



25.071

**Message
concernant la modification de la loi
sur la surveillance des marchés financiers**

du 12 septembre 2025

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'une modification de la loi sur la surveillance des marchés financiers, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

12 septembre 2025

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Karin Keller-Sutter
Le chancelier de la Confédération, Viktor Rossi

Condensé

Le 16 juin 2023, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances d'examiner en profondeur les dispositions relatives à la collaboration internationale avec les services étrangers et d'identifier les éventuelles mesures à prendre. Le cadre législatif applicable sera modifié de sorte que cette collaboration puisse fonctionner encore mieux à 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 l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et de la Banque nationale suisse (BNS) a été effectuée le 19 juin 2015 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, l'interconnexion internationale des systèmes financiers tend à se renforcer, de même que la surveillance transfrontalière, la collaboration et l'échange d'informations entre autorités de surveillance. La capacité à collaborer est par conséquent devenue une condition décisive pour l'accès des prestataires suisses aux marchés étrangers.

Les exigences en matière de collaboration internationale des autorités de surveillance et des prestataires de services financiers ont évolué depuis l'entrée en vigueur de la législation actuelle. Or, le cadre juridique suisse n'a que partiellement été adapté à cette évolution. Cela met en péril la réputation de la Suisse, de sa place financière et de la surveillance des marchés financiers exercée par ses autorités. Par ailleurs, la capacité limitée de coopération des autorités et prestataires de services financiers suisses entrave en partie l'application du droit dans d'autres juridictions. Face à cette situation, il semble donc indiqué de modifier les dispositions correspondantes pour renforcer la crédibilité de la Suisse sur la scène internationale et consolider durablement le rôle mondial de sa place financière.

Contenu du projet

Sur la base de l'expérience acquise depuis l'entrée en vigueur de la législation actuelle en 2016 et au regard des avis reçus dans le cadre de la consultation, le Conseil fédéral propose d'apporter les modifications suivantes à la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA) et à d'autres actes.

- a. *La procédure relative au client visée à l'art. 42a, al. 2 et 4 à 6, LFINMA 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. Dans ce contexte, une adaptation de la procédure d'entraide administrative de la FINMA a été examinée. Une solution équilibrée consistant à adapter cette procédure selon les risques et de manière différenciée a été choisie; elle permettra de ne déroger*

aux droits ordinaires des clients que dans des cas clairement définis de risque accru d'abus.

- 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}). La législation suisse actuelle (art. 42 et 42b LFINMA) ne permet pas à la FINMA de participer pleinement à ce genre d'audit. En principe, elle n'autorise pas l'échange d'informations non accessibles au public, au 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.*
- 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 des assujettis, qui se fait de manière informelle.*
- d. *Il faut que la communication soit aussi rapide et directe que possible dans le domaine de la surveillance des marchés financiers. C'est pourquoi il est important que des documents puissent être notifiés à des fins prudentielles aussi directement que possible de la Suisse vers des pays étrangers, et inversement. Un nouvel art. 42d P-LFINMA crée une base légale spécifique, qui permettra à la FINMA d'autoriser la notification directe de documents à des fins de surveillance des marchés financiers à des destinataires auxquels il s'agit de garantir leur droit d'être entendu, pour autant que l'autorité requérante prévoit la réciprocité pour la Suisse. La notification directe à des fins d'administration des preuves dans le cadre d'enquêtes ou de procédures étrangères restera toutefois exclue.*
- e. *L'art. 43 LFINMA régit les audits hors du pays d'origine, exécutés directement à l'étranger par la FINMA ou directement en Suisse par des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers. Des incertitudes existent actuellement à cet égard dans le cas des externalisations, 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, ni assujetti à la surveillance en Suisse.*

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 ou non à la surveillance à l'étranger ou en Suisse.

- f. *S'agissant de la surveillance mondiale des grands réseaux de révision, la nécessité 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 de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision, LSR) et des contrôles transfrontaliers (art. 27 LSR) sur celles de la LFINMA a été examinée. Le P-LSR vise à créer une base légale expresse pour la réalisation de contrôles à distance.

- 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 de la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale (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).*

Table des matières

Condensé	2
1 Contexte	7
1.1 Nécessité d’agir et objectifs visés	7
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	13
2 Procédure préliminaire, consultation comprise	14
2.1 Résultats de la consultation	14
2.2 Évaluation	15
3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	17
3.1 Normes internationales en matière de collaboration transfrontalière entre autorités de surveillance des marchés financiers	17
3.1.1 Norme de l’Organisation internationale des commissions de valeurs	17
3.1.2 Norme de l’Association internationale des contrôleurs d’assurances	18
3.1.3 Norme du Groupe d’action financière	19
3.2 Collaboration entre les autorités de surveillance des marchés financiers de l’UE dans le cadre du système européen de surveillance financière	20
3.3 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	21
3.4 Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l’étranger des documents en matière administrative	23
4 Présentation du projet	24
4.1 Réglementation proposée	24
4.1.1 Procédure d’assistance administrative (art. 42a P-LFINMA)	24
4.1.2 Collaboration aux procédures de reconnaissance et d’audit d’autorités étrangères sur le cadre réglementaire suisse (art. 42b ^{bis} P-LFINMA)	29
4.1.3 Transmission d’informations par des assujettis (art. 42c P-LFINMA)	31
4.1.4 Notification hors du pays d’origine de documents à des fins de surveillance des marchés financiers (art. 42d P-LFINMA)	34
4.1.5 Audits hors du pays d’origine (art. 43 P-LFINMA)	35
4.1.6 Collaboration de l’ASR avec des autorités étrangères de surveillance des activités de révision (art. 26 s. LSR)	37

4.1.7	Dispositions de la loi sur la Banque nationale régissant l'assistance administrative	38
4.2	Mise en œuvre	38
5	Commentaire des dispositions	39
5.1	Loi sur la surveillance des marchés financiers	39
5.2	Loi sur la surveillance de la révision	52
5.3	Loi sur la Banque nationale	53
6	Conséquences	55
6.1	Conséquences pour la Confédération	55
6.2	Conséquences pour les cantons et les communes ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne	55
6.3	Conséquences économiques	55
6.4	Conséquences sociales	56
6.5	Conséquences environnementales	56
7	Aspects juridiques	57
7.1	Constitutionnalité	57
7.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	58
7.3	Forme de l'acte à adopter	59
7.4	Frein aux dépenses	59
7.5	Délégation de compétences législatives	59
7.6	Protection des données	59

**Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
(Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA)**

(Projet)

FF 2025 2864

Message

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 surveillance transfrontalière, la collaboration et l'échange d'informations entre autorités de surveillance des marchés financiers tendent à se renforcer, de même que la transmission directe d'informations par des assujettis. 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 évolution s'est nettement accélérée 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 (EAR).

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 modification des dispositions correspondantes est donc indiquée pour renforcer et sécuriser à long terme 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) et le Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI) en collaboration avec la

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 > Statistiques > Enforcement > 2023 (page consultée le 6 mai 2025).

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 aux clients concernés) 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. L'expérience acquise depuis 2016 quant à la pratique de l'assistance administrative montre que ce sont dans bien des cas 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, en particulier les voies de recours qu'elle ouvre, est employée 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 des droits individuels 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.

Pour les autorités suisses, il est également avantageux de pouvoir obtenir une transmission rapide et efficace d'informations dans le cadre de demandes d'entraide adressées à des autorités étrangères.

Dans ce contexte, il s'agit de revoir en profondeur la procédure relative au client.

- S'agissant des art. 42 et 42b LFINMA, une question qui s'est posée dans le passé est celle des limites de la collaboration apportée par la FINMA aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères sur le cadre réglementaire et prudentiel suisse. Une autre question qui s'est elle aussi tout particulièrement posée est celle de savoir si la Suisse doit avoir une base légale explicite concernant la transmission d'informations non accessibles au public. Le projet établit une telle base (art. 42b^{bis} P-LFINMA).

⁴ RS 956.1

- En ce qui concerne les dispositions de l’art. 42c 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, y compris 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.
- 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 relatifs à des affaires administratives à des destinataires en Suisse. Le nouvel art. 42d P-LFINMA vise donc à donner suite à cette demande en établissant la base légale nécessaire.
- 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’externalisation croissante de tâches, aussi bien au sein de groupes qu’en dehors, vers ou depuis l’étranger à des entreprises non assujetties, et au recours de plus en plus fréquent à des prestations transfrontalières telles que les services en nuage, il convient de modifier l’art. 43 LFINMA.

Par analogie avec les dispositions de la LFINMA régissant l’assistance administrative, il y a, en matière de surveillance des sociétés nationales des grands réseaux d’audit, besoin de moderniser les dispositions concernant l’assistance administrative prévue par la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision (LSR)⁵, conformément à la modification du 30 septembre 2016⁶ et en particulier 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. Les modifications proposées visent à créer une base légale explicite pour la réalisation de contrôles à distance.

Par ailleurs, la révision de la LFINMA nécessitera également de modifier les dispositions d’assistance administrative prévue par la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale (LBN)⁷. 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. En outre, le nouvel art. 50b^{bis} P-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} P-LFINMA.

⁵ RS 221.302

⁶ RO 2017 4859

⁷ RS 951.11

L'objectif 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 préserver l'ouverture du système financier suisse aux opérations transfrontalières et son interconnexion internationale, 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 suffisamment aux exigences internationales actuelles en matière de collaboration transfrontalière. En maintenant le statu quo, on affaiblirait probablement de manière considérable la position de la place financière suisse dans la concurrence internationale. Il faudrait notamment s'attendre, à moyen ou long terme, à ce que les prestataires de services financiers préfèrent délocaliser leurs opérations à l'étranger, ce qui pourrait nuire gravement à l'attractivité et à l'ouverture du marché local. Pour cette raison, l'idée de ne pas réviser les dispositions de la LFINMA régissant l'assistance administrative a été écartée au motif qu'elle aurait été contraire au but visé.

La révision proposée suit une approche systématique et transversale. Elle ne se borne pas à modifier quelques dispositions de la LFINMA, mais crée aussi de nouvelles bases légales, notamment en ce qui concerne la collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères et la notification de documents hors du pays d'origine à des fins de surveillance des marchés financiers. Par souci de cohérence, la révision inclut aussi les dispositions correspondantes de la LSR et de la LBN.

Une attention particulière a été accordée en particulier à la question de savoir si la procédure relative au client visée à l'art. 42a LFINMA, qui accorde aux clients un droit d'être entendu et un droit de recours étendus, reste appropriée dans le contexte international. Celle-ci garantit aux clients concernés de vastes droits (droit d'être entendu et droit de recours) dans le cadre de la procédure d'assistance administrative, ce qui représente une exception en comparaison internationale. L'assistance administrative à des fins de surveillance des marchés financiers ne sert toutefois pas principalement à identifier les rapports juridiques individuels, mais à réaliser des tâches publiques: protéger la stabilité, l'intégrité et la transparence des marchés financiers, et préserver la confiance des acteurs du marché dans des marchés fonctionnels, équitables et résistants aux abus.

L'opposition qui en découle entre la protection des droits individuels et l'intérêt public en matière de surveillance exige une évaluation rigoureuse. Au vu des risques réputationnels à l'échelle internationale et des possibilités concrètes d'abus consistant à différer tactiquement la procédure, une restriction de la procédure relative au client semble adéquate, nécessaire et raisonnable. Pour cette raison, trois propositions de modification de cette procédure ont été examinées:

- La proposition A prévoyait d'abroger le droit d'être entendu et le droit de recours dans la procédure relative au client. Elle aurait marqué un changement complet de paradigme du régime d'assistance administrative inscrit dans la

LFINMA. Elle reposait sur l'idée de mettre la procédure suisse en conformité avec les normes internationales actuelles et de consolider la position de la FINMA en tant que partenaire fiable dans l'architecture internationale de surveillance. La proposition A aurait été cohérente avec la situation juridique qui prévaut. En effet, l'art. 42c, al. 1, LFINMA autorise déjà, sous certaines conditions, la transmission directe et informelle d'informations aux autorités étrangères par des assujettis, ce à quoi consentent en général les clients concernés via des déclarations de renonciation. La proposition A tenait également compte du fait que des organismes internationaux comme le Groupe d'action financière (GAFI)⁸ ou l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) ont maintes fois critiqué la procédure relative au client comme constituant un obstacle à une assistance administrative efficace et ainsi souligné implicitement la nécessité de la réformer.

- La proposition B prévoyait une approche différenciée basée sur le risque. Le droit d'être entendu et le droit de recours des clients auraient été restreints uniquement dans les cas où la demande d'assistance administrative adressée par une autorité étrangère aurait porté sur un soupçon de délit d'initié ou de manipulation de marché en lien avec des transactions se répercutant sur un marché étranger. Cette restriction ciblée prenait en considération l'expérience qui montre que c'est précisément dans ces cas particulièrement sensibles que l'assistance administrative est contournée ou différée, alors que dans le même temps, il y a un intérêt public très marqué en faveur d'une procédure rapide et cohérente sur le plan transfrontalier face aux abus de marché. S'agissant des autres catégories de demandes d'assistance administrative, par exemple en cas d'intermédiation financière sans autorisation ou de procédure de surveillance sans lien avec un abus de marché, la procédure relative au client aurait au contraire continué de s'appliquer. Par conséquent, la proposition B aurait permis de maintenir l'équilibre entre l'intérêt public à l'exercice d'une surveillance efficace et la protection des droits individuels inscrite dans la Constitution.
- Une troisième proposition examinée prévoyait de maintenir en l'état la procédure relative au client, mais de ne pas informer le client au préalable, mais uniquement après coup, de la transmission d'informations (notification a posteriori) et, ainsi, de contrôler en aval la conformité au droit. Cette proposition se serait appuyée sur l'art. 42a, al. 4, LFINMA et en aurait précisé la teneur. La pratique montre toutefois que les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers n'acceptent pas une telle réglementation, car elles estiment qu'elle met en péril la sécurité juridique en matière d'administration des preuves dans leur propre procédure au fond. La proposition concernée n'aurait donc ni renforcé la confiance internationale dans la procédure de surveillance de la Suisse, ni permis de remplir les exigences réglementaires applicables à une coopération transfrontalière efficace. En raison du manque de connectivité internationale, cette proposition n'a pas été examinée plus en détail.

Les propositions A et B ont été soumises pour avis dans le cadre de la procédure de consultation. La majorité des participants qui s'est exprimée sur la question a dit pré-

⁸ Voir le ch. 3.1.3.

férer la proposition B. En l'espèce, la capacité de la solution proposée à pondérer de manière adéquate l'intérêt public à l'intégrité du marché et la protection des droits individuels a été décisive. Par ailleurs, certains participants ont relevé avec satisfaction que, dans la procédure, la FINMA resterait tenue aux principes de confidentialité, de spécialité et de proportionnalité, et que les détenteurs d'informations concernés auraient toujours la possibilité de faire valoir leurs droits dans le cadre de la procédure de production des documents.

La proposition B offre par conséquent une solution de compromis viable. Elle permet une modification ciblée, conforme au droit et proportionnée de la procédure relative au client tout en prenant en considération les exigences internationales croissantes en matière de collaboration internationale rapide et efficace dans le domaine de la surveillance des marchés financiers. La restriction de la procédure relative au client dans le contexte spécifique des demandes concernant des abus de marché en lien avec des marchés étrangers s'avère être une mesure adéquate, nécessaire et raisonnable allant dans le sens d'un développement du droit suisse de la surveillance qui s'inscrit dans la logique du système. Elle vise à renforcer la crédibilité et la capacité de collaboration de la FINMA, à réduire les risques réputationnels et à favoriser l'ouverture de la place financière suisse aux opérations transfrontalières.

En ce qui concerne l'art. 42c LFINMA, qui règle la transmission directe d'informations par des assujettis, la question de savoir si les cas de figure admissibles pourraient être déterminés concrètement dans le cadre d'une autorégulation du secteur financier concerné, approuvée par la FINMA, a fait l'objet d'un examen approfondi afin de clarifier le champ d'application de l'al. 2. Cette variante à une réglementation d'exécution complémentaire n'a toutefois pas été retenue, les sondages réalisés n'ayant pas permis de constater un quelconque intérêt du secteur financier en question.

S'agissant de la question de la notification transfrontalière de documents à des fins de surveillance des marchés financiers, la procédure de consultation a aussi permis d'examiner une autre proposition: l'abrogation de la déclaration faite par la Suisse lors de la ratification de la Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative (STE 094)⁹; en l'espèce, la Suisse a déclaré exclure la surveillance des marchés financiers du champ d'application de cette convention. L'objectif de la proposition concernée était d'étendre le champ d'application de la convention aux notifications à des fins de surveillance des marchés financiers et, de cette manière, de créer une base juridique relevant du droit international public pour la notification transfrontalière. Une analyse approfondie a toutefois montré que le mécanisme de la convention n'est pas structurellement adapté aux besoins de l'assistance administrative internationale que les autorités de surveillance des marchés financiers s'accordent mutuellement. En particulier, la convention ne prévoit aucune communication directe entre les autorités concernées, mais exige généralement l'intervention d'autorités centrales. Cette méthode ne répond pas aux exigences d'une collaboration moderne, rapide et cohérente sur le fond en matière de surveillance. L'intégration de ce mécanisme compliquerait le système actuel d'assistance administrative internationale, sans apporter de plus-value. Au vu de ces limitations, il a été décidé de maintenir la déclaration existante. À la place, le nouvel art. 42d

⁹ RS 0.172.030.5; FF 2017 5589

P-LFINMA vise à établir un cadre légal spécifique et adapté à la pratique qui permettra de transmettre directement des documents sous certaines conditions clairement définies et, ainsi, de mieux répondre aux besoins réels de la surveillance des marchés financiers.

Pour ce qui est 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. Une obligation légale de collaborer aurait entraîné un élargissement des compétences de surveillance étranger au système.

Enfin, l'avant-projet soumis à consultation proposait 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. Cette disposition limite actuellement l'accès des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers aux informations dans le cadre des audits hors du pays d'origine effectués dans le domaine sensible du *private banking*. La procédure de consultation a toutefois montré qu'il faudrait opter pour une restriction partielle de la procédure relative au client (proposition B) plutôt que pour une restriction complète. C'est pourquoi il convient aussi de renoncer à la suppression du *private banking carve out*. La réglementation actuelle restera donc inchangée, le but étant de maintenir l'équilibre entre la protection des données des clients et la capacité de collaboration internationale de la FINMA.

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 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, de la FINMA, de la BNS et de l'ASR, d'identifier les éventuelles mesures à prendre et de lui soumettre un projet. Celui-ci a été mis en consultation au deuxième semestre de 2024¹⁰. Il figure dans le message du 24 janvier 2024 sur le programme de la législature 2023 à 2027¹¹.

¹⁰ Voir Objectifs du Conseil fédéral 2024, objectif 3.9, p. 17, à l'adresse www.bk.admin.ch > Documentation > Aide à la conduite stratégique > Les Objectifs > Archives – Objectifs du Conseil fédéral, volume I (page consultée le 6 mai 2025).

¹¹ Voir le message du 24 janvier 2024 sur le programme de la législature 2023 à 2027, objectif 3, pp. 110 et 118, FF 2024 525.

2 Procédure préliminaire, consultation comprise

En exécution du mandat que le Conseil fédéral leur a confié le 16 juin 2023, le DFF et le SFI, en collaboration étroite avec l'OFJ, la FINMA, l'ASR et la BNS, ont analysé en profondeur les bases juridiques de la collaboration internationale avec les services étrangers, notamment celles établies dans la LFINMA, la LSR et la LBN. L'objectif de ces travaux techniques préliminaires était d'effectuer une évaluation systématique de l'interconnexion internationale du cadre réglementaire en vigueur, d'identifier les insuffisances et les déficits en matière de coordination, et d'élaborer un projet solide et cohérent de modification de la législation. L'axe principal des travaux préliminaires s'est articulé autour de l'évaluation des pratiques d'exécution de la FINMA ainsi qu'autour de l'appréciation critique des dispositions légales actuelles au regard des exigences et évolutions internationales. Ces travaux préliminaires ont fourni la base pour la procédure de consultation relative à la modification des actes concernés.

2.1 Résultats de la consultation

La procédure de consultation relative à la modification des dispositions de la LFINMA et d'autres actes concernant la collaboration internationale a eu lieu entre le 20 septembre 2024 et le 3 janvier 2025. Les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national, les associations faîtières de l'économie ainsi que les autres milieux intéressés ont été invités à y participer. Au total, 40 réponses ont été reçues (émanant de 24 cantons, 3 partis politiques, 4 associations de l'économie, 8 milieux intéressés et une autre institution). Les principales remarques formulées par les participants à la consultation sont présentées ci-dessous. Pour plus de détails, on se référera aux différents avis¹² ainsi qu'au rapport sur les résultats de la consultation.

Les participants à la consultation approuvent sans réserve sur le principe l'objectif de la modification des dispositions de la LFINMA sur la collaboration internationale. En particulier, ils accueillent favorablement les nouvelles dispositions concernant la collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit menées par des autorités étrangères (art. 42b^{bis} AP-LFINMA), et concernant la notification hors du pays d'origine de documents (art. 42d AP-LFINMA). En ce qui concerne la modification proposée de l'art. 42a AP-LFINMA (procédure relative au client), une majorité des participants ayant pris position sur ce point nourrissent une préférence pour une restriction partielle dans les cas d'abus de marché (proposition B). À cet égard, ils soulignent de différentes manières le fait qu'une restriction partielle ne devra pas servir à contourner les garanties de l'État de droit dans la procédure d'entraide administrative, et que la FINMA devra, dans tous les cas, respecter strictement les principes de spécialité, de confidentialité et de proportionnalité visés à l'art. 42 LFINMA. En ce qui concerne la modification de l'art. 42c AP-LFINMA (transmission d'informations par des assujet-

¹² Voir www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2024 > DFF > Procédure de consultation 2024/43 (page consultée le 6 mai 2025).

tis), plusieurs participants estiment qu'une modification s'impose pour renforcer la sécurité juridique. Ils exigent notamment la suppression, à l'art. 42c, al. 1, AP-LFINMA de la référence à l'art. 42, al. 2, LFINMA et, par conséquent, des conditions de l'assistance administrative (spécialité et confidentialité). Une autre demande émanant des participants est de formuler aussi largement que possible le champ d'application de l'art. 42c, al. 2, AP-LFINMA, pour garantir la circulation sans entraves des informations en lien avec les opérations transfrontalières. En ce qui concerne la modification de l'art. 43 AP-LFINMA (audits hors du pays d'origine), les avis divergent: une partie des participants sont favorables à la suppression complète du *private banking carve out* et de la procédure relative au client dans le cadre des audits hors du pays d'origine (art. 43, al. 3^{bis}, AP-LFINMA). Une autre partie plaide au contraire pour leur maintien.

Seul un participant s'est exprimé spécifiquement sur les modifications qu'il est prévu d'apporter à la LSR et les rejette pour la plupart: il estime que la majorité de ces modifications ne sont ni utiles ni adaptées à l'objectif visé, car les exigences de la surveillance internationale des activités de révision et de la surveillance internationale des marchés financiers ne sont pas comparables.

Les participants à la consultation ont pris note des propositions de modifications de la LBN sans leur opposer des critiques.

2.2 Évaluation

La procédure de consultation a montré qu'il existe un large soutien des milieux politiques et des acteurs spécialisés en faveur d'une évolution ponctuelle, mais ciblée, des dispositions de la LFINMA relatives à la collaboration internationale. Les objectifs principaux, à savoir renforcer la capacité de collaboration de la FINMA, s'aligner sur les normes internationales et garantir une sécurité juridique proportionnée et fonctionnelle, suscitent l'approbation sans exception.

En particulier, les participants à la consultation estiment que le choix privilégié de la proposition B pour modifier la procédure relative au client (art. 42a AP-LFINMA) représente un compromis adéquat. D'une part, cette proposition tient compte de l'intérêt public légitime à ce qu'une assistance administrative efficace et rapide soit accordée dans les cas d'abus de marché et, d'autre part, elle préserve des principes élémentaires de l'État de droit et augmente la sécurité juridique pour les clients concernés. La restriction partielle de la procédure relative au client constitue par conséquent un moyen équilibré de garantir l'intégrité de la place financière et de renforcer en même temps sa capacité d'interconnexion internationale.

Le maintien du *private banking carve out* visé à l'art. 43, al. 3^{bis} et 3^{ter}, AP-LFINMA prend en considération cet équilibre. En préservant le statu quo, on évite de provoquer une rupture réglementaire dans un domaine particulièrement sensible.

Pour répondre aux préoccupations légitimes que les participants à la consultation ont exprimées en lien avec l'art. 42c AP-LFINMA, en particulier en ce qui concerne la réduction des risques juridiques et le renforcement de la sécurité juridique en cas de transmission directe d'informations, le projet a été remanié de manière ciblée à l'issue

de la procédure de consultation. L'al. 1 a ainsi été modifié: il mentionne désormais expressément le but de la surveillance des marchés financiers comme condition. Par ailleurs, il n'exige plus que les conditions de l'art. 42, al. 2, LFINMA soient objectivement remplies, mais que l'assujetti «puisse considérer» que ces conditions sont remplies. Celui-ci a ainsi la possibilité de présumer du respect des exigences de spécialité et de confidentialité. Le présent document explique plus bas dans quelles situations une telle supposition juridiquement fondée est admise, en se référant à la circulaire 2017/6 de la FINMA¹³. Le champ d'application de l'al. 2 a en outre été élargi et précisé sur la forme: il inclut à présent la transmission d'informations au titre de réglementations relatives aux marchés financiers, mais ne servant pas à la surveillance des marchés financiers et, comme actuellement, celles qui «se rapportent à la réalisation d'opérations pour des clients ou des assujettis». La condition de la garantie des droits des clients et des tiers à laquelle est subordonnée la transmission d'informations reste inchangée dans les deux alinéas.

S'agissant de la révision de la LSR, la procédure de consultation a montré que ni la transmission directe d'informations par les entreprises de révision ni la notification transfrontalière de documents en matière administrative (en dehors du champ de la STE 094) ne suscitent une forte demande, compte tenu des différentes structures des entreprises assujetties (structures de groupe dans le domaine des marchés financiers et structures en réseau dans le domaine de la surveillance des activités de révision). À l'inverse, pour que l'ASR puisse effectuer des contrôles transfrontaliers efficaces, il faut qu'il y ait une base juridique qui lui permette de réaliser à l'étranger des contrôles non seulement sur place, mais aussi à distance, comme elle peut le faire en Suisse. Étant donné que certains ordres juridiques étrangers connaissent aussi le principe de réciprocité, il faut équilibrer les dispositions relatives à l'assistance administrative applicables aux contrôles de l'ASR à l'étranger et celles relatives à l'autorisation accordée par l'ASR aux autorités étrangères de surveillance des activités de révision pour réaliser des contrôles en Suisse. Quelques participants à la consultation craignent que l'introduction d'une telle base juridique engendre un élargissement des contrôles hors du pays d'origine et des coûts plus élevés. Il a été tenu compte de ces craintes, si bien que l'entreprise de révision suisse concernée aura le droit d'exiger que le contrôle s'effectue sur place en Suisse si le contrôle à distance impliquait pour elle des efforts disproportionnés.

Dans l'ensemble, le projet remanié intègre les préoccupations des différents acteurs, sans perdre de vue le développement cohérent du droit de la surveillance. Les modifications proposées visent à renforcer durablement la capacité de collaboration transfrontalière de la FINMA et d'autres autorités et à positionner la Suisse comme un acteur fiable et capable d'assurer l'interconnexion internationale de son système financier.

¹³ Voir le ch. 5.1.

3 **Comparaison avec le droit étranger, notamment européen**

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

3.1.1 **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 juridictions¹⁴. 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»)¹⁵, 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

¹⁴ Voir www.iosco.org > About IOSCO (page consultée le 6 mai 2025).

¹⁵ Voir www.iosco.org > About > International Cooperation > MMoU (page consultée le 6 mai 2025).

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.

En décembre 2022, près de 130 commissions de valeurs avaient signé le MMoU de l'OICV; la FINMA est signataire depuis le 15 février 2010. 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.

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

Fondée en 1944, l'Association internationale des contrôleurs d'assurances (AICA) est un organisme 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 juridictions, 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

¹⁶ Voir www.iais.org > About the IAIS > What we do (page consultée le 6 mai 2025).

¹⁷ Voir www.iais.org > About the IAIS > IAIS MMoU (page consultée le 6 mai 2025).

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. 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.

3.1.3 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 ainsi que contre le financement du terrorisme et de la prolifération. Dans cette optique, il a formulé 40 recommandations, qui ont valeur de normes reconnues sur le plan international même si elles ne constituent pas une convention de droit international contraignante. Les États, dont la Suisse, qui les approuvent prennent l'engagement politique de les mettre en œuvre dans leur législation. Le GAFI vérifie régulièrement dans quelle mesure ses États membres ont transposé les normes dans leur ordre juridique et les appliquent avec efficacité. En tant qu'État membre, la Suisse est elle aussi tenue d'appliquer les recommandations sur son territoire.

La recommandation 40 du GAFI porte sur les autres formes de coopération internationale que l'entraide judiciaire classique. 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 l'actuelle procédure relative au client visée à l'art. 42a LFINMA, estimant qu'elle est susceptible de nuire à la capacité de la FINMA à accorder une coopération transfrontalière rapide et efficace. En particulier, cette procédure complique l'accès des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers 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 de surveillance du pays d'origine 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 mère¹⁸.

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.fatf-gafi.org > Pays > Suisse > Les mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme de la Suisse (page consultée le 6 mai 2025).

3.2 **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 de ses États membres (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 secteurs. La coopération en matière de surveillance des marchés financiers au sein de l'UE est elle aussi réglée par secteurs, plus précisément dans le cadre du Système européen de surveillance financière (SESF).

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 failles 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.

¹⁹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), version du Journal officiel de l'Union européenne, C202 du 7 juin 2016, p. 47.

²⁰ Traité sur l'Union européenne (version consolidée), Journal officiel de l'Union européenne, C326 du 26 octobre 2012, p. 13.

²¹ Voir www.finma.ch > FINMA > Coopération internationale > Politiques et réglementation (page consultée le 6 mai 2025).

²² Voir www.consilium.europa.eu > FR > Sujets > Voir tout > Secteur bancaire > Union bancaire (page consultée le 6 mai 2025).

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.

3.3 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 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

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

²⁴ Décision déléguée (UE) 2015/1602 de la Commission du 5 juin 2015 sur l'équivalence du régime prudentiel et de solvabilité en vigueur en Suisse pour les entreprises d'assurance et de réassurance, fondée sur l'article 172, paragraphe 2, l'article 227, paragraphe 4, et l'article 260, paragraphe 3, de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil, JO L 248 du 24 septembre 2015, p. 95.

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. Ce suivi implique un échange d'informations entre les différentes autorités, qui n'est fondamentalement pas comparable à l'assistance administrative visée aux art. 42 et 42a LFINMA, laquelle 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*). 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. Les autorités européennes de surveillance peuvent toutefois aussi effectuer le suivi de l'équivalence sans prise de contact.

²⁵ Décision d'exécution (UE) 2015/2042 de la Commission du 13 novembre 2015 relative à l'équivalence entre le cadre réglementaire de la Suisse pour les contreparties centrales et les exigences prévues par le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, JO L 298 du 14 novembre 2015, p. 42.

²⁶ Décision d'exécution 2014/908/UE de la Commission du 12 décembre 2014 sur l'équivalence des exigences réglementaires et de surveillance de certains pays et territoires tiers aux fins du traitement des expositions conformément au règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil, JO L 359 du 16 décembre 2014, p. 155.

²⁷ Commission européenne, communication COM (2019) 349 final du 29 juillet 2019 – Équivalence dans le domaine des services financiers (version française), C 52019DC0349.

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

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.

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

La STE 094 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 Luxembourg²⁹. La STE 094 s'inspire dans les grandes lignes de la Convention du 1^{er} mars 1954 relative à la procédure civile³⁰ 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 commerciale³¹, que la Suisse a ratifiées³².

L'art. 1 de la STE 094 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 de l'art. 1, par. 2 et 3, de celle-ci. Au demeurant, la STE 094 ne définit pas la notion de «matière administrative»³³. 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 contraire³⁴. 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)³⁵. 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).

²⁹ Voir www.fedlex.admin.ch/eli/treaty/2016/1929/fr (page consultée le 6 mai 2025).

³⁰ RS 0.274.12

³¹ RS 0.274.131

³² FF 2017 5603

³³ FF 2017 5602

³⁴ FF 2017 5603

³⁵ FF 2017 5603

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 possibles³⁶. La notification peut ainsi être refusée si la matière sur laquelle porte le document n'est pas 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 modalités³⁷.

4 Présentation du projet

4.1 Réglementation proposée

4.1.1 Procédure d'assistance administrative (art. 42a P-LFINMA)

Aux termes de l'art. 53 LFINMA, les dispositions de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)³⁸ 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 internationale (seul le Liechtenstein connaît une telle implication des clients concernés)³⁹, 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 cadre juridique actuel est de plus en plus en contradiction avec les normes internationales de coopération en matière de surveillance, qui se caractérisent surtout par la fonctionnalité, la rapidité et la confiance mutuelle⁴⁰. Alors que, dans la majorité des

³⁶ FF 2017 5603

³⁷ FF 2017 5603

³⁸ RS 172.021

³⁹ Voir Stefan Oesterhelt / Martin Zweifel in: Peter Sester / Beat Brändli / Oliver Bartholet / Reto Schiltknecht (édit.), *Finanzmarktrecht und Finanzmarktinfrakturen*, St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht (Zurich / Saint-Gall, 2018), 517, n°p 27; 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, n° 10.

⁴⁰ Voir Peter Nobel, *Schweizerisches Finanzmarktrecht* (2019), 602.

juridictions comparables, la transmission des informations pertinentes sous l'angle du droit de la surveillance s'effectue rapidement et directement, sans notification préalable ou consultation de la personne concernée, la procédure suisse s'avère contraignante et lente en raison de sa formalité et de la pluralité des étapes à suivre.

Cette différence de structure a des conséquences directes sur l'interconnexion internationale de la place financière suisse. Les droits étendus de participation et de recours mènent en pratique régulièrement à d'importants retards dans la transmission d'informations à des autorités étrangères, en particulier dans le domaine sensible de la lutte contre les abus de marché. L'expérience quant à la pratique de l'assistance administrative montre que ce sont souvent des clients à l'égard desquels il existe un soupçon fondé et concret de délit d'initié ou de manipulation du marché en lien avec des instruments des marchés financiers étrangers qui ont recours à la procédure relative au client.

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 type: 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 c'est la première fois que le client investit dans une valeur donnée⁴¹.

Par exemple, entre 2015 et 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 (art. 42a, al. 4, LFINMA), car, au cas où un tribunal constaterait ulté-

⁴¹ Voir la question du soupçon initial dans le cadre de manipulations de marché et de délits d'initiés présumés, par exemple dans les arrêts suivants: ATF 125 II 65 consid. 6b; ATF 128 II 407 consid. 5.2.3; arrêt du Tribunal fédéral 2A.494/2004 du 17 novembre 2004 consid. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.2.4; arrêt du Tribunal fédéral 2A.491/2004 du 24 septembre 2004 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 2A.324/2004 du 24 juin 2004 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 2A.55/2003 du 17 mars 2003 consid. 4.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 2A.534/2001 du 15 mars 2002 consid. 4.2.1; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 5.1; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-658/2009 du 23 avril 2009 du Tribunal administratif fédéral, consid. 5.1 et les réf. cit.; et ATAF 2015/27 consid. 5.1.

rieurement que les informations ont été transmises de manière illicite, la procédure étrangère risquerait d'être compromise, voire sujette à révision.

Qu'il s'agisse d'une information préalable ou a posteriori, les deux variantes de la procédure relative au client entravent considérablement la coopération internationale. Elles entraînent soit des retards importants dans le traitement des demandes d'assistance administrative, soit une insécurité juridique pour les autorités requérantes. Les recours formés contre ces mesures sont certes généralement rejetés par les tribunaux, mais cela n'a guère d'incidence sur la pratique: les procédures sont néanmoins sensiblement retardées ou compromises par l'incertitude juridique. Il en résulte non seulement une atteinte à la capacité d'action de la FINMA, mais aussi une diminution de l'efficacité des procédures de surveillance étrangères, ce qui a des conséquences directes sur la crédibilité de la place financière suisse en tant que partenaire fiable dans la coopération internationale en matière de surveillance.

Plusieurs organismes internationaux comme le GAFI se sont montrés critiques à l'égard de cette situation dans le contexte de leur examen de la Suisse. Ils estiment que les mécanismes de protection juridique qui s'appliquent actuellement en Suisse dans le cadre de l'assistance administrative relevant du droit de la surveillance et, en particulier, l'implication préalable de la personne concernée représentent un frein potentiel à la lutte internationale contre le blanchiment d'argent et contre le financement du terrorisme. Il en découle un risque réputationnel non négligeable pour la Suisse, notamment en ce qui concerne sa crédibilité en tant que partenaire de coopération dans l'architecture internationale de la surveillance.

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 ni procédure de recours, est conforme aux normes internationales⁴².

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 taxation⁴³, 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 ac-

⁴² Voir le ch. 3.1.

⁴³ 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.org/fr.html > Publications > Découvrir toutes les publications > Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2017 (version complète) (page consultée le 7 mai 2025).

cordée par le public au système des intermédiaires financiers et garantir un marché fonctionnel et efficient (protection du système dans son ensemble).

Des conditions de marché équitables et transparentes, surtout dans le négoce de valeurs mobilières, sont essentielles. Ces conditions exigent d'intervenir promptement et résolument tout particulièrement en cas d'abus de marché. Compte tenu de la grande rapidité d'exécution transfrontalière des transactions financières, fournir une assistance administrative internationale rapide et efficace est déterminant pour éviter les risques concomitants pour les investisseurs et garantir la stabilité du marché.

Comme il est dit plus haut, 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 judiciaire. Il s'agit en l'espèce de la théorie dite du «fruit de l'arbre vénéneux» (*fruit of the poisonous tree*) appliquée par certains États, selon laquelle une interdiction d'utiliser des moyens de preuve, une fois justifiée, ne couvre pas seulement les preuves obtenues directement de manière illicite, mais peut également exclure toutes les preuves indirectes qui en découlent. En conséquence, l'ensemble de la procédure étrangère peut être compromise, avec des conséquences potentiellement importantes sur le plan procédural.

Il faut par ailleurs se demander si la procédure relative au client sert encore les intérêts de ce dernier. En effet, 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 au secret bancaire et à la protection offerte par la législation sur la protection des données; ils autorisent expressément leur banque à transmettre des informations à des autorités et services étrangers. Vu le recours quasi généralisé à de telles 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 ajoutée.

Il ressort de cette situation qu'il existe, dans le contexte de la procédure d'assistance administrative en matière de surveillance, une tension structurelle entre les besoins de protection des droits individuels des clients concernés et l'intérêt public à l'intégrité, à la stabilité et à la transparence des marchés financiers. Il ne s'agit pas seulement d'appliquer réellement les normes relevant du droit de la surveillance, mais aussi de protéger les intérêts des autres acteurs du marché non concernés ainsi que de préserver la confiance dans le fonctionnement de la place financière. À ce titre, la procédure relative au client ne peut être considérée seule, mais toujours dans le cadre d'une pesée de l'ensemble des intérêts entre protection individuelle et protection du système.

En matière de coopération internationale dans les cas d'abus de marché transfrontaliers, cette pesée des intérêts penche de plus en plus en défaveur du système en place. Bien que la procédure actuelle relative au client repose sur des garanties procédurales étendues, ses faiblesses structurelles, notamment en ce qui concerne sa vulnérabilité aux abus de marché et les retards dans les procédures qu'elle engendre, deviennent de plus en plus évidentes dans la pratique de la surveillance. Dans le même temps, le cadre juridique applicable offre aujourd'hui déjà des mécanismes de protection inscrits dans la Constitution qui permettent à la FINMA de garantir les principes centraux de l'État de droit même en cas de restriction de la procédure relative au client. Ces mécanismes incluent notamment l'examen des conditions de spécialité, de confidentialité et de proportionnalité visées à l'art. 42 LFINMA ainsi que l'exigence d'un soupçon initial suffisant en tant que condition matérielle à la fourniture de l'assistance administrative.

En définitive, la restriction ciblée de la procédure relative au client s'avère justifiée sur le fond et conforme au droit constitutionnel dans le cas des demandes d'assistance administrative adressées par des autorités étrangères en lien avec des abus de marché. Cette restriction permet de renforcer la capacité de coopération internationale de la FINMA, de respecter la capacité d'action des autorités étrangères de surveillance et, en même temps, d'assurer un équilibre entre la protection des droits individuels et la protection des intérêts juridiques collectifs.

La mesure est appropriée, nécessaire et raisonnable en vue de préserver efficacement l'intérêt public au bon fonctionnement de la place financière, à l'efficacité de la collaboration internationale et à l'intégrité du marché. Elle ne sacrifie pas les principes de l'État de droit et constitue une adaptation – nuancée et orientée sur les risques – à la réalité d'un système financier transfrontalier interconnecté. La restriction ponctuelle de la procédure relative au client peut par conséquent être considérée comme une évolution adéquate et politiquement nécessaire du cadre juridique actuel compte tenu des principaux objectifs de la surveillance des marchés financiers.

Concrètement, la procédure relative au client ne s'appliquera plus à l'assistance administrative en matière de surveillance lorsque la demande émanant d'une autorité étrangère porte sur une possible violation des dispositions relatives aux abus de marché (en particulier le délit d'initié ou la manipulation de marché, dont les cas correspondent à 65 % du total des demandes d'assistance administrative⁴⁴), et que les transactions concernées ont un impact sur le marché financier étranger. Les demandes d'assistance administrative de ce type résultent d'un soupçon concret d'implication du client concerné et mènent régulièrement à des retards considérables dans les procédures, comme le montre la pratique. Cela représente un changement de paradigme dans la conception actuelle de la protection juridique accordée dans le cadre de la procédure d'assistance administrative. Dans ce cas-là, le droit préalable du client concerné d'être entendu et de faire recours sera supprimé, tout comme l'obligation incombant à la FINMA de l'informer a posteriori. Dans tous les autres cas, la procédure relative au client continuera de s'appliquer sous sa forme actuelle, par exemple en cas

⁴⁴ Voir FINMA, Statistiques générales en matière d'enforcement 2020–2022, à l'adresse www.finma.ch > Documentation > Publications FINMA > Statistiques et indicateurs > Statistiques > Enforcement (page consultée le 22 avril 2024).

d'intermédiation financière non autorisée ou de non-respect des obligations en matière de publicité relevant du droit de la surveillance.

Même dans les cas où la procédure relative au client sera restreinte, les exigences légales générales concernant l'assistance administrative continueront de s'appliquer: la FINMA demeurera tenue de s'assurer du respect des principes de confidentialité, de spécialité et de proportionnalité visés à l'art. 42 LFINMA et de l'existence d'un soupçon initial suffisant. La FINMA devra 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 devra 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*). La procédure de production de documents continuera elle aussi de s'appliquer, avec le droit d'être entendu et le droit de recours garantis par la PA. Si un détenteur de renseignements refuse de les fournir (art. 42 al. 1 LFINMA), la procédure administrative concernera uniquement la divulgation des informations et ne conférera pas la qualité de partie en ce qui concerne leur transmission à l'autorité étrangère. La protection juridique spéciale pour toutes les personnes concernées par la procédure d'entraide administrative de la FINMA restera garantie dans ce cadre.

4.1.2 Collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères sur le cadre réglementaire suisse (art. 42^{bis} P-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 activité⁴⁵. 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 surveil-

⁴⁵ Voir le ch. 3.3.

lance. 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 financiers⁴⁶). 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 uniquement de transmettre des informations accessibles au public sur la pratique de surveillance de la FINMA, ses directives 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} P-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.

⁴⁶ FF 2014 7235 p. 7371 et (s'agissant de l'art. 50b LBN) p. 7353.

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.

4.1.3 Transmission d'informations par des assujettis (art. 42c P-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 risquent en permanence de se rendre punissables au sens de l'art. 271 du code pénal (CP)⁴⁷. L'art. 42c LFINMA ne se limite toutefois pas aux cas relevant de l'application de l'art. 271 CP, mais couvre également la transmission d'informations à des entités étrangères n'exerçant pas l'autorité publique comme des infrastructures des marchés financiers organisées selon le droit privé.

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 à 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 2016.

L'évaluation *ex post*⁴⁸ de la circulaire 2017/6 «Transmission directe»⁴⁹ de la FINMA a montré qu'en pratique, l'interprétation de l'art. 42c, al. 1 et 2, LFINMA suscite des

⁴⁷ RS 311.0

⁴⁸ 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 > Circulaire 2017/6 «Transmission directe» (20 avril 2020–15 octobre 2020) > Évaluation *ex post* et rapport explicatif (page consultée le 22 avril 2024).

⁴⁹ 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 > Circulaire 2017/6 «Transmission directe» (8 décembre 2016) (page consultée le 22 avril 2024).

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.

L'art. 42c, al. 1, P-LFINMA règlera notamment la transmission d'informations non accessibles au public aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers et à d'autres services étrangers chargés de la surveillance. Sur le plan matériel, la notion de surveillance des marchés financiers, telle qu'entendue ici, englobe notamment le contrôle du respect des conditions d'autorisation, par exemple en ce qui concerne les exigences en matière de solvabilité (liquidité, fonds propres), la gestion des risques, les concentrations de risques, l'organisation, les exigences relatives à une activité irréprochable ainsi que d'autres obligations comportementales. Sur le plan fonctionnel, elle désigne l'activité des autorités dans le cadre des procédures d'autorisation, de la surveillance continue (y c. l'enforcement), des mesures de crise ainsi que des procédures de liquidation⁵⁰. Les transmissions à ces fins devront s'effectuer conformément à l'al. 1.

Cette transmission directe d'informations prévue à l'art. 42c, al. 1, P-LFINMA pourra se faire pour autant que les droits des clients et des tiers restent garantis et que les assujettis puissent considérer que 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 soient remplies. Dans ce cadre, l'art. 42c, al. 1, P-LFINMA offrira aux assujettis la possibilité de renoncer dans certaines situations à un examen approfondi au cas par cas des conditions de spécialité et de confidentialité et de supposer que celles-ci sont remplies. Cette règle de présomption inscrite dans la loi contribuera à faciliter l'application des dispositions et réduira les risques pour les établissements et leur personnel. Elle renforcera la sécurité juridique et permettra de mettre en œuvre les nouvelles obligations applicables à la transmission d'informations dans le contexte international de la surveillance, sans perdre de vue les besoins de protection légitimes des clients et des tiers.

Les transmissions d'informations conformément à l'art. 42c, al. 1, P-LFINMA doivent être préalablement déclarées à la FINMA, dans la mesure où elles sont d'importance au sens de l'art. 29, al. 2, LFINMA (voir l'art. 42c, al. 3, P-LFINMA). 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, P-LFINMA découle du moment de la transmission.

⁵⁰ Voir BSK FINMAG-Du Pasquier/Menoud, art. 42, n° 48.

L'art. 42c, al. 2, P-LFINMA établit en outre que les assujettis pourront 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 à ce que prévoit l'art. 42c, al. 1, P-LFINMA en matière de transmission d'informations, l'art. 42c, al. 2, P-LFINMA dispose expressément que les informations transmises ne devront pas servir à la surveillance des marchés financiers. Ces transmissions, qui concernent généralement des informations d'importance mineure ou secondaire, sont directement liées à des opérations et s'effectuent selon le droit étranger applicable en l'espèce. L'art. 42c, al. 2, let. a, P-LFINMA exige que les informations transmises le soient «au titre de réglementations relatives aux marchés financiers», mais ne servent pas à la surveillance des marchés financiers au sens de l'al. 1. Cette formulation vise à élargir le champ d'application, car, dans la pratique, il n'est pas toujours évident de savoir si telle ou telle autre prescription de droit étranger concernant la transmission d'informations doit être considérée comme relevant du droit des marchés financiers du point de vue de la Suisse. L'expression «relatives aux marchés financiers» permet par conséquent d'englober les obligations de renseigner qui s'inscrivent fonctionnellement dans le contexte des marchés financiers, sans qu'elles fassent nécessairement partie des outils formels de surveillance.

L'art. 42c, al. 2, P-LFINMA s'appliquera principalement entre autres aux déclarations effectuées par les assujettis aux référentiels centraux étrangers dans le cadre d'opérations sur valeurs mobilières exécutées pour leurs clients. Mais cette disposition ne vise pas que les communications standardisées effectuées en masse au titre d'obligations légales de déclarer. Si les conditions sont remplies, il pourra y avoir transmission d'informations aussi dans des cas particuliers, par exemple lorsque les assujettis répondront à des demandes de renseignements individuelles de services étrangers concernant certaines transactions ou certains clients en particulier. Le respect des principes de spécialité et de confidentialité ne sera pas nécessaire dans ces cas de transmission directe d'informations par des assujettis selon l'art. 42c, al. 2, P-LFINMA. Il faudra toutefois s'assurer que les droits des clients concernés ainsi que des tiers restent garantis. Cette exception se justifie objectivement, car il ne s'agit pas ici d'informations qui pourraient être transmises par la FINMA dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative (les informations ne sont pas transmises à des fins de surveillance). De même, il n'y aura pas d'obligation de déclaration préalable à la FINMA. La transmission d'informations à des autorités ou à des services étrangers restera toutefois interdite dans ce cadre si elle sert clairement des objectifs spécifiques d'imposition ou de poursuite pénale.

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

4.1.4 Notification hors du pays d'origine de documents à des fins de surveillance des marchés financiers (art. 42d P-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 décision⁵¹. 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 communication⁵².

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 prévoit 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'État d'envoi ne peut y procéder qu'avec le consentement de l'État de destination. La notification irrégulière d'un acte judiciaire est dépourvue d'effet.»⁵³

Cette interprétation juridique repose sur l'idée que la notification de documents officiels sur le territoire d'un autre État porte atteinte à la souveraineté de ce dernier. Sans convention internationale correspondante, la notification postale directe représente un défaut de notification à la lumière du droit international⁵⁴. 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 croître.

Compte tenu du besoin de pouvoir communiquer rapidement et directement dans le domaine de la surveillance des marchés financiers, notamment en cas d'infraction et pour protéger l'intégrité et la transparence du marché, 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. À l'heure actuelle, la possibilité de notification postale 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

⁵¹ 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.

⁵² Voir Felix Uhlmann / Alexandra Schilling-Schwank, art. 34, Cm 9.

⁵³ Voir l'arrêt du Tribunal administratif fédéral C-2343/2009 du 26 août 2011 consid. 2.2.

⁵⁴ Voir les arrêts du Tribunal fédéral 2C_827/2015 et 2C_828/2015 du 3 juin 2016 (dont l'ATF 142 II 411 du Tribunal fédéral publie des extraits) consid. 3.2 non publié.

pour la notification de documents officiels en Suisse depuis l'étranger à des fins de surveillance des marchés financiers. Même la notification depuis les États qui, comme la Suisse, ont ratifié la STE 094 n'est pas possible, car la Suisse a expressément exclu la surveillance des marchés financiers du champ d'application de cette convention⁵⁵.

Pour les raisons exposées ci-dessus, le nouvel art. 42d P-LFINMA dispose que la FINMA pourra 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, à condition que la notification serve à la surveillance des marchés financiers et que l'État de l'autorité requérante prévoie la réciprocité pour la Suisse.

En revanche, la notification directe, à des fins de surveillance, de documents ayant un effet juridique pour l'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, exclue. Ce type d'acte devra continuer de 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 applicables de la LFINMA le permettent.

4.1.5 Audits hors du pays d'origine (art. 43 P-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 directs⁵⁶, 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 assujéti 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. L'art. 43, al. 1, P-LFINMA vise, d'une part, à permettre à la FINMA de demander à mener des audits visant à

⁵⁵ Voir le ch. 3.4.

⁵⁶ Voir 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 6 mai 2025).

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 est soumise à surveillance à l'étranger ou non⁵⁷. D'autre part, l'art. 43, al. 2, let. c, P-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 à l'heure actuelle, 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, 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) 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. Le choix des dossiers doit s'effectuer de manière aléatoire selon des critères fixés au préalable.

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 les informations puissent être transmises directement en vertu de l'art. 42c P-LFINMA. Cela implique notamment la garantie des droits des clients et des éventuels tiers concernés, laquelle peut en général être obtenue par le biais d'un consentement ou d'une déclaration de renonciation (*waiver*) de la part des clients ou tiers concernés.

L'art. 42c P-LFINMA s'appliquera par analogie à la remise de documents et d'informations par des assujettis dans le cadre d'audits directs (art. 42c, al. 3^{quintes}, P-LFINMA). En d'autres termes, si les conditions de la transmission directe énoncées à l'art. 42c P-LFINMA sont remplies, les assujettis seront autorisés à remettre directement des informations non accessibles au public (y c. les informations de clients ayant été consultées) à l'autorité étrangère ou à les transmettre directement à l'étranger, y compris dans le cadre de contrôles sur place.

La possibilité de consulter ou de transmettre 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

⁵⁷ Voir, par analogie, l'art. 23^{bis}, al. 2, de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques.

l'art. 42c, al. 1, P-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 la transmission d'informations au sens de l'art. 42c P-LFINMA n'est pas possible (p. ex. faute de déclaration de renonciation), la FINMA devra pouvoir, 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}, P-LFINMA. Le choix de ces dossiers devra s'effectuer de manière aléatoire selon des critères fixés au préalable (art. 43, al. 3^{quater}, P-LFINMA).

4.1.6 Collaboration de l'ASR avec des autorités étrangères de surveillance des activités de révision (art. 26 s. LSR)

L'activité de surveillance de l'ASR s'étend aux entreprises de révision qui fournissent des prestations à des sociétés d'intérêt public. Pour protéger les investisseurs sur le marché suisse des capitaux et conformément aux prescriptions internationales comparables, la LSR a un champ d'application extraterritorial. Il s'ensuit, d'une part, que les entreprises de révision étrangères qui réalisent des audits d'entreprises actives sur le marché suisse des capitaux (cotation de titres de participation ou d'obligations) sont soumises à la surveillance de l'ASR (art. 8, al. 1, LSR). Il existe toutefois des exceptions à l'obligation de se faire agréer et à la surveillance directe de l'ASR pour éviter des doublons administratifs (art. 8, al. 2 et 3, LSR). Ces dispositions inscrivent ainsi dans la loi le principe de la surveillance par l'État d'origine. Selon ce principe, la surveillance sur les entreprises de révision étrangères est en principe déléguée à l'État où celles-ci ont leur siège, si le Conseil fédéral a reconnu l'autorité de cet État comme autorité de surveillance des activités de révision équivalente.

D'autre part, et compte tenu du champ d'application de l'art. 8 LSR, la surveillance de l'ASR a toutefois aussi une portée extraterritoriale lorsque des sociétés d'intérêt public ayant leur siège en Suisse exercent une importante partie de leur activité à l'étranger et que des entreprises de révision étrangères participent à l'audit du groupe dans le sous-secteur d'activité à l'étranger du groupe. En raison de la taille limitée du marché local, les sociétés d'intérêt public ayant leur siège en Suisse ne réalisent qu'une petite partie de leur chiffre d'affaires en Suisse. La filiale étrangère ou l'auditeur étranger font l'objet d'un contrôle par l'entreprise de révision locale à l'étranger (en général une entreprise partenaire du réseau de l'organe de révision de la société mère ayant son siège en Suisse).

Il existe aujourd'hui déjà une base juridique pour la consultation des documents de travail des auditeurs de composants étrangers (art. 15a, al. 1, let. e, LSR): les collaborateurs de l'ASR doivent se rendre à l'étranger pour consulter les documents. L'évolution technologique permet de moderniser cette approche et, au final, de créer une base

juridique pour les contrôles à distance, ce qui va de pair avec un gain important d'efficacité et peut contribuer fortement à la réduction des voyages d'affaires internationaux (durabilité).

En complétant l'art. 27, on vise à établir la base juridique pour les contrôles transfrontaliers à distance. Il ne s'agit pas seulement d'une base pour les contrôles de ce type réalisés par l'ASR à l'étranger. À l'inverse, l'ASR peut aussi autoriser des autorités étrangères de surveillance des activités de révision à procéder à des contrôles en Suisse, à condition que l'État requérant accorde la réciprocité (art. 27, al. 2, LSR). De nombreux États connaissent une réglementation similaire. C'est pourquoi il faut harmoniser les dispositions sur l'assistance administrative en lien avec les activités de contrôle de l'ASR à l'étranger et l'autorisation de l'ASR pour la réalisation de ces activités en Suisse par des autorités étrangères de surveillance des activités de révision.

Compte tenu des résultats de la procédure de consultation et, en particulier, des craintes formulées par le secteur de la révision quant à l'élargissement des activités transfrontalières de contrôle et à l'augmentation des coûts induits, les entreprises de révision suisses concernées pourront exiger que l'autorité étrangère de surveillance des activités de révision réalise son contrôle sur place en Suisse, si le contrôle à distance impliquait pour elle des efforts disproportionnés.

4.1.7 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 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} P-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.

4.2 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 particuliers⁵⁸.

5 Commentaire des dispositions

5.1 Loi sur la surveillance des marchés financiers

Art. 42a

Al. 2, 3 et 4: 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. Il continuera d'incomber à la FINMA d'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. Si un détenteur de renseignements refuse de les fournir à la FINMA, la procédure administrative concernera uniquement la divulgation des informations et ne conférera pas la qualité de partie en ce qui concerne leur transmission par la FINMA à l'autorité étrangère.

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, car 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 PA⁵⁹. Conforme à la jurisprudence constante⁶⁰, cette pratique est expressément inscrite à l'art. 42a, al. 2, let. a, P-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 proportionnalité⁶¹.

La procédure relative au client se limitera aux cas où le client opère sur un marché étranger et où la demande d'assistance administrative étrangère concerne un délit d'initié ou une manipulation du marché; l'art. 42a, al. 2, let. b, P-LFINMA vise également les faits relevant de l'approche *follow the money*. Cela répond à une volonté d'analogie avec la jurisprudence constante selon laquelle un titulaire de compte 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 volonté⁶². En

⁵⁸ Voir l'art. 42b^{bis}, al. 2, LFINMA, l'art. 50b^{bis}, al. 2, LBN et l'art. 26, al. 3, LSR.

⁵⁹ Voir le message concernant la LIMF, FF **2014** 7235 p. 7367; Annette Althaus, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2^e éd., Berne, 2001, 182 s.

⁶⁰ Voir l'ATAF 2008/6 consid. 2.2, et l'ATF **127** II 323 consid. 3a.bb.

⁶¹ Voir le message concernant la LIMF, FF **2014** 7235 p. 7367.

⁶² Voir l'ATF **126** II 126 consid. 6a.bb; et Du Pasquier / Menoud in: Watter/Bahar, Basler Kommentar zum FINMAG / FinfraG (2019), art. 42, n° 94.

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

Les restrictions de la protection juridique constitueront une exception. Conformément à la PA, la procédure relative au client 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.

Dans tous les cas qui ne sont pas exclus de la procédure relative au client conformément à la PA, l'art. 28 PA sera réservé (art. 42a, al. 3, P-LFINMA). Dans ces cas-là et comme le prévoit déjà le droit actuel, la FINMA pourra, en vertu de l'art. 42a, al. 4, P-LFINMA, s'abstenir exceptionnellement d'informer au préalable les clients concernés. Cela ne sera possible que si l'autorité requérante démontre de manière plausible que cette information compromettrait le but de l'assistance administrative et l'accomplissement efficace de ses tâches. Ce sera le cas notamment lorsque la demande sera particulièrement urgente ou que l'enquête serait compromise si les personnes concernées en étaient préalablement informées ou encore qu'il y a un risque de collusion⁶³.

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, soit dans des cas urgents.

Dans ce type de cas, la FINMA devra, 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} P-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 les informations nécessaires dans le cadre de procédures internationales sans courir de risques juridiques, en communiquant aussi les informations non accessibles au public voulues, y compris sur sa pratique en matière de surveillance.

La notion de «cadre réglementaire» inclut donc expressément l'application concrète 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 participer aux procédures de reconnaissance et d'audit du cadre réglementaire suisse menées par des autorités étrangères et, dans ce contexte, de leur communiquer des informations non accessibles au public, notamment concernant sa pratique actuelle en matière de surveillance.

⁶³ Voir le message concernant la LIMF, FF 2014 7235 p. 7369.

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 équivalentes au dispositif européen.⁶⁴ 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} P-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} P-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, P-LFINMA). La FINMA sera 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. La notion de «cadre réglementaire» n'est pas restrictive 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} P-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.

⁶⁴ Voir le ch. 3.3.

Le maintien du secret devra être garanti afin d'éviter que des informations non accessibles au public ne puissent être 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, de manière aussi précise et détaillée que possible, avec l'autorité étrangère des fins et des conditions auxquelles les informations transmises en vertu de l'al. 3 et les informations reçues lors des entretiens visés à l'al. 4 pourront être éventuellement retransmises dans le cadre de la collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit visée à l'art. 42b^{bis} P-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 d'informations ne sera autorisée que si l'assujetti peut supposer, sur la base d'éléments tangibles, que les conditions légales de l'assistance administrative (principes de spécialité et de confidentialité) visées à l'art. 42, al. 2, LFINMA sont remplies (art. 42c, al. 1, let. a, P-LFINMA). Afin que les assujettis puissent mettre en œuvre ces conditions de manière pragmatique et conforme au droit, l'al. 1 leur ménage la possibilité de renoncer dans certaines situations à un examen approfondi au cas par cas de la satisfaction desdites conditions. Cette disposition est volontairement formulée de manière ouverte afin de laisser aux assujettis une certaine marge d'appréciation. Tant la pratique exposée dans la circulaire 2017/6 de la FINMA que d'autres sources dûment documentées par l'assujetti sont alors prises en compte.

La FINMA a notamment publié une liste⁶⁵ 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

⁶⁵ Voir www.finma.ch > Surveillance > Thèmes intersectoriels > Transmission directe > List of foreign supervisory authorities (page consultée le 6 mai 2024).

d'avocats actif au niveau international via des renseignements fournis par écrit, ou encore par une personne qualifiée interne à l'entreprise⁶⁶.

Comme mentionné précédemment, la règle de présomption visée à l'art. 42c, al. 1, let. a, P-LFINMA contribuera à réduire les obstacles opérationnels à la transmission transfrontalière d'informations ainsi que les risques pour les personnes agissant en l'espèce. L'assujetti demeurera toutefois tenu de renoncer à transmettre des informations en cas d'indices probants de violation du principe de spécialité ou de confidentialité. Dans ces cas, il faudra qu'il procède à des clarifications supplémentaires ou qu'il renonce à transmettre les informations.

À chaque transmission d'informations, les assujettis seront dans tous les cas 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, P-LFINMA en lien avec l'art. 42, al. 2, LFINMA)⁶⁷.

Si ces conditions sont remplies, les assujettis pourront, comme mentionné plus haut, sans autre présumer que les principes de spécialité et de confidentialité au sens de la loi sont respectés. La FINMA ne pourra pas garantir que les informations transmises dans le cadre de l'assistance administrative seront effectivement utilisées aux fins prescrites et traitées de manière confidentielle.

L'art. 42c, al. 1, P-LFINMA dispose également que des assujettis ne pourront transmettre des informations que si les droits des clients et des tiers sont garantis. Ainsi, comme c'est le cas actuellement, il appartiendra aux assujettis de vérifier et de garantir le respect des droits des clients et des tiers. Les assujettis devront notamment respecter le secret des affaires et le secret bancaire, les prescriptions du droit de la protection des données et les dispositions de protection figurant dans le droit du travail. Les mesures à prendre dans chaque cas seront déterminées par le droit suisse applicable.

L'art. 42c, al. 2, P-LFINMA permettra aux assujettis de transmettre directement à des services étrangers des informations non accessibles au public, pour autant qu'elles se rapportent directement à des relations d'affaires avec des clients ou à des opérations réalisées par des assujettis et qu'elles soient nécessaires à l'exécution des transactions correspondantes en vertu du droit étranger applicable. Il s'agit là en général de conditions qui émanent du droit étranger relatif aux marchés financiers. Contrairement à la transmission d'informations visée à l'al. 1, celle visée à l'al. 2 ne devra pas se faire à des fins de surveillance, mais devra servir, comme déjà mentionné, à l'exécution d'opérations transfrontalières. Cette distinction fonctionnelle est explicitement mise en évidence dans la disposition. Les informations concernées sont typiquement des informations de nature administrative ou technique d'importance mineure qui se rapportent étroitement aux opérations quotidiennes.

⁶⁶ 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 > 2017/6 Circulaire FINMA Transmission directe (page consultée le 6 mai 2025).

⁶⁷ Voir la circulaire 2017/6, Cm 29.

Comme mentionné, les transmissions d'informations se feront en vertu de normes étrangères qui encadrent l'exécution de transactions spécifiques. L'art. 42c, al. 2, let. a, P-LFINMA dispose à cet effet que les informations devront être transmises «au titre de réglementations relatives aux marchés financiers». Cette formulation volontairement vague prend en considération le fait qu'il n'est pas toujours clairement possible d'établir, du point de vue suisse, si une prescription de droit étranger relève formellement ou non du droit des marchés financiers. La formulation «relatives aux marchés financiers» a été choisie pour inclure les prescriptions étrangères qui, bien qu'elles ne fassent pas partie d'un ensemble classique d'outils du droit de la surveillance, se rapportent, de par leur fonction, aux marchés financiers. L'al. 2 offre de cette façon un cadre pratique de large application pour l'échange international d'informations conforme au droit et à des fins d'exécution d'opérations.

L'art. 42c, al. 2, P-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, P-LFINMA ne vise pas que les déclarations 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 pourront également avoir lieu dans des cas particuliers, par exemple lorsque les assujettis répondent à des demandes de renseignements individuelles concernant certaines transactions ou certains clients⁶⁸.

Dans ce genre de cas concernant des opérations transfrontalières, le respect des principes de spécialité et de confidentialité ne sera pas impératif; il faudra simplement garantir le respect des droits des clients et des tiers, par exemple en obtenant leur consentement à l'échange d'informations (art. 42c, al. 2, let. c, P-LFINMA).

Il ressort de l'art. 42c, al. 2, P-LFINMA, qu'il sera exclu que des informations non accessibles au public soient transmises à des autorités ou services étrangers s'il apparaît de manière évidente qu'elles seront utilisées à des fins fiscales ou de poursuite pénale. En présence d'indices clairs 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, P-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)⁶⁹. Autrement dit, l'art. 11b LTI constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 42c, al. 1 à 4, P-LFINMA.

⁶⁸ Voir le rapport d'évaluation ex post de la FINMA, p. 17.

⁶⁹ RS 957.1

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

L'art. 42c P-LFINMA ne cherche en outre pas l'exhaustivité: l'octroi d'une autorisation exceptionnelle du service compétent permettant aux assujettis de transmettre directement des informations à des autorités et services étrangers dans d'autres cas que ceux visés à l'art. 271 CP sera aussi possible si les conditions sont remplies.

Al. 3: Une transmission d'informations en vertu de l'art. 42c, al. 1, P-LFINMA doit faire l'objet d'une déclaration préalable à la FINMA, dans la mesure où elle revêt une importance au sens de l'art. 29, al. 2 LFINMA. 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 même 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, P-LFINMA découlera du moment de la transmission.

En revanche, lorsque des assujettis transmettront, en vertu de l'art. 42c, al. 2, P-LFINMA, des informations qui ne sont pas utilisées pour la surveillance des marchés financiers, ils ne seront plus tenus de faire une déclaration 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), 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 P-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 la réserve d'assistance administrative visée à l'art. 42c, al. 4, P-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 qu'aucun intérêt prépondérant privé ou public ne s'y oppose (*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 d'emblée que la réserve d'approbation visée

à l'art. 42c, al. 5, P-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. Sa place dans la structure de l'acte permet d'ailleurs de s'en convaincre: l'art. 42c P-LFINMA figure en effet dans la section «Collaboration avec les autorités étrangères» (art. 42 s.), et non dans la section «Collaboration avec les autorités suisses» (art. 38 s.).

Art. 42d

L'ajout du nouvel art. 42d P-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 fins-là et que l'État de l'autorité étrangère requérante accorde la réciprocité à la Suisse⁷⁰.

La réciprocité est établie lorsque l'autorité requérante peut autoriser une notification sur le territoire de son État en vertu de la STE 094, même si cette convention ne s'applique pas à la surveillance des marchés financiers en Suisse.

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, et il ne sera notamment pas nécessaire que le champ d'application du droit des marchés financiers de l'autre État couvre exactement celui du droit 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 P-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. Seront concernées les situations dans lesquelles il faudra garantir que l'intéressé puisse effectivement être entendu à l'étranger. Parmi les documents visés figurent notamment: les autorisations, les retraits d'autorisations, les décisions de constatation, les amendes et d'autres sanctions ainsi que les injonctions 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 du document notifié 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 P-LFINMA, le permet. Les

⁷⁰ Voir la disposition analogue de l'art. 42, al. 2, de la loi du 28 août 1992 sur la protection des marques (RS 232.11).

assujettis devront par ailleurs s'acquitter de l'obligation de déclaration à la FINMA visée à l'art. 42c, al. 3, P-LFINMA.

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 demeurera contraire aux dispositions relatives à l'assistance administrative des art. 42 s. LFINMA et, partant, restera exclue. 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. Les conventions internationales comportant des dispositions spéciales sur la notification seront réservées.

Art. 43

Al. 1: En vertu de l'art. 43, al. 1, P-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 sa surveillance 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 d'informatique en nuage.

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 prudents 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 de l'art. 43, al. 2, 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, P-LFINMA permettra à la FINMA d'autoriser les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers de continuer 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, P-LFINMA, la FINMA pourra, comme actuellement, autoriser des audits dans les établissements d'assujettis ainsi que dans les sociétés suisses du groupe 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, le 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.

Enfin, l'art. 43, al. 2, let. c, P-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 banques⁷¹ et de l'art. 3a de l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques⁷². 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 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, P-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, P-LFINMA 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 sont pas non plus assujettis à la surveillance des marchés financiers en Suisse (voir l'art. 43, al. 2, let. b, P-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, P-LFINMA; il faudra impérativement que les activités en question soient soumises à la surveillance des marchés financiers dans le régime juridique étranger concerné.

⁷¹ RS 952.0

⁷² RS 952.02

Les audits visés à l'art. 43, al. 2, let. c, P-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, P-LFINMA. En particulier, l'audit 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, P-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 P-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, P-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 si 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, P-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}, LFINMA réglemente 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 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 le projet prévoit de supprimer la référence au négoce de valeurs mobilières à l'art. 43, al. 3^{bis}, P-LFINMA.

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 les informations puissent être transmises directement en vertu de l'art. 42c P-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 P-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, P-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 hors du pays d'origine 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.

Al. 3^{quater}: Comme le prévoit déjà le droit en vigueur, si la transmission visée à l'art. 42c P-LFINMA est exclue (p. ex. faute de consentement des personnes concernées), la FINMA pourra autoriser l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers responsable de la surveillance consolidée des audits ou les services mandatés par celle-ci à consulter un nombre limité de dossiers concernant directement ou indirectement des clients d'opérations de gestion de fortune ou de placement, ou des investisseurs dans des placements collectifs de capitaux (voir l'art. 43, al. 3^{bis}, P-LFINMA). Le choix de ces dossiers devra s'effectuer de manière aléatoire selon des critères fixés au préalable. Comme mentionné ci-dessus, il s'agit ici d'une règle qui existe déjà, et qui est énoncée à l'art. 43, al. 3^{ter}, LFINMA. Il n'y aura pas de transmission d'informations, mais seulement la consultation possible de dossiers aux fins limitées visées à l'art. 43, al. 3, P-LFINMA. Celle-ci visera à permettre à l'autorité étrangère notamment de contrôler les processus suivis par l'assujetti audité; il ne saurait en résulter le contournement de la procédure relative au client. La consultation détaillée ou la remise d'informations permettant d'identifier des clients et concernant directement ou indirectement des clients d'opérations de gestion de fortune ou de placement ou des investisseurs dans des placements collectifs ne seront possibles qu'aux conditions énoncées aux al. 3^{ter} et 3^{quinqies}. Si une autorité étrangère souhaite obtenir, à des fins de surveillance, des informations permettant d'identifier des clients, mais que les conditions des al. 3^{ter}, 3^{quater} ou 3^{quinqies} ne sont pas remplies, elle devra faire appel à la procédure d'assistance administrative visée à l'art. 42a LFINMA.

Al. 3^{quinqies}: Si les conditions de la transmission directe d'informations visées à l'art. 42c P-LFINMA sont remplies, les assujettis seront autorisés à remettre directement des documents et des informations non accessibles au public (y c. les informations de clients ayant été consultées) à l'autorité étrangère ou à les transmettre directement à l'étranger, y compris dans le cadre de contrôles sur place. L'art. 42c P-LFINMA s'appliquera par analogie à la remise de documents et d'informations. Cela implique l'applicabilité des al. 1, 3 et 4 de l'art. 42c P-LFINMA. Dans de telles configurations, la FINMA doit avoir la possibilité d'assortir la transmission d'une réserve en matière d'entraide administrative. Parallèlement, l'al. 2 de l'art. 42c P-LFINMA ne s'applique pas, les faits concernés ne pouvant être subsumés sous l'art. 43 P-LFINMA faute de lien avec un objectif de surveillance des marchés financiers.

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, P-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.

5.2

Loi sur la surveillance de la révision

Art. 26

Al. 3^{bis}: Bien que le principe de proportionnalité soit déjà inscrit à l'art. 5 de la Constitution (Cst.)⁷³, 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. 27

Al. 1: L'al. 1 dispose que l'ASR est habilitée à procéder ou à faire procéder 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. Il précise en outre que les contrôles de ce type pourront également être réalisés par des tiers au sens de l'art. 20 LSR (par analogie avec le terme de chargé d'audit employé dans la LFINMA).

Al. 3: À l'inverse de l'al. 1, l'al. 3 fixe, comme actuellement, les conditions de l'assistance administrative accordée dans le cadre de contrôles réalisés en Suisse par des autorités étrangères de surveillance des activités de révision. En raison de l'exigence de réciprocité, l'al. 3 vise aussi à créer une base juridique pour les contrôles à distance. Les conditions de confidentialité et de spécialité (art. 26, al. 2 et 3) devront être remplies dans tous les cas. L'al. 3 ne règle pas de manière exhaustive les contrôles transfrontaliers et 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 à distance à partir de l'étranger si les entreprises de révision peuvent prendre des mesures pour s'assurer que les autorités étrangères de surveillance des activités de révision consultent les informations et en prennent connaissance 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. Afin de garantir, dans le cadre légal, que les entreprises suisses de révision pourront consulter les informations et en prendre connaissance, on peut envisager non seulement des mesures techniques, mais aussi d'autres mesures à appliquer sur le lieu même de la consultation.

Al. 3^{ter}: Certains participants à la procédure de consultation craignaient que la possibilité de procéder à des contrôles transfrontaliers virtuels ait pour conséquence une croissance de l'activité de surveillance des autorités étrangères de surveillance des activités de révision sur les entreprises de révision suisses, entraînant pour ces entreprises des efforts conséquents de préparation et de mise en œuvre. Même si une augmentation des contrôles (à distance) ne peut pas être exclue, cela ne serait pas défavorable du point de vue de la qualité de la révision, en particulier dans les cas où les mandats des autorités étrangères de surveillance des activités de révision viendraient

⁷³ RS 101

compléter des mandats de révision qui ne relèvent pas des priorités de l'ASR. Toutefois, pour tenir compte des craintes évoquées, les entreprises de révision suisses concernées pourront exiger que les contrôles s'effectuent sur place en Suisse si elles prouvent qu'elles ne peuvent mettre en œuvre les mesures visant à respecter le cadre légal (voir l'al. 3) que moyennant des efforts disproportionnés.

Al. 4: L'al. 4 précise, en outre, que l'ASR pourra accompagner ou faire accompagner par un tiers au sens de l'art. 20 LSR les représentants des autorités étrangères lors des contrôles que ceux-ci opèrent sur le territoire suisse.

Al. 5: Comme le droit actuel le prévoit déjà, le Conseil fédéral sera habilité à régler dans des conventions internationales la collaboration avec les autorités étrangères de surveillance des activités de révision. L'al. 5 est complété par un renvoi au nouvel al. 3^{bis}.

5.3 **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 BNS, 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. L'introduction du nouvel art. 50^{bis} P-LBN (voir ci-après) concernant la collaboration aux procédures de reconnaissance et d'audit d'autorités étrangères sur le cadre réglementaire suisse entraîne une modification 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 accès⁷⁴.

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 ce domaine, 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 de la Banque nationale du 18 mars 2004⁷⁵ 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

⁷⁴ FF 2017 6565 p. 6762

⁷⁵ RS 951.131

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 le cadre de la surveillance» des IMF d'importance systémique (libellé actuel: «à des fins de surveillance»), 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 dehors des dispositions pénales spécifiques aux marchés financiers) ne se pose pas davantage qu'auparavant⁷⁶.

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} P-LFINMA, le nouvel art. 50b^{bis} P-LBN réglera 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} P-LFINMA vaut donc aussi, par analogie, pour l'art. 50b^{bis} P-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. On se référera au commentaire de l'art 42b^{bis} P-LFINMA concernant les 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.

⁷⁶ FF 2014 7235 p. 7348

C'est pourquoi l'art. 50b^{bis} P-LBN est proposé, par analogie avec l'art. 42b^{bis} P-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.

6 Conséquences

6.1 Conséquences pour la Confédération

La révision proposée n'aura de répercussions ni sur les finances ni sur le personnel de la Confédération, et elle pourra être mise en œuvre avec les ressources disponibles et sans nécessiter de modification des tâches actuelles. Malgré la restriction de la procédure relative au client visée à l'art. 42a, al. 2, P-LFINMA, la FINMA restera tenue d'examiner en détail chaque demande d'assistance administrative et chaque transmission d'informations prévue afin de vérifier que les conditions légales (en particulier en ce qui concerne les principes de spécialité, de confidentialité et de proportionnalité, le soupçon initial suffisant et l'intérêt prudentiel suffisant) sont remplies. En l'espèce, il ne faut pas s'attendre à ce que la FINMA puisse libérer d'importantes ressources. L'on ne s'attend pas non plus à des effets notables pour la BNS et l'ASR, que ce soit en termes de finances ou de personnel.

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

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

6.3 Conséquences économiques

Le projet a pour but de renforcer durablement la réputation et la compétitivité internationale de la place financière suisse en établissant un cadre juridique cohérent, clair et conforme à la pratique internationale concernant la collaboration transfrontalière entre les autorités de surveillance, d'une part, et entre celles-ci et les assujettis, d'autre part. Un tel cadre est essentiel pour faire en sorte que le système financier suisse demeure ouvert et efficacement intégré au marché mondial, sans compromettre des valeurs essentielles comme l'intégrité, la transparence et la stabilité financière.

Le marché financier européen est incontournable pour la Suisse en termes d'importance économique. Compte tenu de sa proximité géographique, de son étroite interconnexion économique avec la Suisse ainsi que de son important volume d'affaires, l'Europe est un marché prioritaire pour les prestataires de services financiers suisses. Il est donc d'autant plus important de maintenir l'accès au marché de chacun des membres de l'UE ainsi qu'au marché commun de l'UE, tout en garantissant l'égalité de traitement des prestataires de services suisses par rapport à leurs concurrents euro-

péens. Dans ce contexte, un cadre de coopération fiable et compatible sur le plan international constitue une condition nécessaire, tant pour éviter des obstacles réglementaires que pour lutter contre les désavantages relatifs à la place économique suisse.

Un manque de sécurité juridique et de prévisibilité, par exemple concernant la reconnaissance des équivalences de l'UE, pourrait inciter certains acteurs du marché à délocaliser leurs activités à l'étranger. En l'occurrence, plusieurs grands établissements financiers suisses réfléchissent déjà à relocaliser certains de leurs secteurs d'activité dans l'UE. Ce type de tendance à la délocalisation entraîne un recul des services financiers directs en Suisse et une diminution des activités économiques en amont et en aval, notamment dans les secteurs du droit, de l'informatique, du conseil ou des infrastructures. Non seulement cela affaiblit la place financière suisse, mais cela impacte aussi négativement toute l'économie.

En Suisse, le secteur financier contribue beaucoup à la création de valeur, aux recettes fiscales ainsi qu'à l'emploi: les banques et les compagnies d'assurance génèrent 9 % du produit intérieur brut⁷⁷. Le projet va donc dans le sens d'un objectif central de la politique de la Confédération en matière de marchés financiers, à savoir le renforcement de la compétitivité internationale moyennant la préservation de la stabilité du système, et contribue aussi concrètement au maintien des emplois, à la force d'innovation et à la résilience économique de la Suisse dans son ensemble.

Comme le projet ne crée pas de nouvelles obligations pour les entreprises, ni ne modifie les obligations existantes, aucune estimation des coûts de la réglementation visée à l'art. 5 de la loi fédérale du 29 septembre 2023 sur l'allègement des coûts de la réglementation pour les entreprises⁷⁸ n'est requise.

6.4 Conséquences sociales

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

6.5 Conséquences environnementales

Le projet n'aura pas de conséquences environnementales.

⁷⁷ Voir DFF, Secrétariat d'État aux questions financières internationales, Place financière suisse, Chiffres-clés 2025, à l'adresse www.sif.admin.ch > Documentation > Place financière suisse (page consultée le 3 juin 2025).

⁷⁸ RS **930.31**

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

Le projet, qui vise à modifier la LFINMA, la LSR et la LBN, se fonde sur les art. 95 et 98 Cst., 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 restriction de la procédure relative au client prévue à l'art. 42a, al. 2, P-LFINMA est compatible avec la Constitution. En effet, l'art. 29a, 2^e phrase, Cst. permet de prévoir des exceptions à la garantie de l'accès au juge, pour autant qu'elles soient prévues par la loi, fondées et proportionnées⁷⁹. La jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaît expressément que le législateur peut décider de renoncer à l'application de la PA dans certaines circonstances⁸⁰.

Dans le cas présent, il s'agit d'une exception clairement formulée. Celle-ci concerne uniquement les demandes d'assistance administrative émanant de l'étranger qui reposent sur un soupçon concret d'abus de marché (notamment un délit d'initié ou une manipulation du marché) et qui sont liées à des transactions se rapportant au marché étranger. La procédure relative au client restera applicable dans tous les autres cas d'assistance administrative internationale par la FINMA. Même dans les cas où le client ne sera pas préalablement entendu, la protection juridique ne sera pas complètement supprimée, mais garantie sous une forme adaptée. Ainsi, la FINMA demeurera tenue d'examiner en détail chaque demande d'assistance administrative et chaque transmission d'informations prévue afin de vérifier que les conditions légales (en particulier concernant les principes de spécialité, de confidentialité et de proportionnalité, le soupçon initial suffisant et l'intérêt prudentiel suffisant) sont remplies.

Cette atteinte ciblée et limitée aux droits de procédure des clients est justifiée par un intérêt public prépondérant. La collaboration transfrontalière des autorités de surveillance vise à protéger la stabilité et l'intégrité des marchés financiers, à anticiper les risques et à mettre en œuvre efficacement les normes en matière de droit de la surveillance. La sauvegarde d'intérêts juridiques collectifs comme l'intégrité du marché, la transparence et la stabilité des marchés financiers l'emporte dans ces cas sur l'intérêt individuel à l'exercice du droit d'être entendu.

Par ailleurs, les personnes concernées peuvent également faire valoir leurs droits à l'étranger dans la phase des débats de la procédure judiciaire.

⁷⁹ Voir Andreas Kley, St. Galler Kommentar (3^e éd.), art. 29a Cst, Cm 20; et BSK BV-Waldmann, art. 29a, n° 20.

⁸⁰ ATF 140 II 315 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 2C_246/2014 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 attaquant; voir à cet égard Zulauf, Kooperation oder Obstruktion?, 344.

Le cadre juridique prévu permettra ainsi de protéger les droits de procédure garantis par la Constitution, d'assurer une pondération adéquate entre les intérêts individuels et publics et de prendre en considération de manière systématique et proportionnée la jurisprudence correspondante du Tribunal fédéral.

7.2 **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 vie⁸¹ prévoit des règles spéciales applicables à 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 vie⁸² et l'accord du 19 décembre 1996 sur l'assurance directe et l'intermédiation en assurance entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein⁸³ 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 financier⁸⁴ et les conventions d'exécution correspondantes entre la FINMA et son homologue allemande (Autorité fédérale de supervision financière) qui prévoient des règles spéciales applicables aux opérations bancaires et aux prestations de gestion de fortune transfrontalières.

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 financiers⁸⁵, signé le 21 décembre 2023 et approuvé le 21 mars 2025 par l'Assemblée fédérale, constitue une autre base juridique de droit international pour la collaboration dans le domaine des services financiers. Les art. 13 et 14 de l'accord créent un cadre pour l'établissement d'une coopération étroite et efficace entre les autorités de surveillance des deux États, sur la base de normes internationales, de la confiance mutuelle et de l'échange rapide d'informations.

81 RS **0.961.1**

82 RS **0.961.367**

83 RS **0.961.514**

84 RS **0.956.113.61**

85 FF **2024 2387**

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

7.3 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. L'ensemble des modifications proposées dans le projet pour la LFINMA et les autres lois citées sont sujettes à la procédure législative ordinaire.

7.4 Frein aux dépenses

Le 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). Il n'est par conséquent pas soumis au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst.).

7.5 Délégation de compétences législatives

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

7.6 Protection des données

La loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD)⁸⁶ 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 sensibles; les catégories de données personnelles visées à l'art. 23, al. 4, LFINMA sont énumérées à l'art. 5 de l'ordonnance du 4 mai 2023 de la FINMA sur les données⁸⁷. Au demeurant, selon la jurisprudence constante du

⁸⁶ RS 235.1

⁸⁷ RS 956.124

Tribunal administratif fédéral, les dispositions sur l'assistance administrative de la LFINMA priment la LPD⁸⁸.

⁸⁸ Voir les arrêts suivants 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.