par la FINMA, elle n'a réservé la voie de l'assistance administrative que quinze fois entre 2017 et 2022.

L'évaluation ex post⁵⁸ de la circulaire 2017/6 « Transmission directe »⁵⁹ de la FINMA a montré qu'en pratique, l'interprétation de l'art. 42c, al. 1 et 2, LFINMA suscite des incertitudes juridiques pour les prestataires de services financiers. Pour cette raison, il est proposé de modifier l'art. 42c LFINMA de manière à clarifier le rapport entre l'al. 1 et l'al. 2, en définissant de manière plus précise les exigences correspondantes, notamment les fins auxquelles les informations peuvent être transmises et le champ d'application des deux dispositions. Il s'agit aussi de préciser le rôle de la FINMA dans ce contexte et d'harmoniser les exigences en matière de coopération directe des assujettis avec les conditions applicables à la coopération entre autorités et à l'assistance administrative de la FINMA.

La version révisée de l'art. 42c, al. 1, LFINMA règlera notamment la transmission directe, par les assujettis, d'informations non accessibles au public aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers et à d'autres services étrangers chargés de la surveillance. Cela ne sera possible que si les conditions relatives à l'assistance administrative fournie par la FINMA (à savoir la confidentialité et la spécialité visées à l'art. 42, al. 2, LFINMA) sont remplies et si les droits des clients et des tiers restent garantis. La transmission d'informations visée à l'art. 42c, al. 1, AP-LFINMA portant sur des faits importants ne sera autorisée que si l'annonce à la FINMA au sens de l'art. 29, al. 2, LFINMA a été effectuée (voir l'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA). C'est le cas lorsqu'une information, en tant que telle, est importante au sens de l'art. 29, al. 2, LFINMA, au point de devoir faire l'objet d'une annonce à la FINMA même si elle n'était pas destinée à être transmise, ou lorsque c'est la transmission qui constitue un fait important ; autrement dit, une information peut devenir importante du fait qu'il est prévu de la communiquer à l'étranger. Le caractère important au sens de l'art. 42c, al. 3, AP-LFINMA découle du moment de la transmission.

La nouvelle version de l'art. 42c, al. 2, LFINMA prévoit en outre que les assujettis peuvent également transmettre directement à l'étranger des informations non accessibles au public se rapportant à des opérations réalisées par des clients et des assujettis et qui sont nécessaires à l'exécution de ces opérations, en conformité avec le droit étranger applicable (en règle générale le droit des marchés financiers). Contrairement aux cas de figure visés à l'art. 42c, al. 1, AP-LFINMA, l'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA dispose expressément que la transmission d'informations ne saurait servir à assurer la surveillance des marchés financiers. Comme mentionné ci-dessus, ces transmissions, qui concernent généralement des informations d'importance mineure ou secondaire, se rapportent à des opérations réalisées par les clients et les assujettis et sont effectuées aux fins de l'exécution de ces opérations, selon le droit étranger applicable en l'espèce.

L'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA s'appliquera principalement aux déclarations effectuées par les assujettis aux référentiels centraux étrangers dans le cadre d'opérations sur valeurs mobilières exécutées pour leurs clients. Mais l'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA ne vise pas que les communications standardisées effectuées en masse au titre d'obligations de déclarer et de renseigner imposées par le droit étranger. Lorsque les conditions sont remplies, d'autres types de trans-

⁵⁸ Voir le Rapport sur l'évaluation de la circulaire 2017/6 « Transmission directe » réalisée du 19 juillet au 13 septembre 2019 et les explications concernant le projet de révision partielle de la circulaire, à l'adresse www.finma.ch > Documentation > Auditions et évaluations > Auditions achevées > 2020 : https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoeerungen/laufende-anhoeerungen/20200820-anh-rs-17-06/eb_rs17_06_anh20200820.pdf?sc_lang=fr (page consultée le 22 avril 2024)

⁵⁹ Voir la circulaire 2017/6 « Transmission directe d'informations non publiques à des autorités et services étrangers par des assujettis », Cm 20 s., à l'adresse www.finma.ch > Documentation > Circulaires : https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/rundschreiben/finma-rs-2017-06-20210401.pdf?sc_lang=fr&hash=09B150594E51CAE6CF942EF638652BEA (page consultée le 22 avril 2024)

missions peuvent également avoir lieu dans des cas particuliers, par exemple lorsque les assujettis répondent à des demandes de renseignements individuelles concernant certaines transactions ou certains clients⁶⁰.

Le respect des principes de spécialité et de confidentialité ne sera pas nécessaire dans ces cas de transmission directe d'informations par les assujettis selon l'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA ; il suffira de s'assurer que les droits des clients et des tiers concernés sont garantis. Cela se justifie, car il ne s'agit pas d'une forme de transmission d'informations qui pourrait être opérée par la FINMA par la voie de l'assistance administrative (les informations ne sont pas transmises à des fins de surveillance). Puisque la FINMA ne pourrait pas accorder l'assistance administrative dans de tels cas, il n'est pas nécessaire de lui déclarer la transmission de ces informations. Quoi qu'il en soit, cette disposition ne permettra pas de transmettre des informations à une autorité fiscale ou pénale étrangère, ni à un service étranger mandaté spécifiquement par une autorité fiscale ou pénale étrangère.

La FINMA pourra renoncer au préalable et de manière générale à la réserve d'assistance administrative visée à l'art. 42c, al. 4, AP-LFINMA, aussi bien à l'égard des assujettis que de certaines autorités étrangères de surveillance des marchés financiers.

3.1.4 Notification hors du pays d'origine de documents à des fins de surveillance des marchés financiers (art. 42d AP-LFINMA)

Dans le domaine de la coopération internationale en matière de surveillance des marchés financiers, une question récurrente est de savoir si et comment les autorités étrangères peuvent notifier des documents officiels à des destinataires en Suisse afin de garantir leur droit d'être entendu et, inversement, si et comment la FINMA peut notifier de façon juridiquement valable des documents officiels à des destinataires à l'étranger. Par exemple, une décision doit être communiquée sous la forme prescrite pour qu'elle puisse prendre effet (art. 34, al. 1, PA) ; autrement dit, la notification permet au destinataire de prendre connaissance du contenu de la décision⁶¹. La notification est un processus « technique » par lequel la décision est remise au destinataire ; elle est donc une action qui fait partie du processus de communication⁶².

Le Tribunal administratif fédéral a décrit la situation juridique en ces termes : « En effet, la notification d'un acte officiel susceptible de déployer des effets juridiques (par opposition à un acte au contenu purement informatif) constitue un acte de puissance publique dont l'exécution incombe aux autorités locales [...]. C'est pourquoi lorsque la notification doit intervenir à l'étranger, il convient de procéder par la voie diplomatique ou consulaire à moins qu'une convention internationale ne prévoie expressément le contraire [...]. La notification directe, à l'étranger, par la poste est un acte d'autorité publique sur territoire étranger. Une autorité judiciaire ou un organisme de l'Etat d'envoi ne peut y procéder qu'avec le consentement de l'Etat de destination. La notification irrégulière d'un acte judiciaire est dépourvue d'effet. »⁶³ Cette conception repose sur l'idée que la notification de documents officiels sur le territoire d'un autre Etat porte atteinte à la souveraineté de ce dernier. Sans convention internationale correspondante, la

⁶⁰ Voir le rapport d'évaluation ex post de la FINMA, p. 17

⁶¹ Voir Felix Uhlmann / Alexandra Schilling-Schwank, in : Bernhard Waldmann / Philippe Weissenberger (édit.), *Praxiskommentar VwVG*, 2^e éd. Zurich / Bâle / Genève 2016, art. 34, Cm 2

⁶² Voir Felix Uhlmann / Alexandra Schilling-Schwank, art. 34, Cm 9

⁶³ Voir arrêt du Tribunal administratif fédéral du 26 août 2011, C-2343/2009, consid. 2.2

notification postale directe représente un défaut de notification à la lumière du droit international⁶⁴. En droit fédéral, et encore plus dans les traités internationaux, le nombre de dispositions qui autorisent une notification directe des actes administratifs ne cesse de croître⁶⁵.

Compte tenu du besoin de pouvoir communiquer rapidement et directement dans le domaine de la surveillance des marchés financiers⁶⁶, notamment en cas d'infraction et pour protéger l'intégrité et la transparence du marché, il est important que des documents puissent être notifiés à des fins de surveillance des marchés financiers aussi directement que possible de la Suisse vers des pays étrangers, et inversement. À l'heure actuelle, la possibilité de notification directe à des fins de surveillance des marchés financiers est souvent une condition nécessaire pour que les prestataires de services financiers suisses soient autorisés à opérer à l'international. Or, les dispositions sur l'assistance administrative de la LFINMA en vigueur ne constituent pas une base légale suffisante pour la notification de documents officiels en Suisse depuis l'étranger à des fins de surveillance des marchés financiers. Même dans les rapports avec les États qui, comme la Suisse, ont ratifié la STE 094, une telle notification n'est pas possible, car la Suisse a exclu la surveillance des marchés financiers du champ d'application de cette convention⁶⁷.

Pour les raisons exposées ci-dessus, l'avant-projet propose un nouvel art. 42d AP-LFINMA qui habilite la FINMA à autoriser une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers qui en fait la demande à notifier directement à un destinataire en Suisse des documents par voie postale, si la notification sert des fins de surveillance des marchés financiers et si l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers requérante accorde la réciprocité à la Suisse. En revanche, la notification directe de documents ayant un effet juridique à des fins d'administration des preuves dans le cadre d'enquêtes ou de procédures étrangères ou pour constater un état de fait encore indéfini (p. ex. ordonnance de production, demande d'allégués ou de témoignages, etc.) restera contraire aux dispositions relatives à l'assistance administrative des art. 42 s. LFINMA et, partant, exclue⁶⁸. Ce type d'acte officiel devra continuer à faire l'objet d'une demande d'assistance administrative auprès de la FINMA et ne pourra être accompli sur le territoire suisse que si les dispositions correspondantes de la LFINMA le permettent. L'avant-projet prévoit également d'autoriser le Conseil fédéral à modifier les déclarations

⁶⁴ Arrêt 2C_827/2015 et 2C_828/2015 du Tribunal fédéral du 3 juin 2016 (dont l'arrêt 142 II 411 du Tribunal fédéral publié des extraits), consid. 3.2 non publié. Le Tribunal fédéral précise dans cet arrêt qu'une notification directe effectuée par voie postale en violation du principe de territorialité rend la décision attaquable, mais n'entraîne pas sa nullité. Dans son arrêt 4A_161/2008 du 1^{er} juillet 2008, consid. 4.1, le Tribunal fédéral est cependant arrivé à la conclusion que la notification d'un acte introductif d'instance effectuée en violation de la souveraineté d'un État dans un litige de droit privé est nulle ; le destinataire de l'acte peut se fonder sur l'illicéité de la notification en droit international public afin de se défendre au fond contre la reconnaissance de la décision.

⁶⁵ Par exemple, l'Institut de la propriété intellectuelle (IPI) a la compétence d'indiquer aux autorités compétentes étrangères que la Suisse admet la notification postale directe dans le domaine de la propriété intellectuelle pour autant que l'État étranger accorde la réciprocité (voir l'art. 42, al. 2, de la loi sur la protection des marques, LPM, RS **232.11**). De même, l'avenant du 27 août 2009 à la convention entre la Suisse et la France en vue d'éviter les doubles impositions prévoit l'envoi postal direct pour la notification de créances fiscales ; cf. FF **2009** 1389, p. 1400 (voir l'art 28^{bis}, al. 2, RS **0.672.934.91**). Voir également l'art. 29 de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République fédérative du Brésil (RS **0.831.109.198.1**).

⁶⁶ Par opposition à l'art. 42c LFINMA, qui permet un contact direct et un échange d'informations largement informel entre les assujettis suisses et les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers, ainsi que d'autres autorités.

⁶⁷ Voir ch. 2.4

⁶⁸ De tels actes administratifs effectués sur le territoire suisse par un État étranger ou pour le compte d'un État étranger constituent toujours une atteinte à la souveraineté de la Suisse et – s'ils sont opérés sans l'autorisation d'un département ou du Conseil fédéral (art. 31 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, OLOGA) – sont passibles de sanction en vertu de l'art. 271 CP.

de la Suisse au titre de la STE_094, concernant la surveillance des marchés financiers. Un projet d'arrêté fédéral sera présenté à cet effet.

3.1.5 Audits hors du pays d'origine (art. 43 AP-LFINMA)

Selon l'actuel art. 43, al. 1, LFINMA, la FINMA peut procéder elle-même ou faire procéder par une société d'audit ou par des auditeurs à des audits directs, exclusivement dans des établissements d'assujettis sis à l'étranger, afin d'assurer l'exécution des lois sur les marchés financiers ou dans un but de surveillance des marchés financiers. Réciproquement, l'actuel art. 43, al. 2, LFINMA permet à la FINMA d'autoriser des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers à procéder à des audits directs⁶⁹, à condition que ces autorités soient responsables de la surveillance des assujettis audités au titre de la surveillance incombant au pays d'origine ou chargées de surveiller l'activité des assujettis audités sur leur territoire et que les conditions de l'assistance administrative prévues à l'art. 42, al. 2, LFINMA soient respectées. Des doutes subsistent depuis le début en cas de transfert d'opérations (*outsourcing*) au sein ou à l'extérieur d'un groupe, dans les cas où l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers n'a pas formellement intégré le prestataire de services suisse dans sa surveillance consolidée (autrement dit, lorsqu'il ne s'agit pas d'une autorité du pays d'origine ou *home supervisor*) et que le prestataire externe n'est pas assujetti à la surveillance de la FINMA.

Face au nombre croissant de transferts, opérés au sein ou à l'extérieur d'un groupe, d'activités, de tâches et d'opérations à des entreprises non assujetties, la réglementation actuelle de l'art. 43 LFINMA s'avère trop limitée. La révision proposée de l'art. 43, al. 1, LFINMA vise, d'une part, à permettre à la FINMA de demander à mener des audits visant à assurer l'exécution des lois sur les marchés financiers ou la surveillance des marchés financiers dans les pays où se trouvent les informations pertinentes, indépendamment du fait que l'entreprise auditée soit soumise à surveillance à l'étranger ou non. D'autre part, l'art. 43, al. 2, let. c, AP-LFINMA permettra à la FINMA d'autoriser les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers à procéder, en Suisse, à des audits de prestataires de services non assujettis, même si les prestataires en question ne sont pas assujettis à une surveillance consolidée à l'étranger, pour autant que les prestataires audités se trouvent dans une relation d'externalisation avec un établissement financier soumis à surveillance à l'étranger. Dans ce cas comme dans celui des administrateurs d'indices de référence (nouvelle let. b) dont l'activité est assujettie à surveillance uniquement à l'étranger, la FINMA pourra autoriser les audits hors du pays d'origine si les conditions de l'assistance administrative visées à l'art. 42, al. 2, LFINMA sont remplies. Comme jusqu'ici, la FINMA pourra accorder l'autorisation d'effectuer des audits hors du pays d'origine dans des cas particuliers, mais aussi accorder une autorisation générale préalable à certaines autorités de surveillance des marchés financiers.

L'art. 43, al. 3^{bis} et 3^{ter}, LFINMA régleme le *private banking carve out*, soit la possibilité d'avoir accès aux informations des clients à l'occasion d'un audit direct hors du pays d'origine par une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers. Pour l'essentiel, l'actuel art. 43, al. 3^{bis}, LFINMA prévoit que la FINMA recueille elle-même ces informations et les transmet à l'autorité requérante dans le cadre de l'assistance administrative ordinaire. L'art. 42a LFINMA (Procédure d'assistance administrative) s'applique. En outre, l'art. 43, al. 3^{ter}, LFINMA habilite la FINMA à autoriser, aux fins de l'art. 43, al. 3, LFINMA, l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers, qui est responsable de la surveillance consolidée des assujettis audités, à consulter un nombre limité de dossiers individuels de clients.

⁶⁹ Les audits hors du pays d'origine impliquant des opérations de contrôle requièrent l'autorisation préalable de la FINMA. Il convient de les distinguer des « visites de courtoisie » (*courtesy visits*) et des audits hors du pays d'origine sans opérations de contrôle, qui requièrent tout au plus une déclaration préalable à la FINMA ; voir également le [Guide pratique pour les rencontres prévues à l'art. 43 LFINMA \(édition du 3 mars 2017\)](#), en particulier les [ch. 2.1 et 2.2](#), à l'adresse www.finma.ch > Application du droit > Assistance administrative > Assistance administrative internationale > Contrôles sur place (page consultée le 22 avril 2024).

Le choix des dossiers doit s'effectuer de manière aléatoire, selon des critères fixés au préalable.

Dans l'éventualité où la procédure relative au client visée à l'art. 42a, al. 2 et 4 à 6, LFINMA ne serait pas totalement supprimée (voir la proposition A pour l'art. 42a AP-LFINMA) et resterait applicable, la FINMA pourra autoriser, conformément à la proposition A pour l'art. 43, al. 3^{ter}, AP-LFINMA, la consultation directe de dossiers de clients au titre d'audits directs hors du pays d'origine, dans le champ d'application du *private banking carve out* (voir l'al. 3^{bis}), pour autant qu'elle soit conforme au principe de la proportionnalité et que la transmission directe soit autorisée en vertu de l'art. 42c AP-LFINMA. Cela implique notamment la garantie des droits des clients et des éventuels tiers concernés, laquelle peut en général être obtenue au moyen d'un consentement ou d'une déclaration de renonciation (*waiver*) de la part des clients ou tiers concernés.

La possibilité de consulter les informations de clients et de tiers à l'occasion d'un audit hors du pays d'origine, ainsi que l'étendue de l'accès à ces informations dans les cas visés par l'art. 42c, al. 1, AP-LFINMA, doivent être évaluées sur la base des principes de spécialité, de confidentialité et de proportionnalité (art. 42, al. 2 et 4, LFINMA). Les audits ne doivent en aucun cas avoir pour but premier de permettre un accès illimité aux informations des clients et des tiers, l'autorité étrangère devant, en particulier, se restreindre à un échantillon de clients sur la base de critères fixés au préalable.

Si les conditions d'une transmission directe au sens de l'art. 42c AP-LFINMA sont remplies, des informations non accessibles au public (y c. les informations de clients ayant été consultées dans le respect de la proportionnalité) pourront également être transmises directement à l'autorité étrangère à l'étranger, conformément à l'art. 42c AP-LFINMA, y compris pendant le contrôle sur place.

Si la transmission d'informations au sens de l'art. 42c AP-LFINMA n'est pas possible (p. ex. faute de déclaration de renonciation), la FINMA pourra, en vertu du droit en vigueur, continuer à autoriser, aux fins de l'art. 43, al. 3, LFINMA, l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers responsable de la surveillance consolidée des audités ou les services mandatés par celle-ci à consulter un nombre limité de dossiers individuels de clients selon l'art. 43, al. 3^{bis}, LFINMA. Le choix de ces dossiers devra s'effectuer de manière aléatoire selon des critères fixés au préalable.

Si la procédure relative au client devait être totalement supprimée (voir la proposition A pour l'art. 42a AP-LFINMA), la proposition B pour l'art. 43 AP-LFINMA propose de supprimer également le *private banking carve out*. La suppression totale de la procédure actuelle relative au client selon la proposition A pour l'art. 42a AP-LFINMA inclut donc obligatoirement la suppression de la protection des clients au sens de l'art. 43, al. 3^{bis} et 3^{ter}, LFINMA.

3.1.6 Dispositions de la loi sur la surveillance de la révision régissant l'assistance administrative

Par analogie avec la modification des dispositions de la LFINMA régissant l'assistance administrative, les dispositions relatives à l'assistance administrative applicables à la collaboration avec des autorités étrangères de surveillance des activités de révision (art. 26 LSR) et aux contrôles transfrontaliers (art. 27 LSR) seront également adaptées dans le cadre de la surveillance des sociétés nationales des grands réseaux d'audit. Ces dispositions de la LSR seront alignées sur celles de la LFINMA, et la réalisation d'inspections moyennant un accès à distance sera réglée expressément. Par analogie avec la modification de la LFINMA, une base légale explicite sera créée pour la communication directe d'informations aux autorités de surveillance étrangères par les entreprises de révision soumises à la surveillance de l'État (art. 26a AP-LSR) et la notification de documents hors du pays d'origine à des fins de surveillance (art. 26b AP-LSR).

3.1.7 Dispositions de la loi sur la Banque nationale régissant l'assistance administrative

La modification des dispositions de la LFINMA régissant l'assistance administrative rend également nécessaire l'adaptation à celles de la LFINMA des dispositions de la LBN régissant l'assistance administrative applicables à l'activité de la BNS en tant que surveillant des infrastructures des marchés financiers (IMF) d'importance systémique. À cet effet, les exigences applicables depuis 2016 à l'assistance administrative prévues par l'art. 42, al. 2, let. a, LFINMA (principe de spécialité et transmission des données) viendront compléter l'art. 21 LBN (Collaboration avec des autorités étrangères). Il est également prévu, par analogie avec l'art. 42^{bis} LFINMA, de créer un nouvel art. 50^{bis} AP-LBN (Collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères sur le cadre réglementaire suisse), afin de faciliter une action concertée de la BNS et de la FINMA, notamment lors des évaluations et suivis de l'équivalence de l'UE dans le domaine des IMF.

3.2 Mise en œuvre

L'édition d'une ordonnance du Conseil fédéral pour la mise en œuvre des dispositions modifiées de la LFINMA, de la LSR et de la LBN n'est ni prévue, ni nécessaire. L'exécution des dispositions modifiées est du ressort respectif de la FINMA, de l'ASR et de la BNS, qui ont été consultées dans le cadre de l'élaboration de l'avant-projet et y ont apporté leur contribution. Dans le cadre de l'exécution des dispositions, le DFF ou l'OFJ pourront être consultés dans des cas particuliers⁷⁰.

4 Commentaire des dispositions

4.1 Loi sur la surveillance des marchés financiers

Art. 42a

Proposition A (durcissement de la procédure d'assistance administrative par l'abrogation du droit d'être entendu et du droit de recours des clients)

Al. 2 et 4 à 6

La mise en œuvre de cette proposition permettrait d'établir un cadre juridique clair en ce qui concerne la collaboration internationale des autorités suisses de surveillance d'une part et des assujettis d'autre part et, partant, de renforcer incontestablement le rôle mondial et la réputation de la place financière suisse.

En cas de modification de l'al. 2 et d'abrogation des al. 4 à 6 de l'art. 42a LFINMA, la protection des personnes concernées restera garantie dans la procédure d'assistance administrative de la FINMA, grâce aux principes de spécialité et de confidentialité visés à l'art. 42, al. 2, LFINMA et au principe de proportionnalité visé à l'art. 42, al. 4, LFINMA. Comme le prévoit déjà le droit en vigueur, la FINMA devra examiner concrètement s'il existe un soupçon initial suffisant avant de pouvoir accorder l'assistance administrative. Si l'al. 2 est modifié et les al. 4 à 6 abrogés, une procédure administrative au sens de la PA sera toujours possible dans le cadre de la collecte des informations au sens de l'al. 1, dans le cas où le détenteur des renseignements refuse de les communiquer⁷¹. Par contre, il n'y aura plus de procédure administrative avec un droit d'être entendu et un droit de recours des clients dans le cadre de l'assistance adminis-

⁷⁰ Voir l'art. 42^{bis}, al. 2, LFINMA, l'art. 50^{bis}, al. 2, LBN et l'art. 26, al. 3, LSR

⁷¹ Si un détenteur de renseignements refuse de les fournir à la FINMA (al. 1), la procédure administrative concerne uniquement la divulgation des informations et ne confère pas la qualité de partie en ce qui concerne leur transmission par la FINMA à l'autorité étrangère.

trative de la FINMA, ni de transmission d'informations au sens de l'art. 42, al. 2, LFINMA. Autrement dit, la FINMA transmettra les informations à l'autorité étrangère requérante de manière informelle, sous réserve de l'existence d'un soupçon initial et du respect des principes de proportionnalité, de confidentialité et de spécialité. Si l'art. 42a, al. 4, LFINMA est abrogé, la FINMA ne sera par ailleurs plus obligée d'informer les clients concernés a posteriori⁷².

Dans la procédure de collecte des informations, le droit de consulter les pièces ne sera accordé qu'en application de l'al. 3, comme actuellement. La FINMA pourra refuser la consultation de la correspondance avec les autorités étrangères. L'art. 28 PA sera réservé.

Proposition B

Al. 2

La protection des personnes concernées restera garantie, dans la procédure d'assistance administrative de la FINMA, par les principes de spécialité et de confidentialité visés à l'art. 42, al. 2, LFINMA et par le principe de proportionnalité visé à l'art. 42, al. 4, LFINMA. Comme le prévoit déjà le droit en vigueur, la FINMA devra examiner concrètement s'il existe un soupçon initial suffisant avant de pouvoir accorder l'assistance administrative. En outre, dans le cadre de la collecte des informations au sens de l'al. 1, le détenteur des renseignements pourra toujours refuser de les fournir en vertu de la PA.

Toutefois, les prestataires de services financiers assujettis à la surveillance en Suisse ou à l'étranger au sens de l'art. 3 LFINMA ne bénéficient pas des droits de procédure conférés par la PA, puisqu'ils sont soumis à des obligations de renseigner et de collaborer spéciales à l'égard des autorités de surveillance des marchés financiers compétentes (voir l'art. 29 LFINMA concernant les établissements assujettis à la surveillance de la FINMA). Les informations liées spécifiquement à un établissement assujetti sont donc d'ores et déjà transmises de manière informelle, sans procédure au sens de la PA⁷³. Conforme à la jurisprudence constante⁷⁴, cette pratique sera expressément inscrite à l'art. 42a, al. 2, let. a, LFINMA.

Les données des collaborateurs à tout échelon de la hiérarchie sont considérées comme des informations liées à l'établissement et peuvent être communiquées informellement, dans le respect du principe de proportionnalité⁷⁵.

La procédure relative au client sera aussi abolie dans les cas où les clients opèrent sur le marché étranger et où la demande d'assistance administrative adressée par une autorité étrangère est en lien avec un délit d'initié ou une manipulation du marché⁷⁶. Cela répond à une volonté d'analogie avec la jurisprudence constante selon laquelle un titulaire de compte

⁷² La transmission informelle d'informations s'applique également aux données de collaborateurs des assujettis, à tout échelon de la hiérarchie, dans le respect du principe de proportionnalité (message concernant la LIMF, FF **2014 7235**, 7368). Il faut noter dans ce contexte qu'en tant que *lex specialis*, les dispositions d'assistance administrative du droit des marchés financiers priment la LPD (RS **235.1**) ; voir les arrêts du Tribunal administratif fédéral B-821/2020 du 21 juillet 2020, consid. 2 ; B-6371/2018 du 8 mars 2019, consid. 4.3.1 ; B-7773/2015 du 16 mars 2016, consid. 5 ; et B-2460/2015 du 15 novembre 2015, consid. 3.4.3.

⁷³ Message concernant la LIMF, FF **2014 7235 7367** ; ANNETTE ALTHAUS, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2^e éd., Berne 2001, 182 s. Si un détenteur de renseignements refuse de les fournir (al. 1), la procédure administrative concerne uniquement la divulgation des informations et ne confère pas la qualité de partie en ce qui concerne leur transmission à l'autorité étrangère.

⁷⁴ Arrêt 2008/66 du Tribunal administratif fédéral, consid. 2.2 ; arrêt 127 II 323 du Tribunal fédéral, consid. 3a.bb

⁷⁵ Message concernant la LIMF, FF **2014 7235**, 7368

⁷⁶ À l'art. 42a, al. 2, let. b, LFINMA seront également visés les faits relevant de l'approche « *follow the money* » appliquée en cas de délit d'initié ou de manipulation du marché.

est objectivement considéré comme impliqué dès qu'il est possible que son compte ait été utilisé pour commettre une infraction de ce genre, même contre sa volonté⁷⁷.

En cas de transmission informelle d'informations, la FINMA ne sera pas tenue d'informer la personne concernée, même a posteriori.

Les restrictions de la protection juridique selon la proposition B pour l'art. 42a AP-LFINMA constitueront une exception. La procédure relative au client selon la proposition B pour l'art. 42a AP-LFINMA sera maintenue dans tous les autres cas de figure relatifs à l'assistance administrative de la FINMA, notamment en cas d'activité menée par des prestataires sans autorisation, en cas de violation des obligations en matière de déclaration et de publicité, ou encore en cas de non-respect des règles de conduite dans le domaine de la protection des consommateurs. En revanche, la proposition A pour l'art. 42a AP-LFINMA prévoit la suppression totale de la procédure relative au client.

La proposition B pour l'art. 42a AP-LFINMA, comme le prévoit déjà le droit en vigueur (art. 42a, al. 4, LFINMA), permet à la FINMA de s'abstenir d'informer au préalable les clients, pour tous les cas qui ne sont pas exclus de la protection des clients. Cela n'est possible que si l'autorité requérante peut démontrer de manière plausible qu'en informant les clients, on compromettrait le but de l'assistance administrative et l'accomplissement efficace de ses tâches. C'est le cas en particulier lorsque la demande est urgente ou que l'enquête serait compromise si les personnes concernées en étaient préalablement informées (risque d'en-trave ou de collusion)⁷⁸.

Dès lors, des informations de clients pourront également être transmises à une autorité étrangère, sans procédure préalable relative au client, à des fins d'assistance administrative et pour l'accomplissement efficace des tâches de la FINMA et des autorités étrangères dans le cadre de procédures transfrontalières d'assainissement ou de liquidation, autrement dit dans des cas urgents. Dans ce type de cas, la FINMA devra toutefois, comme actuellement, informer a posteriori les clients concernés et leur accorder un droit de recours. Le cas échéant, la demande en justice ne pourra qu'être la constatation de la non-conformité au droit.

Art. 42b^{bis}

Le nouvel art. 42b^{bis} AP-LFINMA vise à fournir à la FINMA une base légale formelle et claire en ce qui concerne la transmission d'informations non accessibles au public à des autorités étrangères au titre de procédures de reconnaissance et d'audit sur le cadre réglementaire suisse. Ce n'est qu'à cette condition que la FINMA pourra échanger suffisamment d'informations dans le cadre de procédures internationales de reconnaissance et d'audit sans courir de risques juridiques, en communiquant aussi des informations non accessibles au public, y compris sur sa pratique en matière de surveillance. Le terme « cadre réglementaire » inclut donc l'application de la réglementation dans cette pratique (cadre de surveillance).

Au titre de ses tâches internationales (voir l'art. 6, al. 2, LFINMA), la FINMA se verra donc attribuer expressément la compétence de communiquer aux autorités étrangères compétentes des informations non accessibles au public, notamment concernant sa pratique actuelle en matière de surveillance⁷⁹, dans le cadre de procédures de reconnaissance et d'audit sur le cadre réglementaire suisse.

Comme exposé ci-avant, l'UE en particulier soumet l'accès à son marché intérieur par les prestataires de services financiers suisses à la condition que la réglementation suisse et la pratique correspondante de la FINMA en matière de surveillance soient reconnues comme

⁷⁷ Arrêt 126 II 126 du Tribunal fédéral, consid. 6a.bb ; Du Pasquier / Menoud in : Watter / Bahar, Basler Kommentar zum FINMAG / FinfraG (2019), art. 42, n° 94

⁷⁸ Message concernant la LIMF, FF 2014 7235, 7369

équivalentes au dispositif européen. La participation de la FINMA aux procédures de reconnaissance et d'audit sur le cadre réglementaire suisse et la transmission d'informations non accessibles au public pourraient toutefois s'avérer pertinentes aussi pour l'accès des prestataires de services financiers suisses à des marchés basés dans d'autres juridictions.

Le nouvel art. 42b^{bis} AP-LFINMA prévoit des conditions analogues à celles applicables à la collaboration entre la FINMA et les organisations et organes internationaux (art. 42b LFINMA), qui représente également une forme de coopération internationale distincte de l'assistance administrative à des fins de surveillance.

Al. 1 et 2

En vertu du nouvel art. 42b^{bis} AP-LFINMA, la FINMA pourra transmettre des informations non accessibles au public à des autorités étrangères à des fins d'évaluation du cadre réglementaire suisse et de sa pratique en matière de surveillance. Comme dans le cas de figure analogue de la collaboration avec les organisations et organes internationaux (art. 42b LFINMA), l'échange d'informations dans le cadre de cette coopération internationale se distinguera de l'assistance administrative internationale de la FINMA visée à l'art. 42 LFINMA par le but poursuivi (reconnaissance et audit sur le cadre réglementaire suisse) et par les destinataires des informations (pas de restriction aux autorités de surveillance des marchés financiers).

Comme dans le cas de la collaboration avec les organisations et organes internationaux (art. 42b LFINMA), la participation à des procédures de reconnaissance et d'audit ayant une portée importante pour la place financière suisse aura lieu en accord avec le DFF (art. 42b^{bis}, al. 2, LFINMA). La FINMA sera notamment libre de ne pas participer à une procédure de reconnaissance et d'audit sur le cadre réglementaire et prudentiel suisse, par exemple lorsque seul un petit nombre d'établissements ou de secteurs d'activité sont concernés de manière notable ou qu'il n'y a pas lieu de s'attendre à des effets sensibles sur les modèles d'affaires des établissements et que, par conséquent, le coût de la participation de la FINMA semble disproportionné par rapport à l'utilité que la place financière en retirerait.

Al. 3

La procédure de reconnaissance et d'audit pourra concerner le cadre juridique suisse applicable au marché financier et sa mise en œuvre pratique. Le terme « cadre réglementaire » n'est pas restrictif à cet égard. Comme mentionné plus haut, la transmission d'informations visera à ce que les autorités étrangères puissent déterminer concrètement si le cadre réglementaire suisse et la pratique correspondante de la FINMA en matière de surveillance permettent d'assurer une protection équivalente à celle offerte par le cadre juridique et prudentiel étranger. L'art. 42b^{bis} AP-LFINMA ne s'appliquera donc pas lorsque les informations seront transmises à d'autres fins que l'évaluation du cadre réglementaire suisse et de la pratique correspondante de la FINMA. En particulier, la disposition en question ne s'appliquera pas aux transmissions d'informations à des fins de politique de la concurrence.

Le maintien du secret par les autorités étrangères qui reçoivent les informations devra être garanti, afin d'éviter que des informations non accessibles au public ne soient communiquées.

Al. 4

Enfin, au titre de procédures de reconnaissance, de suivi et d'audit sur le cadre réglementaire suisse et de la pratique de la FINMA en matière de surveillance, l'autorité étrangère pourra obtenir certaines informations non accessibles au public dont elle a besoin directement auprès d'un assujetti, dans le cadre d'un entretien. Ce genre d'entretien lui permettra de se faire une idée plus complète du travail de la FINMA et de la manière dont elle met en œuvre le cadre réglementaire.

La FINMA pourra déterminer si elle souhaite participer aux entretiens.

Al. 5

Comme pour la collaboration de la FINMA avec les organisations et organes internationaux visée à l'art. 42b LFINMA, la FINMA devra convenir très précisément avec l'autorité étrangère de l'utilisation exacte des informations communiquées et de leur retransmission éventuelle selon les al. 3 et 4 dans le cadre de la collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit visée à l'art. 42b^{bis} AP-LFINMA.

Art. 42c

Al. 1 et 2

L'al. 1 régit la transmission directe, par des assujettis, d'informations non accessibles au public aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers et à d'autres services étrangers chargés de la surveillance. Cette démarche pourra avoir uniquement des fins prudentielles. La transmission directe ne sera autorisée que si les conditions de l'assistance administrative (spécialité et confidentialité visées à l'art. 42, al. 2, LFINMA) sont remplies.

À cet effet, la FINMA a publié une liste⁷⁹ qui recense plus d'une centaine d'autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont les assujettis peuvent présumer qu'elles répondent aux conditions permettant de bénéficier de l'assistance administrative de la FINMA. Lorsque l'autorité étrangère de surveillance ou le service requérant ne figure pas sur cette liste, le respect des principes de confidentialité et de spécialité peut par exemple être clarifié par l'autorité ou le service destinataire via une confirmation, par un avocat local spécialiste du droit des marchés financiers ou un cabinet d'avocats actif au niveau international via des renseignements fournis par écrit, ou encore par une personne qualifiée qui est interne à l'entreprise⁸⁰.

À chaque transmission d'informations, les assujettis sont tenus d'aviser par écrit l'autorité ou le service que les informations transmises doivent être traitées de façon confidentielle et utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou être retransmises exclusivement à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (art. 42c, al. 1, let. a, AP-LFINMA en lien avec l'art. 42, al. 2, LFINMA)⁸¹.

Si ces conditions sont remplies, les assujettis peuvent sans autre présumer que les principes de spécialité et de confidentialité au sens de la loi sont respectés. La FINMA ne peut pas garantir que les informations transmises dans le cadre de l'assistance administrative sont effectivement utilisées aux fins prescrites et traitées de manière confidentielle. Mais en présence d'indices prêtant à penser que les principes de spécialité et de confidentialité ne sont pas respectés, les assujettis tout comme la FINMA doivent s'abstenir de transmettre des informations.

⁷⁹ Voir www.finma.ch > Surveillance > Thèmes intersectoriels > Transmission directe : https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/2ueberwachung/list-of-foreign-supervisory-authorities.pdf?sc_lang=en&hash=E95C1360EBEE1D8CBD208809B7879ECE (page consultée le 22 avril 2024)

⁸⁰ Voir également la circulaire 2017/6 « Transmission directe d'informations non publiques à des autorités et services étrangers par des assujettis », Cm 20 s., à l'adresse www.finma.ch > Documentation > Circulaires : https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/my-finma/rundschreiben/finma-rs-2017-06-20210401.pdf?sc_lang=fr&hash=09B150594E51CAE6CF942EF638652BEA (page consultée le 22 avril 2024)

⁸¹ Voir la circulaire 2017/6, Cm 29

L'art. 42c, al. 1, AP-LFINMA dispose également que les droits des clients et des tiers devront être garantis⁸². Comme c'est le cas actuellement, il appartiendra aux assujettis de vérifier et de garantir le respect des droits des clients et des tiers.

L'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA prévoit que les assujettis pourront transmettre aux autorités étrangères et aux services mandatés par celles-ci des informations non accessibles au public si ces informations ne sont pas utilisées à des fins de surveillance des marchés financiers, si elles se rapportent à des opérations réalisées par des clients et des assujettis et si elles sont nécessaires à l'exécution de ces opérations en vertu du droit étranger applicable (en règle générale, le droit des marchés financiers de la juridiction correspondante). Les droits des clients et des tiers devront aussi être garantis en cas de transmission directe d'informations par des assujettis.

L'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA s'appliquera principalement aux déclarations effectuées par les assujettis aux référentiels centraux étrangers dans le cadre d'opérations sur valeurs mobilières exécutées pour leurs clients. Actuellement, nombre d'opérations financières sont admises sur les marchés étrangers uniquement à condition d'être déclarées et, à défaut, ne peuvent pas être exécutées ou conclues valablement. Mais l'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA ne vise pas que les communications standardisées effectuées en masse au titre d'obligations de déclarer et de renseigner imposées par le droit étranger. Si les conditions sont remplies, d'autres types de transmissions peuvent également avoir lieu dans des cas particuliers, par exemple lorsque les assujettis répondent à des demandes de renseignements individuelles concernant certaines transactions ou certains clients⁸³.

Dans ce genre de cas concernant des opérations transfrontalières, le respect des principes de spécialité et de confidentialité n'est pas impératif ; il faut simplement garantir le respect des droits des clients et des tiers, par exemple en obtenant leur consentement à l'échange d'informations.

Selon l'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA, il sera exclu que des informations non accessibles au public soient transmises à des autorités pénales ou fiscales étrangères. En présence d'indices suggérant qu'un service étranger a été mandaté spécifiquement ou en l'espèce par une autorité fiscale ou pénale étrangère, la transmission d'informations sur la base de l'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA sera aussi exclue, ce qui ne sera pas le cas dans le cadre de l'exécution d'obligations légales générales d'annonce et d'information ou d'obligations standardisées de déclaration et de transparence.

La transmission d'informations à des sous-dépositaires et à d'autres services restera soumise aux exigences inscrites dans la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI)⁸⁴. Autrement dit, l'art. 11b LTI constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 42c, al. 1 à 4, AP-LFINMA.

Les al. 1 et 2 de l'art. 42c LFINMA ne s'appliqueront pas exclusivement aux faits visés à l'art. 271 CP⁸⁵, mais aussi à d'autres situations, si tant est que les conditions énoncées à l'art. 42c AP-LFINMA sont remplies.

L'art. 42c AP-LFINMA ne cherche en outre pas l'exhaustivité : l'octroi d'une autorisation exceptionnelle en vertu de l'art. 271 CP par le service compétent permettant aux assujettis de

⁸² À l'égard des clients et des tiers, les assujettis doivent en particulier respecter le secret des affaires et le secret bancaire, les dispositions en matière de protection des données et le droit du travail. Les mesures à prendre dans un cas précis sont déterminées par le droit suisse applicable. La satisfaction de ces obligations légales est de la responsabilité des assujettis.

⁸³ Voir le rapport d'évaluation ex post de la FINMA, p. 17

⁸⁴ RS 957.1

⁸⁵ RS 311.0

transmettre directement des informations à des autorités et services étrangers dans d'autres cas sera aussi possible si les conditions sont remplies.

Al. 3

La transmission d'informations visée à l'art. 42c, al. 1, AP-LFINMA portant sur des faits importants ne sera autorisée que si l'annonce à la FINMA au sens de l'art. 29, al. 2, LFINMA a été effectuée. Tel sera le cas si l'information, en tant que telle, porte sur des faits importants qui sont susceptibles d'intéresser la FINMA au sens de l'art. 29, al. 2, LFINMA, de sorte qu'elle devrait lui être communiquée même si elle n'est pas transmise, ou si c'est la transmission qui est susceptible d'intéresser la FINMA. Autrement dit, une information pourra devenir importante du fait qu'il est prévu de la communiquer à l'étranger. Le caractère important au sens de l'art. 42c, al. 3, AP-LFINMA s'appréciera sur la base du moment de la transmission.

En revanche, lorsque des assujettis transmettront, selon l'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA, des informations qui ne sont pas utilisées pour la surveillance des marchés financiers, ils ne seront plus tenus de faire une annonce à la FINMA. Cet allègement concernant l'échange d'informations entre les assujettis suisses et les autorités et services étrangers se justifie par le fait que les informations transmises ne sont pas utilisées pour la surveillance des marchés financiers et sont généralement d'importance mineure. En outre, la FINMA ne pourra pas réserver la voie de l'assistance administrative lorsqu'elle transmettra des informations en vertu de l'al. 2 (voir également l'al. 4)⁸⁶, car il ne s'agit pas d'une forme d'entraide en matière d'information que la FINMA pourrait accorder par voie d'assistance administrative au sens de l'art. 42 LFINMA.

Al. 4

Comme mentionné plus haut, la FINMA ne pourra réserver la voie de l'assistance administrative que dans les cas où elle pourrait accorder elle-même cette assistance. À l'art. 42c AP-LFINMA, seul l'al. 1 renvoie aux conditions de l'assistance administrative ordinaire. En dehors du cadre de cet alinéa, la transmission directe d'informations à des autorités et services étrangers sera possible en vue de l'exécution d'opérations (al. 2), les principes de confidentialité et de spécialité visés à l'art. 42, al. 2, LFINMA n'étant pas impératifs dans ce cas de figure. En l'espèce, la FINMA ne pourra pas accorder l'assistance administrative, ce pourquoi elle ne pourra pas réserver la voie de cette assistance comme à l'al. 1.

La FINMA pourra renoncer au préalable et de manière générale à se prévaloir de la réserve de la voie de l'assistance administrative visée à l'art. 42c, al. 4, AP-LFINMA aussi bien à l'égard des assujettis que de certaines autorités étrangères de surveillance des marchés financiers.

Al. 5

Dans l'intérêt de l'accomplissement de sa mission de surveillance, la FINMA pourra soumettre à son approbation la transmission à l'étranger de documents découlant de la relation de surveillance et la publication de ceux-ci, pour autant que des intérêts prépondérants privés ou publics ne s'y opposent pas (*supervisory privilege* ou réserve d'approbation).

Dans la doctrine et la jurisprudence, plusieurs voix estiment que la formulation ouverte de la disposition n'exclut pas, en principe, que la réserve d'approbation visée à l'art. 42c, al. 5, AP-LFINMA puisse s'appliquer à l'égard des autorités suisses. En l'occurrence, la réserve ne pourra s'appliquer qu'à l'égard des autorités étrangères. L'interprétation systématique permet

⁸⁶ La FINMA ne peut transmettre des informations non accessibles au public à des autorités de surveillance des marchés financiers que pour l'exécution des lois sur les marchés financiers au sens de l'art. 42, al. 2, let. a, LFINMA (c.-à-d. la surveillance des marchés financiers), ce qui est uniquement le cas des transmissions visées à l'al. 1.

de s'en convaincre : l'art. 42c AP-LFINMA figure en effet dans la section « Collaboration avec les autorités étrangères » (art. 42 s.), et pas dans la section « Collaboration avec les autorités suisses » (art. 38 s.).

Art. 42d

Al. 1

L'ajout du nouvel art. 42d AP-LFINMA permettra à la FINMA d'autoriser l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers qui en fait la demande à notifier directement des documents en Suisse à des fins de surveillance des marchés financiers, à condition que cette notification s'effectue à ces fins⁸⁷ et que l'État de l'autorité étrangère requérante accorde la réciprocité à la Suisse⁸⁸.

La FINMA pourra procéder à une pesée des intérêts et accéder à la demande de notification selon son appréciation. Elle pourra également restreindre la notification ou en déterminer les modalités telles que la traduction des documents concernés ou leur transmission directe à l'assujetti en Suisse par voie postale.

Il sera sans importance pour la notification directe que la FINMA et l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers aient les mêmes compétences ou non. En particulier, il ne sera pas nécessaire que le champ d'application du droit des marchés financiers de l'autre État se recoupe exactement avec celui de la Suisse. Cependant, une notification directe à d'autres fins que l'exécution des lois sur les marchés financiers, par exemple pour des investigations en matière fiscale ou pénale, sera exclue même si l'exécution du droit des marchés financiers est également visée.

En vertu du nouvel art. 42d LFINMA, la FINMA pourra autoriser la notification directe de documents tels que des décisions des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers, afin de garantir le respect du droit d'être entendu sur un fait relevant du droit de la surveillance. Il pourra s'agir, par exemple, d'une autorisation, du retrait d'une autorisation, d'une décision de constatation, d'amendes et de sanctions ou de l'injonction de communiquer l'adresse de son domicile dans la juridiction étrangère, le cas échéant sous peine de désavantages juridiques faute de réponse dans le délai imparti.

Si le destinataire n'exerce pas son droit d'être entendu dans le délai, l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers pourra poursuivre sa procédure (p. ex. clore la procédure par notification directe ou par publication d'une décision). Les destinataires des notifications directes de l'étranger autorisées par la FINMA pourront contacter directement l'autorité étrangère concernée dans la mesure où le droit suisse, notamment l'art. 271 CP et l'art. 42c LFINMA, le permet. Les assujettis devront par ailleurs s'acquitter de l'obligation de déclaration à la FINMA visée à l'art. 42c, al. 3, LFINMA

La notification directe de documents qui constitue en fait un cas d'administration de la preuve dans le cadre d'une enquête ou d'une procédure étrangère demeurera contraire aux dispositions relatives à l'assistance administrative des art. 42 s. LFINMA et, partant, restera exclue.

⁸⁷ Dans la version allemande, l'art. 42, al. 1 et 2, let. a, et l'art. 43, al. 1, LFINMA utilisent deux expressions différentes : « *zum Vollzug der Finanzmarktgesetze* » et « *zum Vollzug des Finanzmarktrechts* ». En français, la tournure correspondante est « exécution des lois sur les marchés financiers ». La version allemande de l'art. 42d LFINMA emploiera à l'avenir les termes « *im Bereich der Finanzmarktufsicht* », sans équivalent dans la version française. Sur le fond, le terme « *Aufsicht* » (surveillance [des marchés financiers]) doit être compris comme équivalant à l'exécution des lois sur les marchés financiers et du droit des marchés financiers (cf. BSK FINMAG-Du Pasquier / Menoud, art. 42, n° 48).

⁸⁸ Voir la disposition analogue de l'art. 42, al. 2, LPM

De tels actes administratifs ne pourront être accomplis que par la voie de l'assistance administrative de la FINMA et ce, uniquement si la législation suisse applicable (art. 42 s. LFINMA) le permet.

Al. 2

La Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative sera réservée.

Art. 43

Proposition A (éventualité où la procédure relative au client ne serait pas totalement supprimée selon la proposition A pour l'art. 42a AP-LFINMA)

La proposition A pour l'art. 43 AP-LFINMA s'applique dans l'éventualité où la procédure relative au client ne serait pas totalement supprimée selon la proposition A pour l'art. 42a AP-LFINMA. En d'autres termes, cette proposition est pertinente si la procédure relative au client est maintenue telle qu'elle s'applique actuellement ou si celle-ci n'est que partiellement restreinte (proposition B pour l'art. 42a AP-LFINMA).

Al. 1

En vertu de l'art. 43, al. 1, AP-LFINMA, la FINMA pourra obtenir des informations à l'étranger dans le but d'assurer l'exécution des lois sur les marchés financiers, peu importe que l'entreprise concernée à l'étranger soit assujettie à la surveillance de la FINMA ou à celle d'une autorité étrangère. Elle pourra notamment obtenir des informations auprès d'entreprises à l'étranger aux fins de la liquidation d'établissements d'assujettis ou, par exemple, en lien avec les solutions d'externalisation ou le recours à des services de cloud.

Comme le prévoit déjà le droit en vigueur, toute demande d'audit direct hors du pays d'origine s'appréciera au cas par cas et d'après le droit étranger applicable.

Al. 2

De plus en plus fréquemment, les autorités étrangères estiment que leurs intérêts pruden- tiels sont concernés lors de la fourniture transfrontalière de services financiers et souhaitent réaliser des audits directement sur place. Leur intérêt pour ce genre d'audit croît proportionnellement au volume d'opérations exécutées hors de leur territoire. La nouvelle formulation du deuxième alinéa de l'art. 43 LFINMA offre à la FINMA de plus nombreuses possibilités de collaborer aux audits directs réalisés en Suisse par des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers, aussi bien auprès des entreprises assujetties que des autres.

En particulier, l'art. 43, al. 2, let. a, AP-LFINMA permettra à la FINMA d'autoriser les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers à procéder à des audits directs en Suisse, au titre de la surveillance incombant au pays d'origine (en tant que *home supervisors*), dans les filiales, succursales et représentations de prestataires de services financiers étrangers assujettis à la surveillance et dans d'autres entreprises, y compris des entreprises non assujetties à la surveillance en Suisse, lorsque leur activité est intégrée dans la surveillance consolidée de l'autorité étrangère.

Aux termes de l'art. 43, al. 2, let. b, AP-LFINMA, la FINMA pourra, comme actuellement, autoriser des audits dans les établissements d'assujettis ainsi que dans les sociétés suisses de groupes d'assujettis, lorsque leur activité est intégrée dans la surveillance consolidée effectuée par la FINMA, si l'autorité requérante est chargée de surveiller l'activité des audités sur son territoire (en tant que *host supervisor*). Les audits hors du pays d'origine ayant pour motif

l'exercice d'une activité à l'étranger pourront donc toujours être autorisés dans tout établissement qui nécessite une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement selon les lois suisses sur les marchés financiers, y compris les sociétés faisant partie de groupes dont l'activité est intégrée dans la surveillance consolidée de la FINMA.

Par ailleurs, l'avant-projet prévoit de compléter l'art. 43, al. 2, let. b, LFINMA de manière à permettre la réalisation d'audits directs hors du pays d'origine aussi dans les établissements d'administrateurs d'indices de référence (non assujettis à la surveillance en Suisse), si leur activité est en lien avec le marché étranger et relève donc de la compétence de l'autorité de surveillance des marchés financiers étrangère requérante. Un administrateur d'indices de référence est une personne physique ou morale qui contrôle la fourniture d'un indice de référence (établissements d'administrateurs d'indices de référence).

Enfin, l'art. 43, al. 2, let. c, AP-LFINMA crée une nouvelle base légale pour la réalisation d'audits directs hors du pays d'origine en cas d'externalisation (*outsourcing*) en Suisse de tâches de prestataires de services financiers étrangers. Les entreprises suisses, assujetties à la surveillance de la FINMA ou non, fournissent régulièrement des prestations importantes pour des prestataires de services financiers étrangers. L'externalisation peut s'effectuer au sein d'un groupe, par exemple lorsqu'une société mère étrangère confie des tâches à une filiale suisse ou, inversement, une filiale étrangère à sa maison mère suisse ou à une société du groupe significative suisse au sens de l'art. 2^{bis}, al. 1, let. b, de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)⁸⁹ et de l'art. 3a de l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (OB)⁹⁰. Des tâches peuvent aussi être externalisées hors d'un groupe, à des entreprises qui peuvent être assujetties ou non à la surveillance de la FINMA.

Dans ces différents cas de figure, une autorité étrangère peut avoir un intérêt tout à fait légitime à effectuer un audit direct auprès d'une entreprise suisse qui fournit des prestations pour un établissement financier qui a son siège à l'étranger et qui est soumis à sa surveillance. Dans la mesure où tant le prestataire de services suisse que l'établissement financier étranger qui lui confie des tâches sont intégrés dans la surveillance consolidée de l'autorité étrangère, des audits directs pourront être effectués au titre de la surveillance incombant au pays d'origine, y compris en cas d'externalisation (voir l'art. 43, al. 2, let. a, AP-LFINMA).

Il y a toutefois des incertitudes en cas d'externalisation transfrontalière de tâches, que ce soit au sein d'un groupe ou en dehors, lorsque l'autorité étrangère n'a pas formellement intégré le prestataire dans sa surveillance consolidée et que l'entreprise n'est pas assujettie à la surveillance en Suisse. Le nouvel art. 43, al. 2, let. c, établit une base légale formelle qui permettra à la FINMA d'autoriser des autorités étrangères à effectuer des audits directs également en cas d'externalisation de tâches à des entreprises non assujetties à la surveillance en Suisse, pour autant que le prestataire de services suisse audité soit dans un rapport d'externalisation avec un établissement financier soumis à la surveillance de l'autorité requérante à l'étranger.

Comme pour les administrateurs d'indices de référence, qui ne seront pas non plus assujettis à la surveillance des marchés financiers en Suisse (voir l'art. 43, al. 2, let. b, AP-LFINMA), le droit étranger fera foi pour savoir si un audit direct est possible dans les cas visés à l'art. 43, al. 2, let. c, AP-LFINMA ; il faudra impérativement que les activités en question soient soumises à la surveillance des marchés financiers dans le régime juridique étranger concerné.

Les audits visés à l'art. 43, al. 2, let. c, AP-LFINMA devront dans tous les cas se limiter aux fonctions externalisées. Ils ne pourront donc porter que sur les informations et les processus en lien avec les services fournis pour le compte de l'établissement financier étranger.

En outre, les conditions de l'assistance administrative au sens de l'art. 42, al. 2, LFINMA s'appliqueront dans tous les cas de figure visés à l'art. 43, al. 2, AP-LFINMA. En particulier, l'audit

⁸⁹ RS 952.0

⁹⁰ RS 952.02

direct hors du pays d'origine devra avoir pour but d'assurer l'exécution des lois sur les marchés financiers. Le maintien du secret devra être garanti.

Dans tous les cas visés à l'art. 43, al. 2, AP-LFINMA, la FINMA pourra aussi autoriser la réalisation hors du pays d'origine d'audits virtuels (à distance), à condition que les audités prennent les mesures voulues pour que l'accès aux informations par l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers se limite au cadre autorisé par la loi. En pratique, la FINMA informera en outre l'autorité étrangère qu'elle devra se conformer à la législation suisse. S'il s'avère, à l'issue d'un audit direct, que l'autorité étrangère n'a pas respecté les exigences et les conditions fixées, en particulier celles de l'art. 43 AP-LFINMA, la FINMA pourra refuser ses futures demandes visant à effectuer des audits (virtuels) en Suisse.

La FINMA pourra délivrer une autorisation d'effectuer un audit hors du pays d'origine dans un cas particulier, mais aussi octroyer une autorisation préalable générale à certaines autorités étrangères de surveillance des marchés financiers.

L'art. 43, al. 2, AP-LFINMA ne se veut pas exhaustif en ce qui concerne les audits hors du pays d'origine ; il n'exclut pas, en particulier, l'octroi par le service compétent d'une autorisation exceptionnelle dans d'autres cas de figure que ceux visés à l'art. 271 CP qui ne sont pas prévus dans la loi.

Al. 3

À l'art. 43, al. 3, LFINMA, en disant que des « informations [...] peuvent être obtenues », on entend le fait de pouvoir consulter des informations, ce qu'il convient de clarifier dans le cadre de la révision (également dans le texte allemand).

Seules les informations nécessaires à la surveillance des établissements étrangers pourront être consultées dans le cadre d'audits directs hors du pays d'origine. Autrement dit, lors d'un audit direct hors du pays d'origine réalisé par une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers agissant en tant que *host supervisor*, des informations non accessibles au public pourront être consultées uniquement dans la mesure où elles présentent un lien spécifique avec la tâche de surveillance incombant à l'autorité étrangère.

Cela pourra concerner aussi des informations sur un groupe financier, si elles sont pertinentes pour l'évaluation de son activité soumise à surveillance à l'étranger. Il pourra s'agir en particulier d'informations permettant d'établir à l'échelle du groupe si un établissement financier :

- est organisé de manière appropriée ;
- recense, limite et surveille de manière appropriée les risques encourus dans le cadre de ses activités ;
- est dirigé par des personnes qui présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable ;
- satisfait aux dispositions relatives aux fonds propres et à la répartition des risques sur une base consolidée ;
- remplit correctement son obligation de rendre compte aux autorités de surveillance.

Cette liste exemplative et non exhaustive des informations consultables en vertu de l'art. 43, al. 3, AP-LFINMA sera intégrée au message plutôt que dans la loi. Elle pourra inclure d'autres informations permettant d'établir notamment si un établissement répond aux prescriptions en matière de liquidités sur une base consolidée à l'échelle du groupe.

Al. 3^{bis} et 3^{ter}

L'art. 43, al. 3^{bis} et 3^{ter}, AP-LFINMA régleme le *private banking carve out*, soit la possibilité, pour une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers, d'avoir accès aux informations des clients lors d'un audit direct hors du pays d'origine.

Pour l'essentiel, l'actuel art. 43, al. 3^{bis}, LFINMA prévoit que la FINMA recueille elle-même ces informations et les transmet à l'autorité requérante dans le cadre de l'assistance administrative ordinaire. L'art. 42a LFINMA (Procédure d'assistance administrative) est applicable en l'espèce. En outre, l'art. 43, al. 3^{ter}, LFINMA permet à la FINMA d'autoriser, aux fins de l'art. 43, al. 3, LFINMA, l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers, qui est responsable de la surveillance consolidée des assujettis audités, à consulter un nombre limité de dossiers individuels de clients. Le choix des dossiers doit s'effectuer de manière aléatoire, selon des critères fixés au préalable.

Le négoce de valeurs mobilières, en particulier, est déjà soumis à des obligations de déclarer et de publier exhaustives (voir la LIMF ou ses équivalents étrangers), et les clients doivent faire des déclarations de renonciation (*waivers*) complètes pour que les opérations correspondantes puissent être menées à bien. Il n'y a donc plus de besoin de protection dans ce domaine. C'est pourquoi l'avant-projet prévoit de supprimer la référence au négoce de valeurs mobilières à l'art. 43, al. 3^{bis}, LFINMA.

En outre, dans sa nouvelle version, l'art. 43, al. 3^{ter}, LFINMA permettra à la FINMA d'autoriser également, lors d'un audit direct hors du pays d'origine, la consultation directe des dossiers de clients dans le champ d'application du *private banking carve out* (voir l'al. 3^{bis}), pour autant que le principe de la proportionnalité soit respecté et que les informations puissent être transmises directement en vertu de l'art. 42c AP-LFINMA.

Il faudra dans tous les cas garantir les droits des clients concernés ainsi que des éventuels tiers concernés, généralement en obtenant de leur part un consentement ou une déclaration de renonciation (*waiver*).

La FINMA ne vérifiera pas que les droits des clients et des tiers sont garantis et n'émettra pas de confirmation quant au respect de cette condition. Ce point relèvera de la seule responsabilité des audités (par analogie avec l'art. 42c AP-LFINMA).

La possibilité de consulter les informations de clients et de tiers lors d'un audit hors du pays d'origine, ainsi que l'étendue de l'accès, dans les cas visés à l'art. 42c, al. 1, AP-LFINMA, devront être déterminées sur la base des principes de spécialité, de confidentialité et de proportionnalité (art. 42, al. 2 et 4, LFINMA).

Les audits ne devront en aucun cas avoir pour but premier la consultation de toutes les informations des clients et des tiers ; en particulier, l'autorité étrangère devra se limiter à un échantillon de clients sur la base de critères fixés au préalable.

Si les conditions d'une transmission directe au sens de l'art. 42c AP-LFINMA sont remplies, des informations non accessibles au public (y c. les informations de clients ayant été consultées dans le respect de la proportionnalité) pourront également être transmises directement à l'autorité étrangère à l'étranger, conformément à l'art. 42c AP-LFINMA, y compris pendant le contrôle sur place.

Al. 3^{quater}

Comme le prévoit déjà le droit en vigueur, si la transmission visée à l'art. 42c AP-LFINMA est exclue (p. ex. faute de consentement des personnes concernées), la FINMA pourra autoriser, aux fins de l'art. 43, al. 3, AP-LFINMA, l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers responsable de la surveillance consolidée des audités ou les services mandatés par celle-ci à consulter un nombre limité de dossiers individuels de clients visés à l'art. 43, al. 3^{bis}, AP-LFINMA.

Le choix de ces dossiers devra s'effectuer de manière aléatoire selon des critères fixés au préalable.

Al. 4

La FINMA pourra continuer à accompagner les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers lors de leurs audits directs en Suisse ou à les faire accompagner par une société d'audit ou par un chargé d'audit.

Cette possibilité est étendue aux entreprises non assujetties qui peuvent être soumises à un audit direct en vertu du nouvel al. 2.

Al. 5

L'al. 5 prévoit pour les personnes auditées selon l'art. 43, al. 2, let. a et b, AP-LFINMA une obligation de collaborer à l'audit.

Al. 6

Cette définition n'étant plus pertinente dans la nouvelle version de la disposition, l'al. 6 est caduc et sera abrogé.

Proposition B pour l'art. 43 (éventualité où la procédure relative au client serait totalement supprimée selon la proposition A pour l'art. 42a AP-LFINMA)

La suppression totale de la procédure relative au client selon la proposition A pour l'art. 42a AP-LFINMA⁹¹ ne se répercuterait, à l'art. 43 LFINMA, que sur les al. 3^{bis} et 3^{ter}.

Al. 3^{bis} et 3^{ter}

Comme mentionné plus haut, l'art. 43, al. 3^{bis} et 3^{ter}, AP-LFINMA régit le *private banking carve out*, soit la possibilité d'avoir accès aux informations des clients à l'occasion d'un audit direct hors du pays d'origine mené par une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers. Ces dispositions en vigueur renvoient à l'art. 42a LFINMA et à la procédure relative au client. Si le droit d'être entendu et le droit de recours des clients visés à l'42a, al. 2 et 4 à 6, LFINMA sont abrogés dans la procédure d'assistance administrative de la FINMA, la collecte de données effectuée par la FINMA ou avec sa participation dans le cadre d'un audit mené hors du pays d'origine n'a plus lieu d'être. Il conviendra dès lors d'abroger également les al. 3^{bis} et 3^{ter} de l'art. 43 LFINMA.

La possibilité de consulter les informations de clients à l'occasion d'un audit mené hors du pays d'origine, ainsi que l'étendue de l'accès à ces informations, doivent dans tous les cas être évaluées sur la base des principes de spécialité, de confidentialité et de proportionnalité (art. 42, al. 2 et 4, LFINMA) et de l'intérêt prudentiel que représentent ces informations pour l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers. Les audits ne doivent en aucun cas avoir pour but premier de permettre un plein illimité aux informations des clients, l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers devant, en particulier, se restreindre à un échantillon de clients sur la base de critères fixés au préalable. Comme sous le droit actuel, la FINMA vérifiera au cas par cas si ces conditions sont remplies. Si tel est le cas, la protection spéciale dont bénéficient les personnes concernées dans le cadre de la procédure d'assistance administrative de la FINMA sera maintenue.

4.2 Loi sur la surveillance de la révision

Art. 26

⁹¹ Voir les ch. 3.1.1 et 4.1

Al. 3^{bis}

Bien que le principe de proportionnalité soit déjà inscrit à l'art. 5 de la Constitution (Cst.)⁹², il est codifié, par analogie avec l'art. 42, al. 4, LFINMA, dans le cadre de l'assistance administrative à des fins de surveillance de la révision. La disposition correspondante indique expressément que la communication d'informations concernant des personnes qui ne sont manifestement pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête est exclue.

Art. 26a

Les entreprises privées actives au niveau international ont un intérêt considérable, parallèlement aux possibilités qui leur sont offertes par la procédure d'assistance administrative ordinaire, à pouvoir collaborer et échanger des renseignements directement avec les autorités étrangères.⁹³ Quiconque opère sur un marché étranger doit respecter les règles de la juridiction correspondante. Dans les secteurs de la finance et de la révision en particulier, cela implique souvent de mettre à la disposition des services compétents des informations (non accessibles au public) en l'espace de quelques jours, voire de quelques heures. Les autorités étrangères sont de moins en moins enclines à emprunter la voie de l'assistance administrative, qui peut parfois s'avérer peu efficace dans les cas où la procédure est complexe.

D'un autre côté, en l'état actuel du droit, une transmission directe d'informations se heurte souvent à l'obstacle que constitue l'art. 271 CP. Cette situation est encore aggravée par le fait que l'interprétation et la portée de cet article donnent lieu à certaines incertitudes. Il est possible de contourner l'art. 271 CP au moyen d'une demande d'autorisation, mais il s'agit d'une procédure exceptionnelle qui, de plus, entraîne souvent des charges administratives considérables aussi bien pour l'entreprise concernée que pour la Confédération. Enfin, les cas où une autorité étrangère sollicite des informations peuvent survenir très soudainement et une demande d'autorisation au sens de l'art. 271 CP devient alors inenvisageable pour des questions de temps.

C'est pourquoi il est prévu d'inscrire dans la LSR une disposition analogue à l'art. 42c, al. 1, AP-LFINMA pour créer la base légale requise pour permettre la transmission directe d'informations aux autorités étrangères de surveillance de la révision par les entreprises de révision soumises à surveillance.

Le but est de permettre aux entreprises de révision concernées en Suisse de s'acquitter facilement de leurs obligations à l'égard des autorités étrangères de surveillance de la révision sans que leurs collaborateurs soient en permanence exposés au risque de se rendre punissables.

Al. 1

Les entreprises de révision pourront communiquer aux autorités de surveillance compétentes des informations non accessibles au public sans devoir solliciter l'autorisation visée à l'art. 271 CP, à condition que les conditions de l'assistance administrative (spécialité et confidentialité au sens de l'art. 26, al. 2, LSR) soient remplies⁹⁴.

⁹² RS 101

⁹³ Voir, par analogie, pour ce point et ce qui suit, les explications figurant dans le message du Conseil fédéral du 3 septembre 2014 concernant la LIMF, FF 2014 7235

⁹⁴ À l'égard des entreprises révisées et des tiers, les entreprises de révision doivent en particulier respecter le secret d'affaires et le secret de la révision, les dispositions en matière de protection des données et le droit du travail. Les mesures à prendre dans un cas d'espèce sont déterminées par le droit suisse applicable. L'application de ces obligations légales est de la responsabilité des assujettis.

Les entreprises de révision vérifient et assurent le respect des droits des tiers. L'al. 1 s'applique également aux cas où l'art. 271 CP ne s'applique pas.

Al. 2

L'art. 15a, al. 1, LSR oblige toutes les personnes et entreprises de révision agréées, ainsi que les personnes physiques membres de l'organe suprême de direction ou d'administration ou de la direction d'une entreprise de révision et ne disposant pas d'un agrément de l'autorité de surveillance, à transmettre à l'autorité de surveillance toutes les informations et documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.⁹⁵

Si l'autorité de surveillance a besoin d'informations pour accomplir ses tâches, la communication de ces informations doit lui être annoncée au préalable.

Al. 3

L'ASR peut généralement (indépendamment d'une éventuelle communication) réserver la voie de l'assistance administrative. Dans ce cas, elle vérifie avant toute communication si les conditions de l'assistance administrative sont remplies. Si l'ASR n'émet pas de réserve, une information peut être communiquée dès lors que les conditions fixées à l'al. 1 sont remplies.

Les détails de la procédure (délais, etc.) peuvent être réglés dans une circulaire de l'ASR. Les droits des tiers peuvent aussi être garantis dès lors que les tiers concernés y renoncent valablement.

Al. 4

L'ASR pourra (à l'instar de la FINMA en vertu de l'art. 42c, al. 5, AP-LFINMA) soumettre à son approbation la communication et la publication à l'étranger de documents découlant de la relation de surveillance, si cela sert l'accomplissement de ses tâches et pour autant qu'aucun intérêt prépondérant privé ou public ne s'y oppose (*supervisory privilege* ou réserve d'approbation).

Art. 26b

Al. 1 et 2

Par analogie avec l'art. 24d AP-LFINMA, le nouvel art. 26b AP-LSR permettra à l'ASR d'autoriser l'autorité étrangère de surveillance de la révision qui en fait la demande à notifier directement des documents en matière administrative en Suisse, pour autant que la notification ait lieu à des fins de surveillance de la révision, qu'elle ne serve pas à l'administration des preuves et que l'État de l'autorité étrangère requérante accorde la réciprocité à la Suisse.

L'ASR peut procéder à une pesée des intérêts et accéder à la demande de notification à sa discrétion. Elle peut également restreindre la notification ou en déterminer les modalités, par exemple en demander la traduction ou la transmission directe par voie postale au destinataire en Suisse.

⁹⁵ Dans sa circulaire 1/2007 concernant les indications relatives à l'agrément, aux documents justificatifs et aux devoirs de communication durant la période d'agrément, l'ASR a précisé en particulier les devoirs ad hoc de communication prévue par l'art. 15a, al. 2, LSR pour ce qui est des informations importantes requises pour l'agrément. Pour ce qui est des informations nécessaires à la surveillance, les devoirs ad hoc de communication sont précisés dans la circulaire 1/2010 concernant le reporting des entreprises de révision soumises à la surveillance de l'État à l'intention de l'Autorité de surveillance.

Art. 27

Al. 1 et 3

L'al. 1 dispose que l'ASR sera habilitée à procéder elle-même ou à faire procéder par des auditeurs à des contrôles à l'étranger, soit directement sur place, comme le prévoit le droit en vigueur, soit aussi à distance à partir du territoire suisse. Conformément à l'art. 27, al. 2 et 3, LSR, les conditions de l'assistance administrative prévues par l'art. 26, al. 2 et 3 LSR, soit le respect des principes de confidentialité et de spécialité, devront être remplies dans tous les cas.

L'al. 3 ne règle pas de manière exhaustive les contrôles transfrontaliers ; il n'exclut pas, en particulier, l'octroi par le service compétent et dans d'autres cas de figure, d'une autorisation exceptionnelle au sens de l'art. 271 CP.

Al. 3^{bis}

L'ASR pourra autoriser des contrôles virtuels à distance à partir de l'étranger, à condition que les entreprises de révision prennent des mesures pour s'assurer que les autorités de surveillance étrangères consultent et emportent des informations dans les limites de la loi. Lorsque l'ASR accordera son autorisation à l'autorité étrangère de surveillance de la révision, elle l'informerait de son obligation de respecter la législation suisse. Les détails seront fixés dans l'autorisation délivrée par l'ASR.

Une option envisageable est d'exiger que l'accès depuis l'étranger à des serveurs appartenant à une entreprise de révision suisse ait lieu dans les locaux du partenaire étranger de l'entreprise de révision, appartenant au même réseau, et que ce partenaire mandate, par un contrat conforme au droit suisse, une personne auxiliaire chargée de surveiller sur place le respect des obligations légales.

Le régime est analogue à la pratique actuelle de la FINMA en matière d'inspections virtuelles, à la différence près que, contrairement au cas de figure impliquant la participation d'un partenaire appartenant au même réseau, il n'est pas nécessaire de désigner une personne auxiliaire pour surveiller l'accès à distance.

S'il s'avère, à l'issue d'un contrôle, que l'autorité étrangère de surveillance de la révision n'a pas respecté les conditions fixées à l'art. 27 AP-LSR, l'ASR pourra refuser ses futures demandes visant à effectuer de tels contrôles à distance (virtuels) en Suisse.

Al. 4

L'al. 4 précise, en outre, que l'ASR pourra accompagner ou faire accompagner par un auditeur les représentants des autorités étrangères lors des contrôles que ceux-ci opèrent sur le territoire suisse.

Al. 5

Dans les limites des al. 2, 3 et 3^{bis}, le Conseil fédéral sera habilité à régler la collaboration avec les autorités étrangères dans des conventions internationales.

4.3 Loi sur la Banque nationale

Art. 14

Al. 3

L'art. 14, al. 3, LBN dispose que l'administration fédérale des contributions fournit à la Banque nationale, pour que celle-ci accomplisse ses tâches statistiques, les bases et les résultats de ses travaux statistiques dans le domaine de la TVA et, au besoin, des données concernant la TVA provenant de ses dossiers et relevés. Comme suite à l'introduction du nouvel art. 50^{bis} AP-LBN (voir ci-après), concernant la collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères sur le cadre réglementaire suisse, il y a lieu de modifier également l'art. 14, al. 3, LBN, afin de continuer à garantir que des tiers n'accèdent pas auprès de la BNS aux données susmentionnées auxquelles ils n'auraient pas autrement accès⁹⁶.

Art. 21

L'art. 21 LBN règle la coopération entre la BNS et les autorités étrangères de surveillance aux fins de la surveillance des IMF d'importance systémique. Dans le domaine des IMF d'importance systémique, la FINMA et la BNS se partagent les tâches de surveillance : la FINMA surveille le respect des exigences légales générales applicables aux IMF et la BNS veille au respect des exigences particulières de la LIMF, de la LBN et de l'ordonnance du 18 mars 2004 de la Banque nationale (OBN)⁹⁷ pour les IMF d'importance systémique. Aussi, la coopération internationale de la BNS en matière de surveillance des IMF d'importance systémique se fait souvent de concert avec la FINMA.

Depuis la révision en 2016 des dispositions de la LFINMA régissant l'assistance administrative dans le cadre de l'introduction de la LIMF, l'art. 42, al. 2, let. a, LFINMA va plus loin que l'art. 21 LBN en ce qui concerne les fins auxquelles les autorités étrangères peuvent utiliser les informations transmises (principe de spécialité) et la possibilité de retransmettre ces informations. Cette différence ne paraît pas justifiée compte tenu des compétences parallèles et de la collaboration rapprochée entre la BNS et la FINMA dans le domaine de la supervision des IMF d'importance systémique. En outre, cette différence au niveau des dispositions applicables à l'assistance administrative donne régulièrement lieu à des difficultés pratiques dans la collaboration avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers, notamment lors de l'élaboration de conventions entre la BNS, la FINMA et des autorités étrangères.

Il semble donc indiqué d'aligner l'art. 21 LBN sur l'art. 42 LFINMA en ce qui concerne le principe de spécialité et la retransmission d'informations. Les autorités étrangères pourront utiliser les informations reçues de la BNS aux fins de l'exécution du droit des marchés financiers ou les retransmettre à ces mêmes fins à d'autres autorités, tribunaux ou organes.

Il ne paraît cependant pas judicieux de faire correspondre entièrement l'art. 21 LBN à l'art. 42 LFINMA, car le mandat de la BNS en tant qu'autorité prudentielle fait l'objet d'une définition stricte qui le distingue de celui de la FINMA.

C'est pourquoi la transmission d'informations restera autorisée dans les limites de l'activité de surveillance des IMF d'importance systémique⁹⁸, et le cercle des destinataires restera limité aux autorités de surveillance étrangères chargées de la surveillance directe de ces IMF ou de leurs participants.

Restera également inchangé le fait que seules des informations concernant les IMF d'importance systémique peuvent être échangées avec ces autorités étrangères. Par conséquent, la question d'une retransmission à des autorités fiscales ou de poursuite pénale étrangères (en

⁹⁶ Voir FF **2017** 6565, 6762

⁹⁷ RS **951.131**

⁹⁸ Formulation actuelle : « à des fins de surveillance [...] »

dehors des dispositions pénales spécifiques aux marchés financiers) ne se pose pas davantage qu'auparavant⁹⁹.

Art. 50b^{bis}

Dans le cadre de l'introduction de la LIMF, l'art. 50b LBN a été intégré à la loi en même temps que l'art. 42b LFINMA, et correspond donc presque parfaitement à ce dernier.

À l'instar du nouvel art. 42b^{bis} AP-LFINMA, le nouvel art. 50b^{bis} AP-LBN règlera la collaboration aux contrôles du cadre réglementaire suisse par les autorités étrangères (audit du cadre réglementaire et prudentiel suisse et de la pratique de surveillance de la BNS) pour ce qui est des IMF d'importance systémique. Le commentaire de l'art. 42b^{bis} AP-LFINMA vaut donc aussi, par analogie, pour l'art. 50b^{bis} AP-LBN.

Vu que la BNS et la FINMA se partagent la compétence en matière de surveillance des IMF d'importance systémique, les audits étrangers du cadre réglementaire applicable à ces établissements nécessitent souvent la participation des deux autorités. Le commentaire de l'art 42b^{bis} AP-LFINMA peut être consulté par rapport aux difficultés qui peuvent entraver cette collaboration selon la législation actuelle.

La participation de la BNS n'est cependant pas requise dans le cadre des audits étrangers sur le cadre réglementaire applicable à d'autres établissements (p. ex. banques ou assurances), puisque la BNS n'assume une fonction prudentielle que dans le domaine des IMF d'importance systémique. Dès lors, cette disposition ne permet pas à la BNS de participer aux audits étrangers sur le cadre réglementaire applicable à d'autres établissements.

C'est pourquoi l'art. 50b^{bis} AP-LBN est proposé, par analogie avec l'art. 42b^{bis} AP-LFINMA, pour assurer une coopération efficace entre les autorités suisses de surveillance dans le cadre d'audits étrangers sur le cadre réglementaire applicable aux IMF d'importance systémique.

4.4 Modification des déclarations de la Suisse relatives à l'art. 1, par. 2 et 3, de la Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative

Lors de la ratification de la STE 094, la Suisse a déclaré exclure du champ d'application de cette convention le domaine de la surveillance des marchés financiers. Le message correspondant¹⁰⁰ ne contient pas de précisions concernant cette exclusion. Celle-ci n'a aujourd'hui plus lieu d'être et s'avère même problématique. C'est pourquoi l'avant-projet propose un arrêté fédéral autorisant le Conseil fédéral à modifier les déclarations en question.

5 Conséquences

5.1 Conséquences pour la Confédération

La révision proposée n'aura de répercussions ni sur les finances, ni sur le personnel de la Confédération. Elle pourra être mise en œuvre avec les ressources disponibles et sans nécessiter de modification des tâches actuelles.

Des conséquences pour la FINMA ne sont attendues que dans le cas où la proposition A serait mise en œuvre pour l'art. 42a LFINMA. La FINMA pourrait alors récupérer des ressources librement disponibles, car elle n'aurait plus à affecter de telles ressources à de longues procédures relatives au client, impliquant la consultation de dossiers, le prononcé d'une décision et

⁹⁹ Voir FF 2014 7235, 7348

¹⁰⁰ FF 2017 5589

des procédures de recours avec échange d'écritures¹⁰¹. Il en irait de même avec la suppression de la procédure relative au client pour ce qui est de l'application de l'art. 43 LFINMA et de la collecte des données de clients dans le cadre du *private banking carve out*. Cela dit, même en cas de suppression de la procédure relative au client, la FINMA devrait examiner chaque demande d'assistance administrative et chaque transmission afin de vérifier si les conditions de l'assistance administrative (spécialité, confidentialité, proportionnalité, soupçon initial suffisant, intérêt prudentiel suffisant) sont remplies. L'introduction de la possibilité d'opérer des inspections à distance pourrait en outre permettre des économies de ressources pour l'ASR. Enfin, des effets notables ne sont guère attendus pour la BNS, que ce soit en termes de finances de personnel.

5.2 Conséquences pour les cantons et les communes ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

L'avant-projet n'aura pas de conséquences particulières pour les cantons, les communes, les centres urbains, les agglomérations ou les régions de montagne.

5.3 Conséquences économiques

L'avant-projet a pour but de renforcer la réputation et le rôle mondial de la place financière suisse en établissant un cadre juridique cohérent et clair concernant la collaboration internationale des autorités de surveillance, d'une part, et des assujettis, d'autre part, visant à faire en sorte que le système financier soit ouvert aux opérations transfrontalières et demeure interconnecté au niveau international, sans compromettre l'intégrité, la transparence et la stabilité financière.

Les modifications proposées visent à créer un cadre juridique permettant d'écarter à temps les risques menaçant les créanciers, les investisseurs et les assurés et de préserver la stabilité du marché financier. Avec la possibilité d'instaurer une collaboration étroite et rapide au niveau international, la confiance accordée par le public au système des intermédiaires financiers et au marché financier sera renforcée.

Compte tenu de leur proximité géographique avec la Suisse ainsi que de leur volume et de leur potentiel considérables, les marchés financiers européens sont incontournables pour les activités des prestataires suisses de services financiers à l'étranger, et leur importance pour la place financière suisse et, partant, l'économie du pays dans son ensemble devrait se maintenir à l'avenir. La Suisse doit ainsi relever un double défi : maintenir l'accès de ses prestataires de services financiers aux marchés de chacun des membres de l'UE, tout en garantissant leur égalité de traitement par rapport à leurs concurrents européens.

Le manque de sécurité juridique et de prévisibilité qui affecte le maintien de l'accès aux marchés de l'UE encourage les transferts tout en affaiblissant la place financière suisse, qui englobe les activités économiques situées en amont et en aval¹⁰². Au final, l'économie suisse en pâtirait grandement¹⁰³.

¹⁰¹ Voir le message concernant la LIMF, FF **2014** 7325, 7366

¹⁰² Les incertitudes liées notamment aux reconnaissances d'équivalence de l'UE ont incité plusieurs établissements financiers suisses d'envergure à envisager le transfert de certains domaines d'activité vers l'UE.

¹⁰³ Le rapport entre la valeur créée par une branche et le produit intérieur brut (PIB) indique la contribution de la branche à l'ensemble de l'économie. Le secteur financier suisse (banques et assurances) contribue au PIB national à hauteur de 9 %, voir www.sif.admin.ch > Documentation > Place financière suisse : <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/documentation/place-financiere-suisse.html> (page consultée le 22 avril 2024).

Le maintien et, si possible, l'amélioration de l'accès des prestataires suisses de services financiers aux marchés européens supposent notamment que le cadre juridique suisse applicable à la coopération des autorités de surveillance suisses, d'une part, mais aussi des assujettis eux-mêmes, d'autre part, avec les autorités et services étrangers compétents soit harmonisé de façon cohérente avec les exigences internationales en vigueur et les besoins du secteur financier suisse, ce qui représente un objectif central de la politique de la Confédération en matière de marchés financiers¹⁰⁴.

5.4 Conséquences sociales

Les modifications proposées par l'avant-projet ne sont pas suffisamment étendues pour déployer des effets sur la société suisse considérée dans son ensemble.

5.5 Conséquences environnementales

L'avant-projet n'aura pas de conséquences environnementales.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

L'avant-projet, qui vise à modifier la LFINMA, la LSR et la LBN, se fonde sur les art. 95 et 98 Cst.¹⁰⁵, qui autorisent la Confédération à légiférer sur les banques, les assurances privées, les bourses et les services financiers dans d'autres domaines ainsi que sur l'exercice des activités économiques lucratives privées.

La Constitution est en particulier respectée dans la proposition A pour l'art. 42a LFINMA, qui prévoit l'abrogation du droit d'être entendu et du droit de recours des clients, de même que dans la proposition B, car l'art. 29a, 2^e phrase, Cst. permet de prévoir des exceptions à la garantie de l'accès au juge¹⁰⁶. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le législateur peut décider expressément de renoncer à l'application de la PA¹⁰⁷, ce qui est proposé dans le cadre du présent avant-projet. Étant donné que l'assistance administrative à des fins de surveillance des marchés financiers vise en premier lieu à préserver le bon fonctionnement du système¹⁰⁸ et que les personnes concernées peuvent également faire valoir la protection juridique individuelle à l'étranger dans la phase des débats de la procédure judiciaire, leurs droits sont suffisamment protégés.

¹⁰⁴ Voir le rapport du Conseil fédéral du 27 octobre 2021 « MiFID II et accès aux marchés financiers : scénarios et mesures visant à faciliter l'offre transfrontalière de services à la clientèle privée en Italie et en France », p. 7 s., à l'adresse www.parlament.ch : <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20173744/Bericht%20BR%20F.pdf>

¹⁰⁵ RS 101

¹⁰⁶ Voir Andreas Kley, St. Galler Kommentar (3^e éd.), art. 29a Cst, Cm 20 ; BSK BV-Waldmann, art. 29a, n° 20

¹⁰⁷ Arrêt 140 II 315 du Tribunal fédéral, consid. 3.1 ; arrêt 2C_246/2014 du Tribunal fédéral en date du 7 août 2014, consid. 6.2.3 ; Beriger / Glaser, Rechtsschutz gegen Realakte : Bundesgericht schafft Klarheit, RSJ 111 (2015) n° 7, p. 171 s. ; Weber-Dürler / Kunz-Notter, in : Auer / Müller / Schindler (édit.), VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2^e éd., Zurich 2019, n° 40 ad art. 25a PA ; par ailleurs, bien que la garantie de l'accès au juge selon l'art. 29a Cst. exige que les décisions d'une autorité puissent être soumises à l'appréciation d'un tribunal, elle ne précise pas si la décision d'une autorité administrative de transmettre des informations à une autre autorité administrative doit toujours prendre la forme d'une décision attaquable ; voir à cet égard Zulauf, Kooperation oder Obstruktion?, 344.

¹⁰⁸ Voir le ch. 3.1.1

L'arrêté fédéral concernant la modification des déclarations de la Suisse relatives à l'art. 1, par. 2 et 3, de la STE 094 se fonde sur l'art. 54, al. 1, Cst., qui dispose que les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. Aux termes de l'art. 184, al. 2, Cst., le Conseil fédéral signe les traités et les ratifie. Conformément à l'art. 166, al. 2, Cst., c'est à l'Assemblée fédérale qu'il appartient d'approuver les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral (voir l'art. 24, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement [LParl]¹⁰⁹ et l'art. 7a, al. 1, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [RVOG]¹¹⁰). Ces dispositions s'appliquent par analogie aux déclarations et réserves unilatérales relatives aux traités internationaux. En l'espèce, le Conseil fédéral ne peut pas modifier seul les déclarations relatives à la STE 094, car la modification apportée aurait pour effet d'élargir le champ d'application de cette convention et ne serait pas de portée mineure (application par analogie de l'art. 7a, al. 2, 2e phrase, LOGA). La nouvelle obligation qui incombera à la Suisse d'accorder l'assistance administrative pour la notification de documents, y compris dans le domaine de la surveillance des marchés financiers, qui est actuellement exclu du champ d'application de la STE 094, influera sur les droits des destinataires des documents et rendra applicables à un domaine juridique supplémentaire des dispositions importantes qui fixent des règles de droit au sens de l'art. 22, al. 1 et 4, LParl.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Plusieurs accords internationaux auxquels la Suisse est partie comportent des dispositions sur l'assistance administrative internationale. Par exemple, dans le domaine de la surveillance des marchés financiers, l'Accord du 10 octobre 1989 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie¹¹¹ prévoit des règles spéciales pour la collaboration des autorités de contrôle (voir les art. 30 s.). L'accord règle notamment les conditions (art. 30) et les objectifs (art. 31) de cette collaboration. Il comporte également une disposition spéciale concernant l'obligation de secret (art. 33).

L'accord du 25 janvier 2019 entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie¹¹² et l'accord du 19 décembre 1996 sur l'assurance directe et l'intermédiation en assurance entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein¹¹³ prévoient des dispositions analogues.

Dans le domaine bancaire, ce sont surtout l'Échange de lettres des 3 juillet / 15 août 2013 entre la Suisse et l'Allemagne concernant l'amélioration des activités entre les deux États dans le secteur financier¹¹⁴ et les conventions d'exécution correspondantes entre la FINMA et son homologue allemande (Autorité fédérale de supervision financière, BaFin) qui prévoient des règles spéciales applicables aux opérations bancaires et aux prestations de gestion de fortune transfrontalières.

Les modifications proposées de la LFINMA, de la LSR et de la LBN permettront à la Suisse de continuer à conclure d'autres accords de coopération en matière administrative. Il n'y a donc pas lieu de craindre un conflit entre les dispositions d'assistance administrative révisées

¹⁰⁹ RS **171.10**

¹¹⁰ RS **172.10**

¹¹¹ RS **0.961.1**

¹¹² RS **0.961.367**

¹¹³ RS **0.961.514**

¹¹⁴ RS **0.956.113.61**

et les accords internationaux actuels ou futurs de la Suisse dans le domaine des marchés financiers¹¹⁵.

6.3 Forme de l'acte à adopter

Aux termes de l'art. 164, al. 1, Cst., toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. C'est pourquoi toutes les modifications proposées dans l'avant-projet pour la LFINMA et les autres lois citées sont sujettes à la procédure législative ordinaire.

L'approbation par l'Assemblée fédérale de la modification des déclarations de la Suisse relatives à l'art. 1, par. 2 et 3, de la STE 094 doit prendre la forme d'un arrêté fédéral, en application par analogie de l'art. 24, al. 3, LParl. Cette modification concerne des dispositions importantes fixant des règles de droit, qui sont sujettes au référendum (art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.).

6.4 Frein aux dépenses

L'avant-projet ne contient pas de dispositions relatives aux subventions (qui entraînent de nouvelles dépenses supérieures à un des seuils fixés) et ne prévoit ni crédits d'engagement, ni plafonds de dépenses (impliquant des dépenses supérieures à l'un des seuils fixés).

6.5 Délégation de compétences législatives

La révision proposée ne prévoit pas de délégation de compétences législatives.

6.6 Protection des données

La loi du 25 décembre 2020 sur la protection des données (LPD)¹¹⁶ vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques dont les données personnelles font l'objet d'un traitement (art. 1 LPD). Sont considérées comme des données personnelles les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable (art. 5, let. a, LPD). La notion de traitement au sens de la LPD inclut la communication de données (art. 5, let. d, LPD). Selon l'art. 34 LPD, les organes fédéraux ne sont en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale. Avec l'art. 23, al. 1 et 2, let. f, LFINMA en relation avec les art. 42 s., la FINMA dispose d'une base légale pour le traitement et la communication transfrontalière de données aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers, y compris des données personnelles sensibles ; les catégories de données personnelles visées en l'espèce sont énumérées à l'art. 5 de l'ordonnance du 4 mai 2023 de la FINMA sur les données¹¹⁷, conformément à l'art. 23, al. 4, LFINMA. Au demeurant, selon la jurisprudence constante du Tribunal administratif fédéral, les dispositions sur l'assistance administrative de la LFINMA priment la LPD¹¹⁸.

¹¹⁵ Ainsi, l'Accord de reconnaissance mutuelle entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord dans le domaine des services financiers, signé le 21 décembre 2023, prévoit également des dispositions spéciales concernant la coopération en matière de surveillance des prestataires de services financiers concernés par l'accord dans le domaine des assurances et des services d'investissement. L'accord doit encore être approuvé par les parlements des deux pays avant d'entrer en vigueur.

¹¹⁶ RS 235.1

¹¹⁷ Ordonnance de la FINMA sur les données (RS 956.124)

¹¹⁸ Arrêts du Tribunal administratif fédéral B-821/2020 du 21 juillet 2020, consid. 2 ; B-6371/2018 du 8 mars 2019, consid. 4.3.1 ; B-7773/2015 du 16 mars 2016, consid. 5 ; et B-2460/2015 du 15 novembre 2015, consid. 3.4.3

Tableau récapitulatif des données utilisées dans le rapport explicatif

| Chiffre | Citation, référence | Source, méthode de calcul, hypothèses | Dernière mise à jour | Remarques |
|---------|--|--|----------------------|-----------|
| 1 | Ch. 1.1 : depuis quelques années, le nombre de demandes d'assistance administrative adressées par des autorités étrangères est relativement élevé. Les demandes proviennent majoritairement des pays voisins, de l'UE, des États-Unis et du Royaume-Uni. | Voir Statistiques générales en matière d'enforcement 2023 à l'adresse https://www.finma.ch/fr/documentation/publications-finma/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/ | 2023 | |
| 2 | Ch. 2.1.1 : ses membres régulent plus de 95 % des marchés de valeurs dans plus de 130 juridictions. [...] En décembre 2022, près de 130 commissions de valeurs avaient signé le MMoU de l'OICV ; | Indications de l'OICV concernant ses membres, https://www.iosco.org/about/?subsection=about_iosco , et concernant le MMoU, https://www.iosco.org/about/?subsection=mmou | 2024 | |
| 3 | Ch. 2.1.2 : basée à Bâle, l'AICA réunit les autorités de surveillance de près de 200 pays, représentant presque 97 % des primes d'assurance du monde entier. [...] Actuellement, 84 membres de l'AICA sont signataires du MMoU. Ils représentent collectivement plus de trois quarts du secteur mondial des assurances (en primes brutes). | Indications de l'AICA concernant ses membres, voir https://www.iaisweb.org/about-the-iais/what-we-do/ et concernant le MMoU, voir https://www.iaisweb.org/about-the-iais/mmou/ | 2024 | |
| 4 | Ch. 3.1.1 : l'expérience acquise quant à la pratique de l'assistance administrative montre que ce sont en majorité des acteurs à l'égard desquels il existe un soupçon fondé de délit d'initié ou de manipulation du marché en lien avec des instruments des marchés financiers étrangers qui se prévalent du droit d'être entendu et du droit de recours garantis par la procédure relative au client, souvent à plusieurs reprises. On sait d'expérience que cette procédure (consultation du dossier, échange d'écritures, prononcé d'une décision, procédure de recours) sert à différer la transmission d'informations. Nbp 44 : par exemple, pendant la période 2015-2022, une dizaine de personnes soupçonnées d'être parties à des cercles d'initiés ont fortement sollicité l'assistance administrative. L'une d'entre elles a mené sept procédures. Ces potentiels cercles d'initiés faisaient ou, pour certains, font encore l'objet d'enquêtes de plusieurs autorités de surveillance étrangères. Les personnes soupçonnées de faire partie desdits | Indications de la FINMA concernant sa pratique en matière d'assistance administrative ; voir notamment https://www.finma.ch/fr/documentation/publications-finma/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/ | 2024 | |

| | | | | |
|---|---|--|------|--|
| | cercles apparaissent toujours régulièrement dans divers dossiers d'assistance administrative et font souvent l'objet de notifications a posteriori. | | | |
| 5 | Ch. 3.1.2, nbp 50 : les cas de manipulation de marché et de délit d'initié correspondent à 65 % du total des demandes d'assistance administrative. | Indications de la FINMA concernant sa pratique en matière d'assistance administrative, voir FINMA, Statistiques générales en matière d'enforcement 2020-2023, à l'adresse https://www.finma.ch/fr/documentation/publications-finma/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/ | 2024 | |
| 6 | Ch. 3.1.3, nbp 56 : de 2017 à 2022, la FINMA n'a réservé la voie d'assistance administrative que quinze fois. | Indications de la FINMA concernant sa pratique en matière d'assistance administrative | 2024 | |
| 7 | Ch. 5.3 : compte tenu de sa proximité géographique avec la Suisse ainsi que de leur volume et de leur potentiel considérables, les marchés financiers européens sont incontournables pour les activités des prestataires suisses de services financiers à l'étranger, et leur importance pour la place financière suisse et, partant, l'économie du pays dans son ensemble devrait se maintenir à l'avenir. | Concernant les évolutions dans le domaine de la gestion de fortune transfrontalière, plus particulièrement avec les pays voisins, voir le rapport du Conseil fédéral du 27 octobre 2021 « Mi-FID-II et accès aux marchés financiers : scénarios et mesures visant à faciliter l'offre transfrontalière de services à la clientèle privée en Italie et en France », 7 s., à l'adresse https://www.parlament.ch/centers/e-parl/curia/2017/20173744/Bericht%20BR%20F.pdf | 2022 | |
| 8 | Ch. 5.3., nbp 102 : le rapport entre la valeur créée par une branche et le PIB indique la contribution de la branche à l'ensemble de l'économie. Le secteur financier suisse (banques et assurances) contribue au PIB national à hauteur de 9 %. | Voir Place financière suisse, Chiffres-clés 2024, à l'adresse https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/documentation/place-financiere-suisse.html | 2024 | |