



***L'entraide administrative internationale de la  
FINMA en matière de surveillance des marchés***

*Mémoire rédigé dans le cadre de l'accomplissement de la maîtrise en  
droit par*

*Giulia Mariani*

*Sous la responsabilité des Professeurs*

*Yvan Jeanneret et Olivier Hari*

*Faculté de droit*

*Septembre 2014*

*Questa tesi di laurea segna  
la fine dei miei studi di giurisprudenza  
che ho intrapreso nel 2007.  
Durante questi anni di studio  
e attività professionale  
quattro stelle mi hanno guidato  
nel mio firmamento  
i miei genitori,  
Ken,  
Raffaella  
e Davide.  
Questa tesi gli è dedicata.*

## Bibliographie

- ALTHAUS Annette      Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2<sup>e</sup> édition, Berne 2001.  
[cité ALTHAUS (2001)]
- ALTHAUS Annette      Internationale Amtshilfe als Ersatz für die internationale Rechtshilfe bei  
Insiderverfahren?, AJP 1999, p. 929-946.  
[cité ALTHAUS]
- ARQUINT Nina      Internationalisierung der Finanzmarktaufsicht, in GesKR 02/2014, p. 131.  
[cité ARQUINT]
- BÜSCHGEN Hans E.      Das kleine Börsenlexikon, 23<sup>e</sup> édition, Stuttgart 2012.  
[cité BÜSCHGEN]
- BOVET Christian      Jurisprudence en matière d'assistance administrative internationale,  
FINMA, Journée des juristes du 14.11.2012 in: Bulletin spécial 2/2013  
FINMA, consulter à ce  
titre : «<http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/sonderbulletin-2013-2.pdf>» (12.9.2014).  
[cité BOVET]
- DU PASQUIER  
Shelby      Internationale Amtshilfe : Informationsaustausch und verfahrensrechtliche  
Aspekte, AJP 2006, p. 74 ss.  
[cité DU PASQUIER]
- HONEGGER  
Peter/KOLB Andreas      Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen, in Niederer Kraft & Frey AG,  
Publikation 13, Zürich 2009, consulter à ce titre :  
«[http://www.nkf.ch/wAssets-nkf2/docs/publikationen/peter\\_c\\_honegger/Amts-und-Rechtshilfe-10-aktuelle-Fragen.pdf](http://www.nkf.ch/wAssets-nkf2/docs/publikationen/peter_c_honegger/Amts-und-Rechtshilfe-10-aktuelle-Fragen.pdf)» (12.9.2014).  
[cité HONEGGER/KOLB]
- JAQUEMOUD Philippe      Revision der internationalen Amtshilfe gemäss dem Gesetz über die Börsen  
und den Effektenhandel (BEHG), SZW 2005, p. 221 ss.  
[cité JAQUEMOUD]

- HUSMANN Serge La coopération internationale sur les marchés financiers – entre secret bancaire et lutte contre la criminalité, in: J. HURTADO POZO/O. THORMANN, Droit pénal économique, 2<sup>e</sup> édition, Zurich 2011, p. 426 ss.  
[cité HUSMANN]
- LOMBARDINI Carlo Droit bancaire suisse, 2<sup>e</sup> édition, Zurich 2008.  
[cité LOMBARDINI]
- MICHELI François Assistance internationale en matière administrative : la retransmission d'informations à l'autorité pénale étrangère, exposé à l'occasion du 5<sup>e</sup> évènement annuel « Lutte contre le blanchiment en Suisse et à l'international », organisé par l'Institute of International Research, Genève 2001, consulter à ce titre «[http://www.pplex.ch/pub/media\\_ml\\_020\\_002a.pdf](http://www.pplex.ch/pub/media_ml_020_002a.pdf)» (12.9.2014).  
[cité MICHELI]
- NIGGLI Marcel Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2007.  
Alexander/  
WIPRÄCHTIGER Hans [cité. BSK Strafrecht II-AUTEUR]
- NOBEL Peter Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3<sup>e</sup> édition, Berne 2010.  
[cité NOBEL]
- PEYER Martin Entwicklungen im Finanzmarktaufsichtsrecht - Aktuelle Praxis der FINMA und der Gerichte, AJP 2010, p. 800 ss.  
[cité PEYER]
- PFLAUM Kurs- und Marktmanipulation, Straf- und aufsichtsrechtliche Relevanz der Manipulation von Börsenkursen, in : GesKR 4/2013, p. 523 ss.  
Sonja/WOHLERS  
Wolfgang [cité PFLAUM/WOHLERS]
- SCHAAD Hans-Peter Kommentierung Art. 42 FINMAG und Art. 38 BEHG in: R. WATTER/N. P. VOGT (Hrsg.), Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2011.  
[cité SCHAAD]

- TSIRAMATOS Jean-Louis/SUTTER Frédéric  
Entraide administrative internationale en matière boursière : état de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral au 30 juin 2009, SZW 2009, p. 294 ss.  
[cité TSIRAMATOS/SUTTER]
- URBACH Guido/WIDMER Oliver  
Basler Kommentar Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2007.  
[cité. BSK BEHG/FINMAG-AUTEUR ]
- ZULAUF Urs  
Internationale Amtshilfe der FINMA: Folge und Grundlage der internationalen Ausrichtung des Schweizer Finanzplatzes: Einleitung zum Amtshilfebericht der FINMA in: Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe. – Saint-Gall: Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2009, p. 297 ss.  
[cité ZULAUF (2009)]
- ZULAUF Urs/EGGEN Mirjam  
Finanzmarktrecht in a nutshell, Zurich 2013.  
[cité ZULAUF/EGGEN]

## Liste des abréviations

AIFMD	Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2003/41/EC and 2009/65/EC Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 1095/2010 of June 2011
AJP	Aktuelle juristische Praxis
al.	alinéa
art.	article (s)
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (RS 954.1)
BVGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
cf.	confer
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
consid.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
éd.	édition
FF	Feuille fédérale
ff.	folgende
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (RS 956.1)
GAFI	Groupe d'action financière
GesKr	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
Ibidem	identique, la même chose
IOSCO MMoU	Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation Cooperation and the Exchange of Information by International Organization of Securities Commissions of May 2002

LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (RS 954.1)
let.	lettre
LIMF	Avant-projet de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers
LFINMA	Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (RS 956.1)
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (RS 170.32)
LTAF	Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.32)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
MMoU	Multilateral Memorandum of Understanding
MoU	Memorandum of Understanding
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (RS 952.02)
OBVM	Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (RS 954.11)
OéM-FINMA	Ordonnance réglant la perception d'émoluments et de taxes par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 15 octobre 2008 (RS 956.122)
OICV	Organisation internationale des commissions de valeurs
OLOGA	Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 (RS 172.010.1)
p.	page (s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
par.	paragraphe (s)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
S.	Seite (n)
ss.	suivant (s)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TAF	Tribunal administratif fédéral suisse
TF	Tribunal fédéral suisse
USD	Dollar (s) américain (s)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (RS 172.021)

## Tables des matières

Bibliographie.....	3
Liste des abréviations .....	6
Tables des matières.....	8
Introduction.....	11
I. Cadre juridique de l'entraide administrative internationale de la FINMA .....	13
1. L'objectif normatif de l'entraide administrative.....	13
2. Interprétation littérale de l'art. 42 de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA) .....	14
2.1 La FINMA comme autorité requérante.....	15
2.2 L'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers comme autorité requérante .....	16
2.3 Informations et documents non accessibles au public .....	17
2.4 Secret de fonction.....	18
2.5 Utilisation des informations.....	19
2.6 Retransmission des informations .....	20
3. Interprétation littérale de l'art. 38 de la loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM) .....	21
3.1 La FINMA comme autorité requérante.....	22
3.2 Principes de la spécialité et de la confidentialité .....	22
3.3 Procédure applicable.....	23
3.4 Retransmission.....	23
4. Interprétation littérale de l'art. 141 de la loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC).....	23
5. Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) .....	24
5.1 Multilateral Memorandum of Understanding and Cooperation (IOSCO MMoU) .....	25
II. Conditions de l'entraide boursière .....	27
1. Compétence de l'autorité requérante.....	27
2. Principes en matière d'entraide boursière.....	27
2.1 Principes de la spécialité et de la confidentialité .....	27
2.2 Analyse des conditions formelles de la requête d'entraide.....	28
2.3 Analyse des conditions matérielles de la requête d'entraide .....	29

2.4	Conformité aux critères mentionnés dans l'Annexe C du IOSCO	
	MMoU.....	30
2.5	Principe de la proportionnalité et soupçon initial .....	31
2.6	Notion de tiers non impliqué.....	34
3.	Délits en matière boursière.....	36
3.1	Délit d'initié .....	37
3.2	Manipulation du marché.....	39
	3.2.1 Scalping.....	40
	3.2.2 Matched orders .....	41
	3.2.3 Wash trades.....	41
	3.2.4 Pump & Dump .....	41
3.3	Violation du devoir de déclarer.....	42
3.4	Autres délits.....	42
	3.4.1 Fraude aux investisseurs .....	42
	3.4.2 Corruption .....	43
	3.4.3 Activité non-autorisée.....	44
III.	Procédure d'entraide administrative .....	45
1.	Requête d'édition.....	45
2.	Informations institutionnelles et informations relatives aux clients.....	46
3.	Procédure client.....	47
	3.1 Notification.....	47
	3.2 Décision de transmission.....	48
	3.3 Qualité de partie et qualité pour recourir .....	48
	3.3.1 Détenteur de compte.....	48
	3.3.2 Ayant droit économique .....	49
	3.3.3 Gérant de fortune .....	49
	3.3.4 Fondé de pouvoir .....	50
	3.4 Effet suspensif .....	51
4.	Droit d'être entendu.....	51
	4.1 Restrictions au droit d'être entendu.....	51
IV.	Procédure de retransmission .....	54
1.	Conditions de l'autorisation de retransmission .....	54
2.	Le principe de la double incrimination.....	55
3.	Décision de retransmission .....	55
4.	Déclaration de <i>best efforts</i> .....	56
5.	Contournement de l'entraide judiciaire.....	57

<b>V.</b>	<b>Audits hors du pays d'origine .....</b>	<b>58</b>
1.	Conditions d'autorisation et private banking carve-out .....	58
2.	Réglementation actuelle et standards internationaux .....	59
3.	Communication directe conformément à l'art. 4 <sup>quinquies</sup> LB .....	61
4.	Modifications législatives en matière d'audit hors du pays d'origine (nouvel art. 43 LFINMA).....	62
<b>VI.</b>	<b>Modifications législatives en matière d'entraide administrative .....</b>	<b>64</b>
1.	Contexte international et procédure client .....	64
2.	Nouvelles dispositions en matière d'entraide administrative (nouvel art. 42 et 42a LFINMA).....	65
	<b>Conclusion .....</b>	<b>70</b>

## Introduction

*Les placements des investisseurs ne connaissent aujourd'hui plus de frontières, alors que les réglementations et les systèmes de surveillance des marchés financiers sont encore pour l'essentiel nationaux et par conséquent régis par le principe de la souveraineté. Ainsi, quand bien même les intermédiaires financiers sont de plus en plus actifs sur des marchés autres que ceux des pays où ils sont incorporés, chaque autorité nationale ne peut surveiller, dans la plupart des cas, que le marché et les entités relevant de sa juridiction. L'entraide [administrative] entre autorités de surveillance des marchés financiers établit un pont entre ces deux mondes afin de permettre la mise en œuvre des réglementations nationales et d'assurer ainsi la stabilité du système financier dans son ensemble. Sans cette coopération entre les autorités des différents marchés financiers, une surveillance des marchés financiers et un respect des règles par ses acteurs est illusoire dans la mesure où il n'existe pas d'autorité de vigilance supranationale<sup>1</sup>. Au-delà de la coopération entre les diverses autorités, l'entraide administrative permet l'accès aux marchés étrangers pour les intermédiaires suisses, car les autorités étrangères exigent à juste titre de pouvoir obtenir des informations sur les intervenants dans leurs marchés. La volonté de coopérer de la FINMA est ainsi une condition à l'accès aux marchés étrangers. Dans ce contexte, la Suisse devra montrer qu'elle est à même de fournir une entraide administrative conforme aux standards internationaux<sup>2</sup>. La crise financière des dernières années a démontré que des questions importantes, telles que la stabilité du système financier ou la régulation doivent être abordées à une échelle internationale.*

La FINMA est membre de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) et depuis 2010 signataire A de l'accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations entre les commissions de valeurs (*Multilateral Memorandum of Understanding IOSCO – MMoU*). Le *MMoU* contient les conditions pour la coopération entre les autorités de surveillance des marchés financiers et vise à garantir le respect et l'application des lois et des réglementations sur les valeurs mobilières et les produits dérivés. La FINMA a également conclu de nombreux accords bilatéraux de coopération (*Memorandum of Understanding – MoU*) avec ses homologues à l'étranger afin de garantir l'échange d'informations institutionnelles, notamment dans le domaine bancaire, des assurances et des marchés des capitaux collectifs.

Il ressort du rapport annuel de la FINMA de l'année 2013 que cette dernière a reçu 493 requêtes d'entraide administrative de la part de 73 différentes autorités de surveillance des marchés financiers l'année écoulée par rapport à 380 requêtes l'année précédente<sup>3</sup>. Ces chiffres montrent que le nombre de requêtes est en constante croissance. Cette évolution est due, d'une part, à l'augmentation des intervenants sur les marchés financiers et, d'autre part, aux développements internationaux depuis la crise financière de 2008. A cet égard, il sied de relever que la Suisse subit depuis plusieurs années déjà une forte pression internationale l'obligeant à réformer sa régulation non conforme aux standards internationaux et de ce fait pas acceptée à l'étranger.

---

<sup>1</sup> AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA) / Rapport de l'entraide administrative de la FINMA, 2009, p. 7, on consultera à ce titre :  
«[http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Amtshilfebericht\\_20090916\\_f.pdf](http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Amtshilfebericht_20090916_f.pdf)» (12.9.2014).

<sup>2</sup> HUSMANN, p. 438.

<sup>3</sup> AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA) / Rapport annuel de la FINMA 2013, statistiques de l'entraide internationale, p. 77, on consultera à ce titre :  
«[http://www.finma.ch/gb2013/index\\_fr.html](http://www.finma.ch/gb2013/index_fr.html)» (12.9.2014).

Afin d'adapter le cadre juridique suisse aux standards internationaux et de garantir l'accès au marché, de nouvelles dispositions législatives, y compris en matière d'entraide administrative, ont été développées et se trouvent actuellement en procédure de consultation.

La première consultation de la nouvelle loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF) visant la mise en œuvre des engagements du *G20 (The Group of Twenty)* et les recommandations du Conseil de stabilité financière (CSF), relatives au négoce de produits dérivés hors bourse, ainsi que l'adaptation de la réglementation dans le domaine de la structure des marchés financiers aux normes internationales, se sont achevées le 31 mars 2014. Une deuxième consultation des offices est actuellement en cours et devrait prochainement s'achever. La LIMF prévoit notamment l'abrogation des dispositions en matière d'entraide administrative dispersées jusqu'à ce jour dans la loi fédérale sur l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA), la loi fédérale sur la bourse et le commerce de valeurs mobilières (LBVM) ainsi que la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC). A la place de ces dispositions, une nouvelle réglementation pour l'entraide cohérente, adaptée aux standards internationaux et à la nouvelle situation des marchés, sera créée dans la LFINMA<sup>4</sup>. Le message du Conseil fédéral à ce sujet devrait être adopté cet automne. Deux autres lois fédérales font actuellement l'objet d'une consultation des offices qui se terminera en automne, à savoir la loi fédérale sur les services financiers (LSFin) qui règle la relation entre les intermédiaires financiers et leurs clients, quels que soient les services financiers fournis, et fixe des dispositions uniformes applicables en matière de prospectus pour valeurs mobilières. Ainsi que la loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin) réglant de manière uniforme la surveillance de tous les prestataires de services financiers qui, d'une manière ou d'une autre, gèrent des valeurs patrimoniales pour des clients. N'entretenant pas un lien direct avec le sujet du présent mémoire, ces deux nouvelles lois ne seront pas abordées.

Dans ce domaine en constante évolution, caractérisé par une globalisation des marchés, l'objet du présent mémoire est de faire le point sur les principes applicables à la procédure d'entraide administrative de la FINMA, principes qui doivent, d'une part, guider le praticien lors de la défense des intérêts des personnes visées par la procédure client et, d'autre part, donner un aperçu de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en la matière. Il s'attachera à fixer le cadre légal dans lequel la procédure d'entraide administrative internationale de la FINMA intervient (I.), avant d'en étudier le déroulement étape par étape (II.), ses conséquences juridiques tant sur le plan interne que sur le plan international (III.), il s'ensuivra un exposé de la procédure de retransmission (IV.) et une présentation des audits hors du pays d'origine (V.) ainsi qu'une analyse des nouvelles dispositions de l'entraide administrative dans la LFINMA, prévues par l'avant-projet de la LIMF (VI.) et enfin une conclusion.

---

<sup>4</sup> DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES (DFF) / Rapport explicatif relatif au projet mis en consultation de la loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers du 29 novembre 2013, consulter à ce titre: «<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33144.pdf>» (12.09.2014).

# I. Cadre juridique de l'entraide administrative internationale de la FINMA

## 1. L'objectif normatif de l'entraide administrative

Pour assurer la surveillance des activités internationales dans les marchés financiers, il est nécessaire d'obtenir des informations sur ces marchés et ses intervenants qui se trouvent partiellement à l'étranger. Toutefois la compétence des autorités de surveillance est limitée au marché financier interne. L'entraide administrative basée sur des dispositions légales permet la surveillance transfrontalière des marchés et l'échange d'informations entre autorités de surveillance. L'entraide est une procédure administrative faisant partie du droit public dont la principale règle est le principe de la territorialité. Ce principe prévoit que le droit public produit uniquement des effets juridiques dans l'Etat qui l'a édicté<sup>5</sup>.

En raison du principe de la territorialité, la récolte d'informations à l'étranger est interdite sans l'accord préalable de l'autorité étrangère. En droit suisse, cette interdiction se base sur l'art. 271 CP applicable à des actes exécutés sans droit par un pays étranger. Une incrimination selon l'art. 271 CP est toutefois exclue, si l'institution est en possession d'une autorisation de dérogation de l'autorité suisse compétente<sup>6</sup>. La compétence pour l'octroi d'autorisations relève en premier lieu du Conseil fédéral qui a délégué cette tâche aux Départements fédéraux et à la Chancellerie fédérale dans leur domaine de compétence<sup>7</sup>. Par conséquent, dans le cadre du domaine d'activité de la FINMA, cette compétence a été déléguée au Département fédéral des finances (DFF).

La notion d'extraterritorialité, quant à elle, implique que la requête d'entraide administrative soit traitée par l'autorité sollicitée selon le droit domestique, tandis que le contenu de celle-ci repose sur le droit étranger<sup>8</sup>. En d'autres termes, c'est le fait d'appliquer du droit interne à un état de fait qui s'est (partiellement) déroulé à l'étranger<sup>9</sup>.

Diverses dispositions de la LBVM tout comme les dispositions exécutoires y afférentes déploient des effets extraterritoriaux. Dès lors, le droit interne s'applique à des états de fait qui se sont complètement ou partiellement déroulés à l'étranger. A titre d'exemples, nous pouvons citer les actes de négociants de valeurs mobilières accomplis à l'étranger qui pourraient mettre en péril leur garantie d'une activité irréprochable. Ainsi, des personnes physiques et morales domiciliées à l'étranger sont soumises à l'obligation de déclarer prévue aux art. 20 et 31 LBVM. Inversement, il existe des dispositions légales étrangères avec un effet extraterritorial. Par exemple, les personnes et les sociétés sises en Suisse détenant des participations de sociétés étrangères sont soumises à l'obligation d'annoncer en droit étranger. La FINMA peut exiger de ces personnes physiques et morales de fournir des renseignements dans le cadre d'une procédure d'entraide administrative même si elles ne sont pas soumises à sa surveillance (art. 29 al. 1 LFINMA)<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> ALTHAUS (2001), p. 24, traduction libre de l'allemand.

<sup>6</sup> Cf. libellé de l'art. 271 al. 1 : « *Celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics [...]* ».

<sup>7</sup> Cf. art. 31 al. 1 OLOGA.

<sup>8</sup> SCHAAD ad Art. 38 BEHG N 1-3, traduction libre de l'allemand.

<sup>9</sup> ALTHAUS (2001), p. 28, traduction libre de l'allemand.

<sup>10</sup> SCHAAD ad Art. 38 BEHG N 3, traduction libre de l'allemand.

Par conséquent, l'entraide administrative permet la mise en œuvre des dispositions avec effet extraterritorial et représente ainsi un instrument pour intégrer des états de fait qui se sont déroulés complètement ou partiellement à l'étranger dans la surveillance des marchés financiers nationale<sup>11</sup>.

Relevons aussi que l'entraide administrative dans le domaine des marchés financiers autorise l'échange d'informations entre les autorités étrangères, tout en leur permettant d'accomplir leurs tâches officielles en dehors d'une procédure contentieuse au sens de la PA ou à un stade préliminaire de celle-ci. On entend par procédure non contentieuse la préparation et l'émission de décisions par des autorités administratives de première instance. On entend, en revanche, par stade préliminaire d'une procédure administrative, le stade avant l'ouverture d'une procédure administrative formelle<sup>12</sup>. Or, cet élément permet de différencier l'entraide administrative de l'entraide judiciaire qui se déroule toujours dans le cadre d'une procédure judiciaire pendante ou imminente (procédure civile, pénale ou administrative)<sup>13</sup>. La notion d'entraide administrative internationale est utilisée pour définir la coopération entre les autorités étatiques en dehors d'une procédure administrative litigieuse. Or, cette coopération n'a pas forcément lieu dans le cadre d'une procédure administrative qui se termine par le prononcé d'une décision. Cette description peut prêter à confusion, car l'entraide administrative se déroule souvent en amont d'une procédure administrative contentieuse<sup>14</sup>.

Ci-après, nous analyserons quel est le cadre normatif de l'entraide administrative internationale actuel.

## **2. Interprétation littérale de l'art. 42 de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA)**

L'art. 42 LFINMA a été adopté le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et représente une norme uniforme pour la coopération internationale en matière d'entraide avec les autorités étrangères de surveillance des marchés, dans la mesure où elle s'applique à toutes les lois en matière de marchés financiers si rien d'autre n'est prévu dans une *lex specialis* (l'art. 38 LBVM et l'art. 141 LPCC représentent des *lex specialis*). Relevons qu'au-delà de la coopération internationale, cette disposition permet également à la FINMA d'exercer la surveillance, sur les marchés financiers, de ses assujettis et de leurs activités à l'étranger.

---

<sup>11</sup> ALTHAUS (2001), p. 30, traduction libre de l'allemand.

<sup>12</sup> ALTHAUS (2001), p. 3, traduction libre de l'allemand.

<sup>13</sup> SCHAAD ad Art. 42 FINMAG N 21, traduction libre de l'allemand.

<sup>14</sup> ALTHAUS (2001), p. 4, traduction libre de l'allemand.

## **L'art. 42 LFINMA a la teneur suivante :**

*«<sup>1</sup> La FINMA peut demander à des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers de lui transmettre les informations et les documents nécessaires à l'application des lois sur les marchés financiers.*

*<sup>2</sup> La FINMA ne peut transmettre à des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents non accessibles au public que si ces autorités sont liées par le secret de fonction ou par le secret professionnel et qu'elles remplissent les conditions suivantes :*

*a) elles utilisent ces informations exclusivement à des fins de surveillance directe d'établissements étrangers;*

*b) elles transmettent ces informations à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public uniquement avec l'autorisation préalable de la FINMA ou en vertu d'une autorisation générale prévue dans un traité international.*

*<sup>3</sup> La FINMA ne donne pas son autorisation lorsque les informations doivent être transmises à des autorités pénales et que l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue. Elle statue en accord avec l'Office fédéral de la justice.*

*<sup>4</sup> Lorsque les informations transmises par la FINMA concernent un client, la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable. »*

Il sied de relever que l'entraide administrative en matière de marchés financiers au sens de l'art. 42 LFINMA se limite à l'échange d'informations. Partant, seule la collecte d'informations est visée par cet article, d'autres mesures comme par exemple l'exécution d'actes étrangers en Suisse ne font pas l'objet de l'entraide administrative. Néanmoins, la FINMA peut, sur la base des informations obtenues dans le cadre de l'entraide administrative internationale et conformément à ses pouvoirs, engendrer des mesures qui relèvent de sa compétence<sup>15</sup>.

### **2.1 La FINMA comme autorité requérante**

L'art. 42 al. 1 LFINMA pose le principe selon lequel l'autorité de surveillance peut demander l'entraide aux autorités étrangères de surveillance dans la mesure où cela est nécessaire à l'application des lois sur les marchés financiers. Il convient dans un premier temps de déterminer de quelles informations il s'agit. Selon SCHAAD<sup>16</sup>, ces informations ne sont pas utilisées uniquement aux fins de la surveillance directe des instituts financiers, mais aussi à l'exécution des lois des marchés financiers et des dispositions d'application y afférentes. Par conséquent, la FINMA ne peut pas demander des informations qui ne sont pas liées à la surveillance de ses assujettis ou des marchés financiers en général.

L'entraide administrative internationale ne représente néanmoins pas l'unique et seule possibilité pour la collecte d'informations à l'étranger. Il est possible, dans certains cas, de

---

<sup>15</sup> SCHAAD ad Art. 42 FINMAG N 17.

<sup>16</sup> SCHAAD ad Art. 42 FINMAG N 35.

s'adresser directement à la maison mère, sise en Suisse, d'un groupe pour lequel la FINMA exerce la surveillance consolidée (art. 4<sup>quinquies</sup> LB)<sup>17</sup>.

Selon LOMBARDINI, « [...] compte tenu du développement de plus en plus grand du droit de l'entraide administrative, le droit de l'autorité de surveillance suisse d'obtenir des renseignements en s'adressant directement à la maison mère doit être utilisé uniquement si l'urgence ou la législation étrangère ne permettent pas d'obtenir les renseignements désirés [...] »<sup>18</sup>. Nous partageons l'avis de cet auteur, dans la mesure où il faudrait faire usage de cette possibilité avec retenue et uniquement dans des cas où l'entraide administrative n'est pas envisageable.

## 2.2 L'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers comme autorité requérante

Selon l'art. 42 al. 2 LFINMA, certaines conditions doivent être remplies avant que la FINMA puisse accorder l'entraide administrative internationale. Cette disposition prévoit notamment que l'entraide peut être accordée aux autorités étrangères de surveillance des banques et des marchés financiers.

Il convient tout d'abord de déterminer comment le terme « *autorité* » doit être compris au sens de cette disposition. En effet, il n'existe pas une définition légale de la notion d'autorité de surveillance des marchés financiers. Le matériel législatif concernant l'adoption de la LFINMA et la disposition légale antérieure relative à l'assistance administrative dans la LB<sup>19</sup> ne permettent pas de tirer d'autres conclusions. La doctrine, quant à elle, soutient que la notion d'*autorité* vise uniquement les autorités de surveillance de marchés financiers à l'exclusion de toute autre autorité. Partant, il doit s'agir d'une autorité qui exerce des fonctions de surveillance dans un marché financier<sup>20</sup>.

La banque de données terminologiques de l'administration fédérale TERMDAT définit la notion d'autorité de la manière suivante :

*« Organe de l'Etat (Confédération, canton) ou d'une unité administrative autonome (district, commune) qui se charge des tâches de l'administration publique de l'Etat ou de l'unité administrative et qui les représente dans son domaine de compétence envers l'extérieur. »*<sup>21</sup>

Quant à la compétence de l'autorité étrangère de surveillance des marchés, celle-ci doit disposer d'une compétence de surveillance qui lui a été conférée par la loi. La FINMA, par exemple, doit veiller à ce que les lois des marchés financiers soient respectées (art. 6 LFINMA). De plus, elle doit protéger les investisseurs, les créanciers et les assurés et doit assurer le bon fonctionnement des marchés financiers (art. 5 LFINMA). Au surplus, la FINMA remplit ses missions légales de surveillance en recourant aux instruments de l'autorisation, de la surveillance, de l'enforcement et de la réglementation (art. 24 ss. LFINMA). Dans ce

<sup>17</sup> SCHAAD ad Art. 42 FINMAG N 15.

<sup>18</sup> LOMBARDINI, p. 258, n° 116.

<sup>19</sup> La première base légale formelle pour l'assistance administrative a été créée en 1994 avec l'introduction de l'art. 23<sup>sexies</sup> LB (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1995). Cette disposition a été remplacée en 2007 par l'art. 42 LFINMA (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009).

<sup>20</sup> SCHAAD ad Art. 42 FINMAG N 50.

<sup>21</sup> On consultera à ce titre : « <https://www.termdat.bk.admin.ch/Search/Search> » (12.9.2014).

contexte, elle poursuit une approche orientée sur le risque et veille à ce que l'ensemble de ses activités soit placé sous le signe du professionnalisme, de la continuité et de la prévisibilité<sup>22</sup>.

Les compétences de l'autorité étrangère ne doivent pas exactement correspondre à celles de la FINMA. Etant donné qu'il existe des multiples possibilités de configuration organisationnelle, cette solution n'est pas envisageable. D'ailleurs, il ressort d'une jurisprudence de notre Haute Cour qu'outre leurs fonctions de surveillance, les autorités de surveillance étrangères peuvent accomplir d'autres tâches.<sup>23</sup> Ce qui est déterminant, c'est que l'autorité exerce des véritables tâches de surveillance publique, quand bien même celles-ci représentent un rôle secondaire dans la pratique, comme c'est par exemple le cas pour les banques centrales<sup>24</sup>.

ALTHAUS retient que: « [...] Aufgrund unterschiedlicher ausgestalteter Aufsichtssysteme und mangels einer materiellen Rechtsvereinheitlichung kann für die Durchführung der Amtshilfe weder verlangt werden, dass die materiellen ausländischen Aufsichtsbehörden exakt dieselben Aufgaben wie die EBK wahrnehmen. Spiegelbildliche Amtshilfebestimmungen sind keine Amtshilfevoraussetzungen. Bedingung ist allerdings, dass die ausländische Behörde aufgrund von Gesetzen handelt, welche grosso modo den gleichen Zwecken dienen [...] »<sup>25</sup>.

Nous partageons l'avis de cet auteur dans la mesure où, dans la pratique, les fonctions des autorités de surveillance étrangères varient et par conséquent la qualité d'autorité doit être examinée au cas par cas. A titre d'exemple, la *Securities Exchange Commission (SEC)* américaine et la *Financial Conduct Authority (FCA)* anglaise ont des pouvoirs de décerner des sanctions pénales, ce qui n'est pas le cas pour la FINMA. Elles ont aussi la compétence de prononcer un gel des avoirs bancaires et des sanctions pécuniaires, contrairement à la FINMA qui ne possède pas à l'heure actuelle ces compétences.

### 2.3 Informations et documents non accessibles au public

L'art. 42 al. 2 LFINMA sous son libellé actuel comprend uniquement la transmission d'informations et de documents non accessibles au public. La transmission d'informations publiquement disponibles à des autorités de surveillance étrangères n'est *a contrario* soumise à aucune restriction légale. Il sied également de relever que, sans une requête formelle, la FINMA n'accorde pas l'entraide administrative et se limitera à transmettre à l'autorité requérante uniquement des informations publiquement accessibles<sup>26</sup>.

La sphère de protection de l'art. 42 LFINMA est identique à celle de l'art. 14 LFINMA (secret de fonction). L'obligation de garder le secret tout comme la restriction à la transmission d'informations valent en premier lieu pour toutes les données qui ne sont ni généralement accessibles au public, ni connues par ce dernier, et pour lesquelles soit la FINMA, soit des tiers étant dans une relation juridique avec la FINMA ont un intérêt objectif justifiant un

---

<sup>22</sup> AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA) / Objectifs stratégiques de la FINMA 2013 - 2016, p. 6, on consultera à ce titre :  
«[http://www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/strategische\\_ziele\\_finma-2013-2016-f.pdf](http://www.finma.ch/f/finma/publikationen/Documents/strategische_ziele_finma-2013-2016-f.pdf)» (12.9.2014).

<sup>23</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.234/2000 du 25 avril 2001, consid. 4a, relatif à l'autorité de surveillance australienne *Australian Securities & Investments Commission (ASIC)* disposant également de compétences en droit de la concurrence.

<sup>24</sup> Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) vom 15. Juni 1992, BBl 1992 V 520, S. 711; arrêt du Tribunal fédéral 2A.276/2002 du 9 janvier 2003 consid. 1.1.2.

<sup>25</sup> ALTHAUS, p. 940.

<sup>26</sup> SCHAAD ad Art. 42 FINMAG N 50.

traitement confidentiel des informations<sup>27</sup>. Toutes les données qui ont été rendues accessibles par la FINMA<sup>28</sup> ou ses assujettis, comme par exemple des extraits du registre de commerce électronique ou des informations figurant sur le site internet de la FINMA, doivent être qualifiées de publiquement accessibles.

A la lumière de ce qui précède, il est évident que la qualification d'information publiquement accessible ainsi que l'obligation de confidentialité reposent les deux sur des critères objectifs et que la volonté subjective de l'assujetti n'est pas déterminante aux termes de l'art. 42 al. 2 LFINMA. A ce stade, nous nous interrogeons sur la possibilité pour l'assujetti de donner son accord explicite à la transmission des informations aux autorités étrangères. En effet, si les conditions de l'art. 42 al. 2 LFINMA ne sont pas remplies, nous sommes de l'avis que l'on devrait également tenir compte de la volonté subjective de l'assujetti et lui permettre de transmettre les informations à l'autorité étrangère requérante sur une base volontaire en obtenant par exemple une confirmation écrite de sa part.

## 2.4 Secret de fonction

L'art. 42 al. 2 LFINMA prévoit que la transmission d'informations à des autorités étrangères est possible uniquement si ces dernières « *sont liées par le secret de fonction ou par le secret professionnel* ». Il s'ensuit que l'autorité requérante doit être tenue au secret de fonction ou au moins au respect des consignes de confidentialité prévues dans une loi<sup>29</sup>. Si l'on analyse le matériel relatif aux dispositions antérieures à la LFINMA, on remarquera que la même approche avait été adoptée lors de la modification de la LB « *Die Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen darf nur an solche ausländischen (Erst-) Empfängerbehörden erfolgen, die ans Amts- bzw. im Falle von privaten Organisationen mit hoheitlichen Aufsichtsfunktionen ans Berufsgeheimnis gebunden sind* »<sup>30</sup>.

A ce stade, nous nous interrogeons sur la possibilité de déterminer si une autorité étrangère respecte le secret de fonction. Dans un premier temps, il faut vérifier si l'autorité requérante dispose d'une base légale formelle régissant le secret de fonction. Pour ce qui est des Etats signataires d'accords bilatéraux ou multilatéraux, comme par exemple le MMoU de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), en règle générale le respect du secret de fonction est présumé, car c'est une condition *sine qua non* à la conclusion de ce genre d'accord<sup>31</sup>. L'autorité étrangère qui ne dispose pas d'une base légale formelle et qui n'est pas signataire d'un accord bilatéral ou multilatéral pourra préalablement fournir une déclaration formelle de *best effort* par laquelle elle s'engage à traiter les informations reçues de manière confidentielle. Nous exposerons cette question de manière plus approfondie lors de l'analyse des conditions de l'entraide administrative au chapitre II.

Pour ce qui est de la FINMA, le secret de fonction est réglé à l'art. 14 LFINMA. Cette disposition prévoit notamment que « *le personnel et les organes de la FINMA sont tenus de garder le secret sur les affaires du service* ». Rappelons aussi qu'à teneur de l'art. 320 CP, la violation du secret de fonction est pénalement répréhensible. Pour conclure sur ce point,

<sup>27</sup> BSK FINMAG-URBACH/WIDMER ad Art. 14 FINMAG N 2.

<sup>28</sup> Conformément à l'art. 22 LFINMA, la FINMA a la compétence et le devoir d'entreprendre des telles publications.

<sup>29</sup> SCHAAD ad Art. 42 FINMAG N 61.

<sup>30</sup> Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) vom 15. Juni 1992, BBl 1992 V 520, S. 711.

<sup>31</sup> ORGANISATION INTERNATIONALE DES COMMISSIONS DE VALEURS (OICV) / Cf. art. 11 let. b du IOSCO MMoU, on consultera à ce titre : « <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD386.pdf> » (12.9.2014).

mentionnons encore que le secret de fonction concerne les fonctionnaires<sup>32</sup> et les membres d'une autorité.

## 2.5 Utilisation des informations

Selon l'art. 42 al. 2 let. a LFINMA, les informations et documents non accessibles au public doivent « être utilisés exclusivement à des fins de surveillance directe d'établissements étrangers ». La formulation « surveillance directe » est articulée de manière ouverte et il n'existe pas à l'heure actuelle une définition précise de cette notion dans la LFINMA.

Quant à la jurisprudence, elle n'a jusqu'à présent pas eu l'occasion de clarifier cette notion. Dans les standards internationaux, le mot « surveillance » ou « supervision » semble avoir plusieurs significations. La doctrine invoque entre autres le *risk management*, le processus de contrôle et l'obligation d'annoncer des assujettis<sup>33</sup>.

Pour ce qui est de la surveillance exercée par la FINMA, les dispositions légales en matière d'entraide doivent permettre à cette dernière d'accomplir sa mission légale de surveillance de manière efficace<sup>34</sup>. Cela comporte d'une part, l'obtention des informations nécessaires afin d'exercer sa propre activité de surveillance et, d'autre part, la transmission d'informations à ses homologues étrangers afin que ces derniers puissent surveiller les activités des intervenants sur leurs marchés.

A la lumière de ce qui précède, il nous semble que la notion de « surveillance » doit être comprise de manière dynamique. Elle doit en outre comprendre les mesures nécessaires à l'accomplissement des tâches légales de surveillance des autorités de surveillance des marchés financiers.

En ce qui concerne le mot « directe », il est possible d'effectuer une interprétation à l'aide du matériel législatif disponible d'une part et de la systématique et de la genèse de la loi d'autre part. Le message de la norme précédente, à savoir l'art. 23<sup>sexies</sup> al. 1 dans l'ancienne loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, prévoyait que la pure mise en œuvre de dispositions en matière de surveillance des marchés (comme par exemple l'interdiction des délits d'initiés, de la manipulation du marché ainsi que l'obligation de déclarer les participations pour les sociétés cotées en bourse) ne faisait pas partie de la surveillance à proprement parler. En revanche, cette ancienne disposition prévoyait par exemple la possibilité d'accorder l'entraide administrative concernant un négociant de valeurs mobilières étranger ou une société exerçant une possible activité non autorisée<sup>35</sup>.

Si l'on opère une comparaison systématique avec l'art. 38 LBVM, on peut en déduire que l'art. 42 al. 2 LFINMA se limite à la surveillance directe d'établissements<sup>36</sup>. En d'autres termes, dans l'art. 42 LFINMA le critère de rattachement est l'institut lui-même tandis que dans l'art. 38 LBVM c'est l'activité du négociant de valeurs mobilières qui rentre en ligne de compte.

---

<sup>32</sup> L'art. 110 al. 3 CP définit la notion de fonctionnaire de la manière suivante : « Par fonctionnaires, on entend les fonctionnaires et les employés d'une administration publique et de la justice ainsi que les personnes qui occupent une fonction publique à titre provisoire, ou qui sont employés à titre provisoire par une administration publique ou la justice ou encore qui exercent une fonction publique temporaire. »

<sup>33</sup> BSK FINMAG-SCHAAD ad Art. 42 FINMAG N 53.

<sup>34</sup> Cf. art. 6 al. 2 LFINMA.

<sup>35</sup> Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) vom 15. Juni 1992, BBl 1992 V 520, S. 711.

<sup>36</sup> BSK FINMAG-SCHAAD ad Art. 42 FINMAG N 62.

Il est important de souligner que l'art. 42 LFINMA permet uniquement la transmission d'informations aux fins de la surveillance d'institutions étrangères. Cela inclut en premier lieu les groupes étrangers et les institutions surveillées. Les sociétés filles étrangères et les succursales d'institutions suisses entrent également dans le champ d'application de cette disposition. En revanche, le libellé de la loi ne comprend pas les institutions suisses actives sur des marchés étrangers mais n'ayant aucune présence physique sur place. L'art. 42 LFINMA a été introduit – contrairement à l'art. 38 LBVM – aux fins de la surveillance directe et prudentielle des institutions financières. Le fait qu'un institut suisse s'enregistre auprès d'une autorité étrangère afin d'obtenir par exemple une licence pour fournir des services à l'étranger ne fait pas de lui un institut étranger.

## 2.6 Retransmission des informations

A titre liminaire, nous aimerions préciser que la question de la retransmission sera traitée de manière plus approfondie au chapitre IV du présent mémoire. Ci-après, nous nous bornerons à présenter sommairement la retransmission d'informations aux termes de l'art. 42 al. 2 let. b LFINMA.

L'art. 42 al. 2 let. b LFINMA traite de la retransmission des informations à une autorité tierce. D'après cette disposition, une retransmission peut se faire uniquement « [...] à des autorités compétentes et des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public uniquement avec l'autorisation préalable de la FINMA ou en vertu d'une autorisation générale prévue dans un traité international ».

Il convient de souligner que la loi ne contient aucune exigence quant à la qualité de l'autorité réceptrice des informations. Le libellé de la disposition prévoit uniquement que l'autorité doit avoir des « fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public ». Toutefois dans le matériel relatif aux dispositions transitoires de l'entraide administrative, on trouve des indices démontrant qu'une retransmission est envisageable uniquement si les informations sont retransmises à des autorités de surveillance des marchés financiers remplissant les mêmes conditions que celles prévues à l'art. 42 al. 2 let. b LFINMA<sup>37</sup>.

La doctrine, quant à elle, se réfère à des autorités de surveillance et des autorités non étatiques comme des réviseurs, des liquidateurs et des chargés d'enquêtes. Par ailleurs, elle estime que des organes de la bourse ou des organisations d'autorégulation peuvent représenter une deuxième autorité requérante<sup>38</sup>. La retransmission de données à des autorités n'exerçant aucune fonction de surveillance, comme par exemple des tribunaux, est exclue. Toute retransmission d'informations nécessite l'accord préalable de la FINMA. Une retransmission automatique d'informations à une autre autorité est dès lors exclue. Il sied de relever que la loi ne détermine pas à quel moment et dans quelle forme l'autorité étrangère doit requérir l'autorisation de la FINMA pour retransmettre les informations à une autorité tierce.

---

<sup>37</sup> Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) vom 15. Juni 1992, BBl 1992 V 520, S. 711.

<sup>38</sup> BSK FINMAG-SCHAAD ad Art. 42 FINMAG N 125.

### 3. Interprétation littérale de l'art. 38 de la loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM)

L'art. 38 LBVM permet la transmission d'informations publiquement non-accessibles à des autorités de surveillance des marchés financiers étrangères. D'un point de vue historique, il sied de relever que cet article a été révisé en 2006 afin de permettre à l'ancienne Commission des banques d'entamer des négociations pour être admise au IOSCO MMoU. Cette disposition, qui prévoit des allègements pour fournir l'entraide administrative en matière boursière, avait à l'époque été présentée comme une *lex specialis* par rapport à l'art. 42 LFINMA conçu de manière plus restrictive<sup>39</sup>. L'art. 38 LBVM permet la transmission des informations qui ne concernent pas uniquement la surveillance des marchés financiers pour assurer « *la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières* ». Si les autorités poursuivent ce même but, la FINMA peut autoriser « *la retransmission à d'autres autorités, tribunaux ou organes* » et cela sans que les conditions de l'entraide en matière judiciaire doivent être remplies (sans l'aval de l'Office fédéral de la justice).

#### L'art. 38 LBVM a la teneur suivante :

*« 1 La FINMA peut demander aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers de lui transmettre les informations et les documents nécessaires à la mise en œuvre de la présente loi.*

*2 Elle ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents liés à l'affaire non accessibles au public que si :*

*a) ces informations sont utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes;*

*b) les autorités requérantes sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel, les dispositions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées.*

*3 Lorsque les informations que doit transmettre la FINMA concernent des clients de négociants, la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable, sous réserve des al. 4 et 5.*

*4 La procédure d'assistance administrative est menée avec diligence. La FINMA respecte le principe de la proportionnalité. La transmission d'informations concernant des personnes qui, manifestement, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête est exclue.*

*5 La décision de la FINMA de transmettre des informations à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers peut, dans un délai de dix jours, faire l'objet d'un*

<sup>39</sup> Message du 1<sup>er</sup> février 2006 concernant la loi fédérale de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741, p. 2758 *in fine* et p. 2759.

*recours devant le Tribunal administratif fédéral. L'art. 22a de la loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative fédérale n'est pas applicable.*

*<sup>6</sup> La FINMA peut autoriser, en accord avec l'Office fédéral de la justice, la retransmission des informations à des autorités pénales à d'autres fins que celles mentionnées à l'al. 2, let. a, à condition que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue. La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable. »*

### **3.1 La FINMA comme autorité requérante**

Aux termes de l'art. 38 al.1 LBVM, la FINMA peut demander à des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers de lui transmettre des informations et documents nécessaires pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières. Comme le démontrent les statistiques relatives à l'assistance administrative relative à l'année 2013, la FINMA fait usage de cette possibilité.

En effet, en 2013 la FINMA a adressé 55 requêtes d'entraide administrative aux autorités de surveillance étrangères<sup>40</sup>. Les requêtes d'entraide de la FINMA sont souvent liées à des procédures portant sur l'exercice non autorisé d'une activité bancaire ou de négoce ou à de possibles violations d'obligations d'annonce de participations.

### **3.2 Principes de la spécialité et de la confidentialité**

A teneur de l'art. 38 al. 2 let. a et b LBVM, la FINMA peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents liés à l'affaire non accessibles au public, à condition que (let. a) ces informations soient utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières ou soient retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (principe de la spécialité) et que (let. b) les autorités requérantes soient liées par le secret de fonction ou le secret professionnel, les dispositions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées (exigence de la confidentialité). Nous reviendrons sur l'analyse de ces deux principes plus tard dans cette étude.

A ce stade de l'exposé, il y a lieu de retenir principalement que les autorités étrangères doivent satisfaire pleinement aux exigences de confidentialité et de spécialité imposées par la LBVM afin que l'entraide administrative puisse leur être accordée<sup>41</sup>. Par ailleurs, c'est la réalisation de ces deux conditions qui sera analysée en premier lieu lorsque la FINMA doit se prononcer sur l'entrée en matière d'une requête d'entraide administrative.

---

<sup>40</sup> AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA) / Rapport annuel de la FINMA 2013, statistiques de l'entraide internationale, p. 77, on consultera à ce titre : «[http://www.finma.ch/gb2013/index\\_fr.html](http://www.finma.ch/gb2013/index_fr.html)» (12.9.2014).

<sup>41</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.13/2007 du 3 septembre 2007, consid. 5.

### 3.3 Procédure applicable

D'après l'art. 38 al. 3 LBVM, lorsque des informations concernant des clients de négociants sont susceptibles d'être transmises, c'est la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) qui s'applique. Par conséquent, les clients concernés peuvent exiger de la FINMA qu'elle rende une décision quant à la transmission à l'autorité étrangère des informations et documents les concernant (art. 38 al. 5 LBVM). Cette décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral administratif en instance unique dans un délai de 10 jours. En revanche, lorsque les informations et documents qui doivent être transmis aux autorités étrangères ne concernent pas des clients de négociants, la procédure administrative ne s'applique pas (art. 38 al. 3 LBVM *a contrario*). Ce sujet sera expressément traité au chapitre III du présent mémoire, relatif à la procédure d'entraide administrative.

L'art. 38 al. 4 LBVM prescrit que la « *procédure d'assistance administrative doit être menée avec diligence* » ce qui implique que les fêtes judiciaires ne sont pas applicables à la procédure d'entraide (art. 38 al. 5 LBVM par renvoi à l'art. 22a PA). Par ailleurs, la FINMA doit respecter le principe de la proportionnalité.

### 3.4 Retransmission

Enfin en dernier lieu, l'art. 38 al. 6 prévoit la possibilité pour la FINMA de retransmettre des informations et documents à des autorités pénales à d'autres fins que celles mentionnées à l'alinéa 2, à savoir la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, pour autant que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue. Selon la jurisprudence du TF<sup>42</sup>, cette condition est remplie si une double incrimination est donnée. Cela signifie que pour qu'une retransmission puisse avoir lieu, les faits reprochés ne doivent pas seulement être pénalement répréhensibles à l'étranger mais également en Suisse.

## 4. Interprétation littérale de l'art. 141 de la loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC)

L'art. 141 LPCC avait originalement été abrogé avec l'introduction de la LFINMA. Dans le cadre des travaux préparatoires pour la transposition de la directive européenne sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (AIFMD)<sup>43</sup>, on s'est aperçu que l'art. 42 LFINMA ne satisfaisait pas aux exigences requises dans ce domaine précis. Ainsi, la FINMA n'aurait pas pu transmettre aux autorités de surveillance étrangères des informations concernant des gérants de fortune suisses administrant des placements collectifs de capitaux<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.17/1999 du 30 août 1999, consid. 4.

<sup>43</sup> UNION EUROPÉENNE / Directive 2011/61/EU, *Alternative Investment Fund Managers Directive (AIFMD)*, on consultera à ce titre :  
«[http://ec.europa.eu/internal\\_market/investment/alternative\\_investments/index\\_fr.htm#maincontentSec2](http://ec.europa.eu/internal_market/investment/alternative_investments/index_fr.htm#maincontentSec2)» (12.9.2014).

<sup>44</sup> Message du 2 mars 2012 relatif à la modification de la loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), FF 2012 3383, p. 3423 ss.

Cet état de fait aurait empêché la FINMA de conclure des accords multilatéraux pour l'échange d'informations pourtant exigés par l'AIFMD. Par conséquent, les gérants de fortune externes suisses n'auraient pas pu accéder au marché européen.

**L'art. 141 LPCC a la teneur suivante :**

« *La FINMA peut transmettre à des autorités de surveillance étrangères des marchés financiers des renseignements et des documents non accessibles au public concernant les titulaires d'une autorisation visés à l'art. 13, al. 2, conformément à l'art. 42, al. 2 à 4, de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers, pour autant que ces autorités soient chargées de surveiller l'activité des titulaires sur leur territoire.* »

L'art. 141 LPCC permet la transmission d'informations relatives aux titulaires d'une autorisation suisses à des autorités de surveillance étrangères, à la condition que ces autorités soient chargées de surveiller l'activité de ces titulaires sur leur territoire. Pour le surplus, l'art. 141 LPCC renvoie aux dispositions de l'art. 42 al. 2 à 4 LFINMA.

Comme le relève ARQUINT, le point de départ pour fournir l'assistance administrative sur la base de l'art. 141 LPCC n'est pas la surveillance de l'institut financier en tant que tel par l'autorité étrangère, mais la surveillance de l'activité exercée par les titulaires d'une autorisation<sup>45</sup>.

## **5. Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV)**

L'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) ou *International Organization of Securities Commissions (IOSCO)* existe depuis l'année 1984 et compte près de 200 membres, classés en trois catégories : les membres ordinaires et associés (en règle générale des autorités de surveillance des marchés financiers) et des membres affiliés (avant tout des organismes boursiers).

L'OICV est composé de plusieurs organes. Le comité des présidents (*presidents' committee*) est l'organe suprême et il est aussi le plus ancien, tandis que le conseil de l'OICV (*IOSCO board*) exerce la direction opérationnelle de l'organisation. Il dirige des groupes de travail permanents (*committees*) ainsi que des task forces (*TF*) auxquels sont attribués des mandats spéciaux.

La FINMA est membre de l'OICV depuis l'année 1996 et elle prend activement part aux réunions du Conseil de l'OICV ou du Comité régional d'Europe ainsi qu'à toutes les réunions des comités et des groupes de travail *ad hoc* dont l'activité est très importante pour la Suisse, car c'est dans ces groupes que l'échange d'informations entre autorités est discuté et constamment amélioré.

En 1998, l'OICV a en outre publié les « *Objectives and Principles of Securities Regulation* » contenant les principes et les objectifs en matière de régulation et de négoce de titres qui sont reconnus à une échelle mondiale. Ces principes poursuivent les objectifs suivants : la protection des investisseurs, la garantie des marchés équitables, efficaces et transparents, la

---

<sup>45</sup> ARQUINT, p. 134.

prévention des risques systémiques, le renforcement de la coopération internationale et l'établissement de normes uniformes en matière de surveillance des marchés<sup>46</sup>.

## 5.1 Multilateral Memorandum of Understanding and Cooperation (IOSCO MMoU)

En 2002, l'OICV a élaboré l'accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations entre les commissions de valeurs (*Multilateral Memorandum of Understanding – IOSCO MMoU*)<sup>47</sup>. Il s'agit du premier accord multilatéral en matière de coopération et d'échange d'informations entre autorités de surveillance des marchés financiers à une échelle mondiale<sup>48</sup>.

Il est important de relever que l'affiliation d'un pays au IOSCO MMoU présuppose que la législation et les règlements en vigueur dans le pays candidat permettent un échange d'informations et une coopération efficace. Par conséquent, toute autorité de surveillance des marchés qui souhaite devenir membre du IOSCO MMoU doit d'abord compiler un questionnaire détaillé qui sera examiné par un groupe d'experts du IOSCO *Screening Group*. En cas de préavis favorable du *Screening Group*, ce dernier recommandera l'admission du candidat au IOSCO MMoU. L'adhésion de la Suisse au IOSCO MMoU a longtemps été mise en cause par les autres pays membres suite à la procédure client ancrée à l'art. 38 LBVM. Ce nonobstant, la Suisse est parvenue à devenir signataire A<sup>49</sup> du IOSCO MMoU en janvier 2010<sup>50</sup>.

Bien que le IOSCO MMoU représente une déclaration d'intention non contraignante d'un point de vue juridique, son respect est de la plus grande importance pour la Suisse afin de garantir l'accès aux marchés financiers et l'échange d'informations avec les autorités étrangères. A ce propos, ALTHAUS a analysé la nature non contraignante de cet accord et parvient à la conclusion suivante:

« [...] Ohne gesetzlich verankerte Staatsvertragskompetenz und ohne Genehmigung durch das Parlament verbleibt dem Bundesrat immer noch die Kompetenz zum Abschluss von sogenannten « internationalen Instrumenten » ohne obligatorische Rechtsfolgen wie beispielsweise « Memoranda of Understanding » [...]. Memoranda of Understanding begründen für die Schweiz weder neue völkerrechtliche Pflichten noch haben sie den Verzicht auf bestehende Rechte zur Folge, so dass die Bundesversammlung nach konstanter Praxis nicht mitzuwirken hat [...]. »<sup>51</sup>

<sup>46</sup> ORGANISATION INTERNATIONALE DES COMMISSIONS DE VALEURS (OICV), on consultera à ce titre : «<https://www.finma.ch/f/finma/internationales/gremien/iosco/pages/default.aspx>» (12.9.2014) ; NOBEL, p. 210, n° 345-346, traduction libre de l'allemand.

<sup>47</sup> ORGANISATION INTERNATIONALE DES COMMISSIONS DE VALEURS (OICV) / IOSCO MMoU (version de mai 2002, révisée en mai 2012), on consultera à ce titre : «<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD386.pdf>» (12.9.2014).

<sup>48</sup> NOBEL, p. 214-215, n° 357, traduction libre de l'allemand.

<sup>49</sup> On opère une distinction entre les signataires de l'Annexe A du IOSCO MMoU qui sont des signataires à part entière et les signataires de l'Annexe B ayant pris l'engagement de signer le IOSCO MMoU et qui devront, de ce fait, changer leur législation en conséquence.

<sup>50</sup> NOBEL, p. 215, n° 358 et n° 360, traduction libre de l'allemand.

<sup>51</sup> ALTHAUS (2001), p. 96.

Le IOSCO MMoU décrit les conditions de base de la coopération entre autorités de surveillance. Il définit notamment <sup>52</sup> :

- *Les cas dans lesquels l'entraide doit être accordée (les délits d'initiés, les manipulations de cours, l'escroquerie au placement, l'enregistrement et l'offre de valeurs mobilières, la surveillance des intermédiaires de marché, des bourses, du clearing et du settlement, le fonctionnement des marchés eux-mêmes, etc.).*
- *L'étendue de l'assistance à fournir, qui inclut notamment la transmission de documents bancaires.*
- *L'utilisation qui peut être faite des informations et documents fournis (cf. par. 10 MMoU). Outre l'objectif présenté dans la demande d'assistance même, cela inclut également la conduite d'une procédure civile ou administrative, la participation aux activités de surveillance d'organismes d'autorégulation, la participation à des poursuites pénales ou la conduite d'une enquête pour toute charge liée à une violation du droit de la surveillance des marchés. L'utilisation envisagée peut comprendre des procédures d'enquête à caractère public. Elle ne peut pas avoir des fins autres que l'application du droit de la surveillance des marchés.*
- *Le traitement confidentiel des demandes présentées et des informations transmises dans le cadre de l'entraide (cf. par. 11 MMoU). Il est précisé ici qu'une autorité requise ne peut divulguer le fait qu'une autorité requérante a présenté une demande qu'après consultation de celle-ci et seulement si cette révélation est nécessaire pour mener à bien la requête.*

Les accords de nature non contraignante peuvent prendre différentes formes comme une déclaration conjointe (*Memorandum of Understanding – MoU*), un échange de lettres, une déclaration unilatérale ou encore un *gentleman's agreement*.

---

<sup>52</sup> AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA) / Rapport de l'entraide administrative de la FINMA, 2009, p. 7, on consultera à ce titre :  
«[http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Amtshilfebericht\\_20090916\\_f.pdf](http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Amtshilfebericht_20090916_f.pdf)» (12.9.2014).

## **II. Conditions de l'entraide boursière**

*A l'origine d'une procédure d'entraide administrative, il y a en règle générale deux éléments : premièrement une requête d'entraide d'une autorité étrangère et deuxièmement l'intervention d'un négociant de valeurs mobilières sur le marché étranger pendant la période sous enquête<sup>53</sup>. Dans un premier temps, nous nous interrogerons sur la compétence de l'autorité étrangère et analyserons ensuite les conditions d'entrée en matière sur une requête d'entraide administrative. Par la suite, nous exposerons les différents délits en matière boursière.*

### **1. Compétence de l'autorité requérante**

Pour que l'entraide administrative puisse être accordée, l'autorité étrangère doit être une autorité de surveillance des marchés financiers. Partant, elle doit jouir d'une compétence générale de droit public pour surveiller, le cas échéant sanctionner, le marché et ses acteurs et en particulier les négociants de valeurs mobilières. Au surplus, l'autorité requérante ne doit pas avoir les mêmes fonctions que l'autorité de surveillance suisse<sup>54</sup>. Par conséquent, il n'est pas exclu d'accorder l'entraide administrative à une autorité qui en sus de son activité de surveillance des marchés accomplit d'autres tâches. Pour le surplus, nous renvoyons le lecteur aux explications relatives à la qualité d'autorité faites au chapitre I, point 2.2 du présent mémoire.

### **2. Principes en matière d'entraide boursière**

L'entraide en matière boursière obéit à une série de règles importantes et indispensables au bon fonctionnement de la coopération internationale. Toutefois, suivant la conception nationale, les dispositions de l'entraide peuvent varier. Partant, l'échange d'informations dépendra de la réglementation nationale qui peut être plus ou moins restrictive. Nous exposerons brièvement ci-après quels sont les principes fondamentaux relatifs à l'entraide administrative suisse.

#### **2.1 Principes de la spécialité et de la confidentialité**

Le principe de la spécialité ancré à l'art. 38 al. 2 let. a LBVM prévoit que les informations soient utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes.

Cette disposition implique que les informations sollicitées par l'autorité requérante doivent être utilisées pour l'accomplissement d'un but bien précis et que toute retransmission à d'autres fins à des autorités tierces sans avoir préalablement obtenu l'accord de la FINMA est exclue.

Le principe de la confidentialité ancré à l'art. 38 al. 2 let. b LBVM prévoit que les autorités requérantes sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel, les dispositions

---

<sup>53</sup> ZULAUF (2009), p. 316, traduction libre de l'allemand.

<sup>54</sup> LOMBARDINI, p. 1098, n° 7.

applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées.

De cette disposition ressortent principalement deux éléments :

En premier lieu, l'autorité doit s'engager à préserver la confidentialité des données en s'abstenant de les transmettre ou de les porter de toute autre manière à la connaissance de tierces personnes sans avoir au préalable obtenu l'accord de la FINMA.

Cet engagement peut être pris dans un échange de lettres de portée générale. Comme le relève LOMBARDINI<sup>55</sup> ces échanges de lettres, aussi appelés engagements de fournir les meilleurs efforts (*best efforts*) par la doctrine,<sup>56</sup> ne représentent pas des accords de coopération bilatéraux (*Memoranda of Understanding*). A ce propos, le TF<sup>57</sup> a affirmé qu'un échange de lettres est suffisant pour garantir l'engagement de l'autorité requérante et de jurisprudence constante,<sup>58</sup> une telle déclaration se révèle suffisante du point de vue de l'art. 38 al. 2 LBVM.

En second lieu, l'art. 38 al. 2 let. b *in fine* LBVM prévoit que « *si l'autorité requérante doit être soumise au secret de fonction ou au secret professionnel, l'entraide peut être accordée alors même que l'autorité requérante peut être tenue d'intenter des procédures qui seraient publiques ou d'avertir le public* »<sup>59</sup>. Cela signifie concrètement que l'autorité étrangère peut à la fin de la procédure publier, par exemple sur son site internet, les sanctions qui ont été prises à l'encontre des personnes visées par la requête d'entraide.

Lorsque l'autorité requérante retransmet les informations obtenues par le biais de l'entraide administrative à des tierces autorités à des fins de réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, la FINMA ne doit pas s'assurer que ces seconds destinataires respectent eux aussi le principe de la confidentialité<sup>60</sup>.

Pour conclure sur ce point, relevons encore que lorsqu'un Etat est membre ordinaire (signataire A) du IOSCO MMoU, cette affiliation implique le respect des principes de confidentialité et de spécialité prévus à l'art. 38 al. 2 let. a et b LBVM.

## **2.2 Analyse des conditions formelles de la requête d'entraide**

A titre liminaire, il sied de relever que les dispositions en matière d'entraide administrative suisses ne prévoient pas d'exigences formelles auxquelles une requête étrangère doit satisfaire.

Dans la pratique, la FINMA procédera à une analyse des conditions formelles de la requête dès la réception de cette dernière. Elle vérifiera notamment si l'autorité requérante est signataire A du IOSCO MMoU. Le cas échéant, l'analyse sera moins approfondie dans la

---

<sup>55</sup> LOMBARDINI, p. 1099, n° 8.

<sup>56</sup> NOBEL, p. 535, par. 245.

<sup>57</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.104/2004 du 5 avril 2004, consid. 2.1.

<sup>58</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-658/2009 du 23 avril 2009, consid. 4 et les références citées.

<sup>59</sup> LOMBARDINI, p. 1098, n° 7.

<sup>60</sup> Message du 10 novembre 2004 concernant la modification de la disposition sur l'assistance administrative internationale de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, FF 2004 6341, p. 6359.

mesure où l'autorité requérante remplit les conditions inhérentes à la qualité d'autorité tout comme celles relatives aux principes de la spécialité et de la confidentialité.

Dans l'éventualité où l'autorité ne devait pas être membre ordinaire du IOSCO MMoU, il sied de vérifier s'il s'agit d'une autorité au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM. Si la qualité d'autorité n'est pas donnée, l'entraide administrative ne pourra pas être accordée et la FINMA n'entrera pas en matière sur la requête d'entraide.

### **2.3 Analyse des conditions matérielles de la requête d'entraide**

Dans un deuxième temps, la FINMA examinera la plausibilité de l'état de fait décrit dans la requête d'entraide. Ce dernier doit être suffisamment clair pour comprendre quels sont les faits à l'origine de la requête. Toutefois, on ne peut pas prétendre de l'autorité requérante qu'elle présente un état de fait exempt de lacunes, car il se peut que l'investigation soit dans un stade préliminaire à l'étranger. Selon la jurisprudence constante, l'état de fait ne doit pas être de manière évidente lacunaire, erroné ou contradictoire.

Le TAF a d'ailleurs récemment admis que l' « [...] *On ne saurait toutefois attendre d'elle [l'autorité requérante] que, à ce stade de la procédure, ledit état de fait ne souffre d'aucune lacune ou d'éventuelles contradictions. En effet, une telle exigence s'avérerait en désaccord avec les buts de l'entraide administrative internationale dès lors que cette dernière vise précisément à clarifier au moyen des informations aux mains de l'autorité requise les éléments obscurs au moment de la requête.* »<sup>61</sup> Enfin dans un autre arrêt, le TAF a soutenu que jusqu'à preuve du contraire, il y a lieu de croire que l'autorité requérante se comporte de bonne foi et qu'elle ne donne pas de fausses informations à la FINMA<sup>62</sup>. Au surplus, conformément au principe de la confiance en droit international public (*völkerrechtliches Vertrauensprinzip*), il n'y a pas lieu de douter des allégations d'une autorité étrangère<sup>63</sup>.

Nous sommes de l'avis que la relation entre les autorités de surveillance des marchés financiers ne permet pas la divulgation d'informations trompeuses voire fausses. Un tel comportement aurait des conséquences néfastes dans le rapport de confiance entre autorités et nuirait à une coopération efficace entre celles-ci.

Les faits allégués peuvent être documentés à l'appui d'articles de presse, de graphiques sur l'évolution du cours du titre sous enquête ou à l'aide de toute autre information utile. Par la suite, la FINMA examinera les bases légales pertinentes sur lesquelles se base l'autorité étrangère pour justifier sa compétence et analysera la période sous enquête. En vertu du principe de la proportionnalité, il est très important que l'enquête se déroule dans une période déterminée ou déterminable.

Dans sa requête, l'autorité doit indiquer clairement quelles sont les informations et la documentation qu'elle souhaite obtenir. Au surplus, elle doit désigner les banques, les intermédiaires financiers ou les assujettis auxquels la FINMA doit s'adresser.

En revanche, il n'est pas nécessaire que l'autorité mentionne nommément dans la requête d'entraide les personnes ou les sociétés sous enquête. Une procédure d'entraide administrative portant sur un possible délit d'initié vise précisément à découvrir l'identité de la personne ayant pris la décision d'achat ou de vente du titre sous enquête. En effet, l'autorité

<sup>61</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6872/2013 du 3 mars 2014, consid. 6.2 et les références citées.

<sup>62</sup> BVGE 2011/14 consid. 2 et les références citées.

<sup>63</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2700/2013 du 2 juillet 2013, consid. 2 et les références citées.

étrangère veut découvrir qui est le donneur d'ordre des transactions et, le cas échéant, déterminer si la personne a agi en détenant une information privilégiée ou pas.

Les requêtes d'entraide soumises par des Etats membres du IOSCO MMoU doivent remplir les exigences matérielles prévues par l'Annexe C du IOSCO MMoU.

Si la requête d'entraide devait s'avérer insuffisante ou non conforme à l'Annexe C du IOSCO MMoU, la FINMA invite en règle générale l'autorité requérante à compléter la requête et/ou à lui fournir les informations manquantes. Si, nonobstant cette sollicitation, la FINMA n'obtient pas les informations lui permettant d'entrer en matière sur le fond, elle informe l'autorité étrangère qu'elle ne pourra donner suite à sa demande.

De plus, le IOSCO MMoU<sup>64</sup> prévoit que l'autorité requise peut rejeter une demande d'assistance dans les cas de figure suivants :

- i. si la demande obligerait l'autorité à agir en violation de sa législation nationale ;*
- ii. dans le cas où des poursuites pénales auraient déjà été engagées dans la juridiction de l'autorité requise sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou dans le cas où des sanctions pénales définitives auraient déjà été prises à l'encontre des mêmes personnes et sur la base des mêmes charges par les autorités compétentes de la juridiction de l'autorité requise, à moins que l'autorité requérante puisse démontrer que l'acquittement ou les sanctions recherchées dans le cadre des poursuites qu'elle a entamées ne sont pas de même nature ou ne font pas double emploi avec l'acquittement ou les sanctions obtenus dans la juridiction de l'autorité requise ;*
- iii. dans le cas où la demande ne serait pas faite conformément aux dispositions du MMoU ; ou*
- iv. en raison de l'intérêt public ou d'un intérêt national essentiel.*

## **2.4 Conformité aux critères mentionnés dans l'Annexe C du IOSCO MMoU**

Le IOSCO MMoU définit l'étendue de l'assistance administrative internationale entre autorités<sup>65</sup> :

- a) Les demandes d'assistance doivent être présentées par écrit, sous une forme qui pourra faire l'objet d'un accord de l'OICV, et devront être adressées au service de l'autorité requise ;*
- b) Elles doivent contenir les éléments suivants :*
  - i. une description des faits sur lesquels repose l'enquête faisant l'objet de la demande et les raisons pour lesquelles l'assistance est demandée ;*

<sup>64</sup> ORGANISATION INTERNATIONALE DES COMMISSIONS DE VALEURS (OICV) / IOSCO MMoU (version de mai 2002, révisée en mai 2012), p. 3, art. 6 let e ss., on consultera à ce titre : «<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD386.pdf>» (12.9.2014).

<sup>65</sup> ORGANISATION INTERNATIONALE DES COMMISSIONS DE VALEURS (OICV) / IOSCO MMoU (version de mai 2002, révisée en mai 2012), p. 5, art. 8, on consultera à ce titre : «<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD386.pdf>» (12.9.2014).

- ii. *une description de l'assistance souhaitée par l'autorité requérante et les raisons pour lesquelles les informations demandées lui seront utiles ;*
  - iii. *toute information connue ou en possession de l'autorité requérante qui pourrait aider l'autorité requise à identifier soit les personnes susceptibles de posséder les informations demandées soit les documents recherchés ou les entités auprès desquelles ces informations pourraient être obtenues ;*
  - iv. *la mention d'éventuelles précautions particulières qui devraient être prises dans le cadre du recueil des informations en raison de considérations liées à l'enquête, et notamment du caractère sensible desdites informations ; et*
  - v. *les lois et réglementations qui ont pu être enfreintes et qui concernent l'objet de la demande.*
- c) *Il est précisé que dans des situations d'urgences, les demandes d'assistance pourront être faites par téléphone ou télécopie, dans la mesure où ces demandes sont confirmées par un document original signé.*

L'annexe C du IOSCO MMoU contient un modèle qui sert d'appui aux autorités pour rédiger leurs requêtes d'entraide. Il contient notamment des éléments pouvant aider à décrire les faits sur lesquels repose l'enquête de l'autorité étrangère et souligne notamment que l'autorité doit indiquer le type d'agissements, la localisation des investisseurs et des marchés concernés, la date, la durée et la nature du comportement suspect ainsi que la localisation d'un institut financier. Au surplus, l'autorité devra notamment expliquer en quoi les informations requises sont susceptibles de contribuer à l'avancement de l'enquête et donner une description des informations recherchées ou du type d'assistance souhaitée<sup>66</sup>.

Dans la pratique, il est assez fréquent qu'une requête d'entraide d'une autorité étrangère ne satisfasse pas ou que partiellement aux critères de l'Annexe C du IOSCO MMoU.

## 2.5 Principe de la proportionnalité et soupçon initial

Aux termes de l'art. 5 al. 2 Cst. féd., le principe de la proportionnalité est un principe général qui s'applique à tous les actes exercés par l'administration publique<sup>67</sup>.

Pour ce qui est de l'entraide administrative, le principe de la proportionnalité à proprement parler n'est pas explicitement prévu à l'art. 38 LBVM. Cependant, le TF déduit le principe de la proportionnalité implicitement de l'art. 38 al. 2 LBVM stipulant qu'« *elle [la FINMA] ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers **des informations et des documents liés à l'affaire** [mis en exergue par l'auteur du présent mémoire] ».*

A titre liminaire, il sied de constater que l'interprétation du principe de la proportionnalité a été analysée de manière très approfondie par le TF. En effet, dans son premier arrêt en matière

<sup>66</sup> ORGANISATION INTERNATIONALE DES COMMISSIONS DE VALEURS (OICV) / IOSCO MmoU (version de mai 2002, révisée en mai 2012), p. 18-19, on consultera à ce titre : «<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD386.pdf>» (12.9.2014).

<sup>67</sup> ALTAUS, p. 176.

d'entraide administrative internationale, le TAF a repris la jurisprudence du TF relative au principe de la proportionnalité et en matière de soupçon initial<sup>68</sup>.

PEYER<sup>69</sup> précise que « [...] der FINMA kommt als ersuchte Behörde lediglich "Hilfsfunktion" bei der Sachverhaltsermittlung zu, sodass sie sich nicht darüber auszusprechen hat, ob der dem Ersuchen zugrunde liegende Verdacht zutrifft [...] ». En effet, la FINMA exerce uniquement une fonction d'auxiliaire. Comme le relève à juste titre ALTHAUS, c'est à l'autorité requérante que revient la direction de la procédure du début à la fin. D'autant plus que l'autorité requise ne connaît qu'une fraction de l'investigation qui se déroule essentiellement à l'étranger. Partant, il serait disproportionné que la FINMA doive se prononcer sur le degré d'importance des informations nécessitées par l'autorité étrangère<sup>70</sup>.

Pour ce qui est de la proportionnalité des informations transmises dans le cadre d'un possible délit d'initié, le TAF a relevé que l'octroi de l'entraide ne viole pas le principe de la proportionnalité même si le recourant affirme avoir effectué ses achats sur la base d'informations publiquement disponibles. Au surplus, le TAF affirme que c'est l'autorité étrangère qui doit décider dans le cadre de sa procédure si le soupçon est fondé ou pas. Il n'incombe pas à l'instance inférieure d'opérer une distinction entre transactions suspectes ou non suspectes : « [...] Da es Aufgabe der ausländischen Behörde ist, über die Begründetheit des Verdachts im Hauptverfahren zu entscheiden, kann die Unterscheidung zwischen verdächtigen und unverdächtigen Transaktionen nicht Aufgabe der Vorinstanz sein [...] »<sup>71</sup>.

En outre, la jurisprudence du TF a établi que « [...] La coopération internationale ne peut être refusée que si les actes requis s'avèrent sans rapport avec d'éventuels dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser l'enquête de sorte que ladite demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve ("fishing expedition") »<sup>72</sup>. En ce qui concerne le terme *fishing expedition*, le TF s'est inspiré de la définition utilisée dans le cadre de l'entraide en matière judiciaire et a affirmé que : « Im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen wird unter fishing expedition eine verpönte Beweisausforschung verstanden, die zur Auffindung von Belastungsmaterial zwecks Begründung eines Verdachts dient, ohne dass zuvor bereits konkrete Anhaltspunkte hierfür nach Gegenstand und Person bestünden [...] »<sup>73</sup>.

A la lumière de ce qui précède et saisie d'une requête d'entraide administrative, la FINMA se limite à examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles distorsions du marché justifiant la requête d'entraide administrative (soupçons initiaux) sans substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité requérante.

Selon la jurisprudence constante du TAF, il convient de ne pas se montrer trop exigeant pour admettre l'existence d'un soupçon initial, car au moment du dépôt de la demande d'entraide par une autorité étrangère, il n'est pas encore possible pour l'autorité requise de déterminer si les informations seront utiles à l'enquête de l'autorité étrangère ou pas.

---

<sup>68</sup> BVGE 2007/28 consid. 5 *in fine* et 6 ss.

<sup>69</sup> PEYER, p. 814.

<sup>70</sup> ALTHAUS (2001), p. 178.

<sup>71</sup> BVGE 2010/26 consid. 5.4.

<sup>72</sup> ATF 129 II 484 consid. 4.1 et les références citées.

<sup>73</sup> ATF 125 II 65 consid. 6b/aa.

« [...] En général, il suffit que l'autorité requérante démontre de manière adéquate que les informations requises sont de nature à servir à l'avancement de son enquête [...]. »<sup>74</sup>

Dans le cadre d'une requête d'entraide de l'ancienne Commission française des opérations de bourse (COB)<sup>75</sup>, le TF a retenu que « [...] La variation du cours des titres en cause et l'augmentation inhabituelle de leur volume d'échange durant une période sensible sont à elles seules suffisantes pour accorder l'entraide administrative [...] »<sup>76</sup>.

A cet égard, TSIMARATOS et SUTTER relèvent que « [...] En examinant les décisions de l'autorité fédérale de recours, on remarque qu'une corrélation temporelle entre les opérations visées et une évolution suspecte du marché ou l'annonce publique d'informations susceptibles d'influencer le cours du titre concerné est suffisante pour fonder une demande d'entraide administrative. C'est précisément cette période – précédant et suivant immédiatement l'annonce d'une information initialement confidentielle durant laquelle de telles variations de cours sont constatées – que la jurisprudence qualifie de "période sensible" [...]. »<sup>77</sup> Le TF a eu l'occasion de préciser que le seul fait que des transactions sous enquête aient eu lieu durant une période dite *sensible* constitue un indice suffisant pour fonder un soupçon initial<sup>78</sup>. Au surplus, dans une jurisprudence récente, le TAF a affirmé que : « [...] La notion de période sensible s'avère constituée d'éléments purement temporels et ne laisse aucune place à la prise en compte de considérations relatives aux raisons pour lesquelles des transactions ont été effectuées durant cette période – examen qui relève exclusivement de la compétence de l'Etat requérant ; ces raisons ne seront appréciées qu'ultérieurement, soit après transmission des informations [...] »<sup>79</sup>.

Partant, aussi longtemps que les personnes concernées par la requête d'entraide ne parviennent pas à affaiblir le soupçon initial de manière manifeste et claire, l'entraide doit être accordée.<sup>80</sup>

Dans une autre jurisprudence, le TF a déterminé que le fait d'avoir profité ou non d'informations sensibles n'est pas l'objet de la procédure d'entraide. Il appartient à l'autorité requérante de vérifier si les informations recueillies confirment ou non le soupçon initial<sup>81</sup>.

Pour récapituler, on peut retenir que, selon la jurisprudence constante d'abord du TF et ensuite du TAF, l'entraide administrative ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'autorité étrangère. L'autorité requise ne doit pas se demander si les renseignements demandés se révèlent nécessaires ou simplement utiles à la procédure à l'étranger. Une telle appréciation est du ressort de l'autorité requérante. D'autant plus que l'autorité requise ne dispose pas de moyens lui permettant de se prononcer sur l'opportunité d'administrer des preuves dans la procédure menée à l'étranger

---

<sup>74</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-168/2008 du 26 mars 2008, consid. 5.1 et les références citées.

<sup>75</sup> La Commission des opérations de bourse (COB) a fusionné en 2003 avec le Conseil des marchés financiers pour former l'Autorité des marchés financiers (AMF) qui est aujourd'hui l'autorité française de surveillance des marchés financiers.

<sup>76</sup> ATF 129 II 484 consid. 4.2 et les références citées.

<sup>77</sup> TSIMARATOS/SUTTER, p. 298.

<sup>78</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4675/2008 du 29 août 2008, consid. 5.1.

<sup>79</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6868/2013 du 3 mars 2014, consid. 6.2.

<sup>80</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.324/2004 du 24 juin 2004, consid. 2.1.

<sup>81</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.491/2004 du 24 septembre 2004, consid. 2.1.

et elle ne saura substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité étrangère chargée de l'enquête<sup>82</sup>.

Nous partageons l'avis de JAQUEMOUD quant au fait que les conditions fixées par la jurisprudence relatives au principe de la proportionnalité et au soupçon initial sont facilement réalisables pour l'autorité requise<sup>83</sup>. Cela dit, il serait contraire au but de l'entraide administrative et au principe de célérité ancré à l'art. 38 al. 4 LBVM d'entraver la transmission des informations aux homologues étrangers en introduisant un contrôle d'opportunité des faits avancés par l'autorité requérante.

## 2.6 Notion de tiers non impliqué

A teneur de l'art. 38 al. 4, « *la transmission d'informations concernant des personnes qui, manifestement, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête est exclue* ». A titre liminaire, il sied de relever que cette interdiction est un cas d'application du principe de la proportionnalité. En règle générale, la FINMA constate d'office l'existence d'un tiers non impliqué et, le cas échéant, elle ne transmet ni des informations, ni des documents le concernant.

Dans un ancien arrêt, le TF avait affirmé que lorsque des transactions avaient eu lieu sur un compte d'un client, ce dernier ne pouvait en aucun cas être considéré comme tiers non impliqué.<sup>84</sup> A ce sujet, il y a eu un revirement de jurisprudence du TF. Dans une jurisprudence plus récente, notre Cour suprême a ainsi affirmé que la transmission de données concernant les clients d'une banque peut être limitée, s'il existe un mandat de gestion de fortune clair et sans équivoque et qu'aucune autre circonstance n'indique que le client, sur le compte duquel les transactions suspectes ont été effectuées, pourrait avoir été mêlé lui-même, d'une manière ou d'une autre, aux transactions litigieuses<sup>85</sup>.

Le fardeau de la preuve incombe au client concerné, dans la mesure où ce dernier doit démontrer de manière évidente et indubitable qu'il n'a nullement été mêlé d'une manière ou d'une autre aux transactions faisant l'objet d'une enquête, mais bien au contraire que celles-ci ont été effectuées à son insu dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire<sup>86</sup>.

Le fait que des personnes ou sociétés ne soient pas nommément mentionnées dans la requête d'entraide administrative ne signifie pas que ces personnes ou sociétés soient des tiers non impliqués au sens de l'art. 38 al. 4 LBVM. La question de savoir si une personne est impliquée dans l'état de fait relaté dans la requête d'entraide par l'autorité étrangère doit être appréciée au cas par cas<sup>87</sup>.

Dans le cadre d'une requête d'entraide de la part de l'*Ontario Securities Commission (OSC)* canadienne, le TF a établi que l'entraide n'était pas disproportionnée même si le client

---

<sup>82</sup> ATF 129 II 484 consid. 4.1 et les références citées.

<sup>83</sup> JAQUEMOUD, p. 226.

<sup>84</sup> ATF 126 II 126 consid. 6a/bb *in fine*.

<sup>85</sup> ATF 127 II 323 consid. 6b/aa ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.12/2007 du 17 avril 2007, consid. 4.2 et les références citées ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-168/2008 du 26 mars 2008, consid. 6.1.

<sup>86</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1589/2008 du 2 juin 2008, consid. 7.1.

<sup>87</sup> ALTHAUS (2001), p. 148, traduction libre de l'allemand.

parvenait à démontrer de manière plus ou moins plausible que les transactions avaient été décidées sur la base d'informations publiques<sup>88</sup>.

La FINMA a posé trois conditions cumulatives afin de déterminer si le client concerné par la requête d'entraide administrative est un tiers non impliqué au sens de l'art. 38 al. 4 LBVM<sup>89</sup> :

- 1) Le client a conclu avec son gérant un contrat écrit de gestion de fortune discrétionnaire bien avant que les transactions litigieuses aient eu lieu<sup>90</sup> ;
- 2) Les transactions ont été faites à l'insu du client par un employé de la banque ou par le gérant de fortune. A titre de pièce justificative, la FINMA demande à obtenir une déclaration idoine et non équivoque du gérant de fortune ;
- 3) Le client n'a pas participé à la prise de décision d'investissement et n'a donné aucune instruction à son gérant. Aucune autre circonstance n'indique que le client sur le compte duquel les transactions ont été effectuées pourrait avoir été mêlé d'une manière ou d'une autre aux transactions.

Le TF a repris les conditions de la FINMA et retient qu'un mandat de gestion discrétionnaire écrit et clair doublé de l'absence de toutes circonstances qui pourraient amener à croire que le client concerné par la requête d'entraide administrative n'a aucunement été mêlé aux transactions en question, permet de retenir la qualification de « tiers non impliqué »<sup>91</sup>.

La notion de tiers non impliqué fait l'objet d'une riche jurisprudence. Ainsi, le TAF a affirmé qu'un client avec les caractéristiques suivantes ne pouvait pas bénéficier de la qualité de tiers non impliqué<sup>92</sup> :

- Le client a fait l'objet de plusieurs requêtes d'entraide administrative dans une période de temps rapprochée ;
- Etant donné la formation et l'activité professionnelle du client, il semble que ce dernier soit un investisseur vraisemblablement capable de juger de l'opportunité des placements effectués;
- Au vu du risque que représentent les transactions effectuées et du montant important investi, il semble invraisemblable que le client n'ait pas été consulté à un moment donné des opérations sous enquête ;
- Un client ayant signé un contrat de gestion de fortune discrétionnaire en faveur d'une société où il exerçait une fonction professionnelle à responsabilité.

---

<sup>88</sup> ATF 128 II 407 consid. 5.2.3 et les références citées.

<sup>89</sup> AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA) / Rapport de l'entraide administrative de la FINMA, 2009, p. 20, on consultera à ce titre :  
«[http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Amtshilfebericht\\_20090916\\_f.pdf](http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Amtshilfebericht_20090916_f.pdf)» (12.9.2014).

<sup>90</sup> Il sied de relever qu'une simple procuration qui permet d'agir sur un compte d'un client n'est pas reconnue par la FINMA comme un contrat de gestion de fortune discrétionnaire.

<sup>91</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1023/2009 du 5 mai 2009, consid. 2.3 et les références citées.

<sup>92</sup> BVGE 2008/66, consid. 7 ss.

Le TAF a eu l'occasion de rappeler que le fait d'avoir été informé *a posteriori* des transactions litigieuses en présence d'un mandat de gestion discrétionnaire ne permet pas d'écarter le soupçon d'une possible implication<sup>93</sup>.

Par ailleurs, le TAF retient en toutes circonstances que des doutes quant à l'implication de la personne prétendument non impliquée dans les décisions d'investissements sont suffisants pour écarter une telle qualification<sup>94</sup>. Cette approche restrictive nous semble justifiée, car si l'autorité requise parvient à la conclusion que le client est un tiers non impliqué, elle transmet uniquement le nom du gérant de fortune qui a donné l'ordre à l'institut financier d'exécuter les transactions.

Néanmoins, cette pratique est en contradiction avec le IOSCO MMoU, car parfois les autorités de surveillance étrangères souhaitent connaître le bénéficiaire final des transactions conformément à l'art. 7 let. b ch. 2 du IOSCO MMoU<sup>95</sup>.

Face à l'autorité requérante, la FINMA pourra uniquement justifier une non-entrée en matière si elle a la certitude que le client n'est pas impliqué dans les transactions douteuses.

### 3. Délits en matière boursière

A titre liminaire, nous aimerions brièvement illustrer les dernières modifications législatives en matière de délits boursiers ayant fait l'objet d'une révision de la loi sur les bourses l'année passée.

Sur le plan pénal, cette révision a étendu et précisé les éléments constitutifs des délits d'initiés tandis que l'infraction de manipulation de cours n'a presque pas subi de modifications. Ces deux infractions pénales ont été transférées du code pénal dans la loi sur les bourses et sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2013<sup>96</sup>.

Le but de cette révision était de renforcer la compétitivité de la place financière suisse et de s'aligner sur les standards internationaux. En effet, afin de se conformer aux recommandations du GAFI, les délits d'initiés et la manipulation de cours sont désormais qualifiés de crime<sup>97</sup>.

Etant donné que ces changements légaux n'entretiennent pas un lien direct avec le sujet de cet exposé, nous n'analyserons ni l'étendue, ni la portée de ces modifications.

En revanche, dans cette partie de l'exposé, nous étudierons les différents délits en matière boursière faisant l'objet des requêtes d'entraide administrative sans toutefois nous attarder sur les dispositions légales suisses ou étrangères en la matière.

<sup>93</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5946/2011 du 25 janvier 2012, consid. 8.2.

<sup>94</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1023/2009 du 5 mai 2009, consid. 6.2.

<sup>95</sup> ORGANISATION INTERNATIONALE DES COMMISSIONS DE VALEURS (OICV) / IOSCO MMoU (version de mai 2002, révisée en mai 2012), p. 4, on consultera à ce titre :  
«<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD386.pdf>» (12.9.2014).

<sup>96</sup> Cf. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES (DFF) / Feuille d'information : *Délits boursiers et abus de marché : révision de la loi sur les bourses*. On consultera à ce titre :  
«[http://www.efd.admin.ch/themen/wirtschaft\\_waehrung/02461/?lang=fr](http://www.efd.admin.ch/themen/wirtschaft_waehrung/02461/?lang=fr)» (12.9.2014).

<sup>97</sup> PFLAUM/WOHLERS, p. 524.

Comme nous avons eu l'occasion de le mentionner, les enquêtes sur de possibles délits d'initiés ou des manipulations de cours sont menées par les autorités étrangères et obéissent par voie de conséquence au droit applicable sur ces marchés. L'autorité requérante s'adresse à son homologue étranger uniquement pour obtenir les informations concernant un négociant en valeurs mobilières qui est intervenu sur le marché pendant la période sous enquête.

Deux conséquences découlent de cette situation :

Premièrement, les dispositions législatives de droit étranger réprimant les comportements abusifs en matière de délits boursiers peuvent différer de la législation en vigueur en Suisse, dans la mesure où la violation de telles dispositions peut être réprimée plus sévèrement qu'en Suisse.

Deuxièmement, l'autorité requérante ne doit pas se pencher sur l'interprétation du droit étranger. A cet égard, le TF a affirmé que les autorités suisses ne doivent pas accepter de participer à des discussions juridiques relatives à l'interprétation du droit étranger<sup>98</sup>.

Le TAF a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence dans le cadre d'une requête d'entraide de la *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin)* allemande en relevant que « [...] *Die korrekte Auslegung und Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des deutschen Aufsichtsrechts ist folglich allein die Aufgabe der BaFin [...]* »<sup>99</sup>.

### 3.1 Délit d'initié

Le principe d'égalité entre investisseurs en matière boursière assure une égalité d'information entre les différents intervenants sur les marchés<sup>100</sup>. *Il y a délit d'initié lorsque l'auteur obtient intentionnellement pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire, soit en exploitant la connaissance qu'il a eue d'un fait confidentiel, soit en portant un tel fait à la connaissance d'un tiers*<sup>101</sup>.

Aux termes des art. 33e al. 1 et 40 LBVM, agit de manière illicite celui qui détient « *une information d'initié* ». Dès lors se pose la question de savoir si ce terme correspond à la notion de « *fait confidentiel* » contenue dans la disposition précédente, l'ancien art. 161 CP. Rappelons que la doctrine qualifie de confidentiel « [...] *un fait qui n'est ni notoire, ni accessible à tout le monde, respectivement tant que le public boursier n'en a pas – par une information officielle ou par d'autres moyens – connaissance. Il n'est connu que d'un nombre limité de personnes en raison des rapports de confiance qu'elles ont avec l'entreprise concernée. Elles ne peuvent exploiter le fait confidentiel à leur profit, ni le communiquer à un tiers [...]*. »<sup>102</sup>

Dans une publication apparue l'année dernière sur les nouveautés en matière de délit d'initié, la doctrine semble admettre que l'objet de l'infraction dans les nouvelles dispositions intégrées dans la LBVM « [...] *sont les informations confidentielles (dites "informations d'initiés") de sociétés suisses et désormais également étrangères admises au négoce d'une bourse ou d'une organisation analogue à une bourse en Suisse dont la divulgation est susceptible*

<sup>98</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.425/2002 du 18 février 2002, consid. 2.2.4 et les références citées.

<sup>99</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2980/2007 du 26 juillet 2007, consid. 6.2 et les références citées.

<sup>100</sup> J. HURTADO POZO, *Droit pénal partie spéciale*, Genève/Zurich/Bâle, 2009, p. 473, n° 1612.

<sup>101</sup> J. HURTADO POZO, *Droit pénal partie spéciale*, Genève/Zurich/Bâle, 2009, p. 474, n° 1618 ; art. 40 al. 1 LBVM.

<sup>102</sup> J. HURTADO POZO, *Droit pénal partie spéciale*, Genève/Zurich/Bâle, 2009, p. 476, n° 1622.

*d'influencer notablement le cours de valeurs mobilières. [Ils rajoutent qu']aucune modification matérielle n'a été apportée à ce sujet par rapport à l'ancien droit [...]»<sup>103</sup>. Partant, il y a lieu d'admettre que l'ancienne qualification de « fait confidentiel » est applicable aux nouvelles dispositions de la LBVM *mutatis mutandis*.*

Une grande partie des requêtes d'entraide administrative adressées à la FINMA par les autorités étrangères portent sur un possible délit d'initié ou autrement dit sur un éventuel abus portant sur l'utilisation d'une information privilégiée. A ce propos, relevons qu'il existe une jurisprudence du TF et par la suite du TAF très riche en la matière. L'une des premières questions que le TF a été amené à trancher était de savoir si le fait d'avoir profité ou non d'informations privilégiées pouvait faire échec à l'accord de l'entraide à l'autorité requérante.

Selon le TF, le fait de procéder à des vérifications, dans le cadre d'un possible délit d'initié, pour savoir si le client a profité ou pas d'informations privilégiées, n'est pas l'objet d'une procédure d'entraide administrative. Il appartient à l'autorité requérante de vérifier si les informations recueillies confirment ou pas le soupçon<sup>104</sup>.

Sur ce point, mentionnons encore que, selon le TF, la question de savoir si l'auteur a commis ou pas un délit d'initié ne constitue pas l'objet de la procédure d'entraide administrative. Au surplus, le fait d'avoir réalisé un gain modeste ne s'oppose pas à l'octroi de l'entraide administrative, car il se peut que l'auteur ait utilisé plusieurs canaux pour effectuer des transactions. Seule l'autorité requérante est en mesure d'effectuer une appréciation des faits sur la base des informations qu'elle obtiendra par le biais de l'entraide administrative<sup>105</sup>. Le TAF, quant à lui, affirme que le fait qu'un client ait vendu au lieu d'acheter des actions avant une annonce conduisant à une hausse du cours n'exclut pas *a priori* le soupçon d'un possible délit d'initié : « [...] *Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden kann nicht a priori davon ausgegangen werden, dass ein Insider-Tatverdacht bereits deswegen auszuschliessen ist, weil es unmittelbar vor angekündigter Übernahme zu Aktienverkäufen und nicht zu Aktienkäufen gekommen ist [...]»<sup>106</sup>.*

En guise de conclusion, il sied de relever que le TAF a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la durée de la période durant laquelle de possibles délits d'initiés peuvent être commis :

*« [...] En l'espèce, les transactions suspectes sont intervenues en novembre 2005, soit peu de temps après le début des négociations en vue d'une cession des actions de l'actionnaire majoritaire. Cette information était indubitablement susceptible d'influer sur l'évolution du cours du titre puisque celui-ci a augmenté de plus de 11% suite à l'officialisation de l'accord de cession de la participation de Y. Les négociations initiées le 13 octobre 2005 constituent donc une information privilégiée. De plus, l'incertitude liée à ladite information privilégiée permet d'admettre l'existence, in specie, d'une période critique d'une longue durée. En effet, les parties en cause n'étaient pas en mesure, en octobre 2005, d'évaluer le temps que nécessiterait la finalisation de l'accord, les pourparlers pouvant aboutir rapidement ou s'étendre sur une longue période comme cela s'est avéré en l'espèce. Dans ces circonstances, il faut admettre que les transactions effectuées par X pour le compte des recourants – et intervenues peu de temps après le début des négociations en vue de la*

<sup>103</sup> M. WEBER/R. LAUBSCHER, Schellenberg Wittwer, avocats in : Newsletter mai 2013, ch. 2.2, on consultera à ce titre : «<http://www.swlegal.ch/Publications/Newsletter/2013-05-Revision-of-the-Stock-Exchange-Act-New-Rul.aspx>» (12.9.2014).

<sup>104</sup> ATF 128 II 407 consid. 5.2.3.

<sup>105</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.50/2005 du 16 mars 2005, consid. 2.3.

<sup>106</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6039/2008 du 8 décembre 2008, consid. 5.1.

*cession de la participation majoritaire de Y – sont en relation temporelle avec les évènements ayant conduit à l'évolution du titre intervenue suite à l'officialisation de l'accord du 13 janvier 2007 [...]. »<sup>107</sup>*

Comme le démontre l'arrêt exposé ci-dessus, la période durant laquelle un possible délit d'initié est commis peut être assez longue.

### **3.2 Manipulation du marché**

Aux termes de l'art. 33f LBVM, la notion de manipulation du marché comporte deux éléments :

En premier lieu, le fait de diffuser publiquement et sciemment des informations dont on sait ou on doit savoir qu'elles sont susceptibles de donner des indications inexactes, imprécises ou trompeuses sur l'offre, la demande ou le cours de valeurs mobilières.

Et en deuxième lieu, le fait d'effectuer des opérations ou des ordres d'achat ou de vente dont on sait ou on doit savoir qu'ils sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses sur l'offre, la demande ou le cours de valeurs mobilières admises au négoce d'une bourse ou d'une organisation analogue à une bourse suisse. En d'autres termes, la manipulation de cours consiste, par une intervention volontaire, à fausser le libre établissement du marché.

En ce qui concerne la jurisprudence en matière de manipulation de marché, le TAF a affirmé qu'au vu d'une importante ressemblance entre l'avantage que l'initié retire de son information privilégiée et l'avantage résultant d'une divulgation d'informations fausses et trompeuses à des investisseurs, la jurisprudence développée en matière de délits d'initiés est également applicable aux délits en matière de manipulation de marché<sup>108</sup>.

*« [...] Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung sinngemäss darlegt, ist das vorliegende Amtshilfeersuchen insofern mit Amtshilfegesuchen wegen Verdachts auf Insiderdelikte vergleichbar, als es auch bei der in Frage stehenden allfälligen Marktmanipulation um ein mögliches regelwidriges Ausnützen eines Informationsvorsprungs geht. Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits in früheren Urteilen festgestellt, dass aufgrund dieser wesentlichen Vergleichbarkeit die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu Amtshilfegesuchen wegen Insiderdelikten analog auch auf Amtshilfegesuche wegen Marktmanipulationen durch irreführende Informationen anwendbar sind (vgl. BVGE 2010/26 E. 5.1, BVGE 2007/28 E. 6.2) [...]. »*

Ci-après, nous traiterons brièvement des différentes formes de manipulation de marché faisant l'objet de requêtes d'entraide administrative et présenterons par la même occasion quelques jurisprudences du TAF en la matière.

---

<sup>107</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1589/2008 du 2 juin 2008, consid. 6.4.

<sup>108</sup> BVGE 2011/14 consid. 5.3.2.

### 3.2.1 Scalping

Le dictionnaire boursier définit la notion de *scalping* de la manière suivante :

« *Form des Vorlaufens, bei der durch einen Anlageberater, Publizisten usw. Eine Kauf- oder Verkaufsempfehlung für ein bestimmtes Wertpapier abgegeben wird, wobei vor Veröffentlichung der Empfehlung Dispositionen – Käufe des betreffenden Titels – getroffen werden, die nach der Publikation Gewinn bringende Wertpapiertransaktionen ermöglichen. Besteht teilweise konkret im Kauf eines Finanzinstruments auf eigene Rechnung, bevor man es ahnungslosen Anderen empfiehlt, und anschliessend Verkauf mit Gewinn bei steigendem Kurs infolge der Empfehlung. Erfolgt meist bei marktengen Werten. Auch Verbreitung falscher Gerüchte, um andere zum Kauf oder Verkauf zu veranlassen, oder Verbreitung unrichtiger Behauptungen über wesentliche Tatsachen oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen oder wesentlicher Interessen.* »<sup>109</sup>

Dans le cadre d'une requête d'entraide administrative adressée à la FINMA de la *British Columbia Securities Commission (BCSC)* canadienne, le TAF a récemment eu à se prononcer sur un cas de manipulation de marché sous la forme de « *scalping* ». En résumé, la BCSC soupçonnait qu'une hausse artificielle du cours de l'action X avait été provoquée à travers des promotions internet agressives, effectuées par des inconnus auprès d'investisseurs. A la suite de ces promotions internet, le cours de l'action a fortement augmenté. Les actionnaires de la société ont profité de cette hausse du cours pour vendre leurs actions et réaliser un profit. La BCSC soupçonnait qu'il pouvait y avoir un lien entre les auteurs inconnus des promotions et les actionnaires de la société. Le TAF a retenu qu'en l'occurrence on était en présence d'un soupçon initial concret qui avait été suffisamment établi par l'autorité requérante. Le TAF a en outre affirmé que pour des actions *Pennystock* comme en fait partie l'action X, de tels développements donnent nécessairement lieu à des investigations. En effet, c'est un fait notoire que de telles actions, suite à leur très faible volume de transactions, font souvent l'objet d'une manipulation de marché, en particulier aussi en la forme de *scalping*<sup>110</sup>.

Dans ce même arrêt, le TAF a eu à confirmer que, dans le cadre d'une investigation pour manipulation de marché, par l'utilisation d'informations trompeuses ou fausses, le pouvoir d'investigation de l'autorité requérante ne se limitait pas aux seules personnes ayant effectué des transactions dans les actions visées par la requête d'entraide, ni aux personnes ayant préparé et/ou diffusé des informations fausses, mais que l'enquête s'étendait bel et bien à toutes les personnes qui avaient sous n'importe quelle forme contribué à la manipulation de marché. Cela comporte en particulier les personnes responsables des planifications en arrière-plan ou/et qui ont tiré un profit financier des manipulations exercées. Afin de pouvoir poursuivre les personnes qui se cachent derrière de tels actes, il est indispensable de tracer les flux monétaires<sup>111</sup>.

A notre sens, cet arrêt démontre clairement que le degré d'implication ou le rôle qu'un individu a occupé dans un cas de manipulation de marché importe peu. A partir du moment où une implication quelconque, même secondaire, est avérée, l'on peut faire l'objet d'une requête d'entraide administrative. Cette conséquence nous semble justifiée, car quiconque agit sur des marchés financiers étrangers doit s'attendre à être impliqué dans une possible investigation de la part de l'autorité de surveillance compétente.

---

<sup>109</sup> BÜSCHGEN, p. 902.

<sup>110</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-964/2014 du 15 avril 2014, consid. 3.2.2, traduction libre de l'allemand.

<sup>111</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-964/2014 du 15 avril 2014, consid. 3.3, traduction libre de l'allemand.

### 3.2.2 Matched orders

Les *matched orders* consistent en « la saisie d'ordres d'achat et de vente opposés sur les mêmes valeurs mobilières après accord mutuel préalable dans l'intention de créer une distorsion de la liquidité ou des prix »<sup>112</sup>.

### 3.2.3 Wash trades

Les *wash trades* consistent en « l'acquisition et la cession simultanées des mêmes valeurs mobilières pour le compte d'un seul et même ayant droit économique dans l'intention de donner des signaux faux et trompeurs sur l'offre, la demande ou le cours des valeurs mobilières »<sup>113</sup>.

### 3.2.4 Pump & Dump

Le dictionnaire boursier définit la notion de *Pump & Dump* de la manière suivante :

« *Illegales Börsengeschäft mit dem Ziel der Marktmanipulation. Beinhaltet Aktivitäten einer Person oder mehrerer in Absprache handelnder Personen mit dem Ziel, den Kurs einer möglichst sehr marktengen Aktie, mit der man sich zuvor eingedeckt hat, durch Gerüchtstreuung und desgleichen künstlich hoch zu treiben (Pumping) und anschliessend die eigenen Aktien dieser Art massiv auf den Markt zu werfen (Dumping), wodurch der Kurs stark einbricht.* »<sup>114</sup>

Dans le cadre d'une requête d'entraide administrative adressée à la FINMA par la *Securities and Exchange Commission (SEC)* américaine, le TAF a récemment eu à se prononcer sur une potentielle manipulation de type « *pump & dump* » au cours de laquelle des individus auraient réalisé d'énormes profits en vendant leurs titres, alors qu'auparavant ils avaient gonflé le prix et le volume de l'action par l'exercice d'activités illégales. Dans sa requête d'entraide, la SEC a exposé que la société X aurait publié des informations potentiellement fausses ou trompeuses, et qu'elle avait également fait l'objet de campagnes de promotion douteuses. Dans un communiqué de presse, la société X avait déclaré avoir reçu un financement de la part de la société Z. A la suite de ce communiqué, le cours de l'action et le volume du titre ont augmenté de manière significative, ce qui a permis à la société X de générer un profit de plus de USD 1 000 000.– par la vente de titres durant la période sensible. La SEC a en outre noté que la société X n'avait entrepris aucune activité pour réaliser le but du financement de la part de la société Z. Au surplus, dans sa requête, la SEC a signalé mener une enquête pour déterminer si la société Z faisait office de société écran pour une manipulation de marché du type « *pump & dump* » impliquant le titre sous enquête. A cet égard, la SEC a identifié six transferts effectués par la société Z entre octobre 2011 et mars 2012 depuis son compte auprès d'une banque suisse. Enfin, la SEC justifie sa requête par le fait de vouloir déterminer si la société Z a été créée par les mêmes individus que ceux ayant profité de la manipulation.

<sup>112</sup> AUTORITÉ FÉDÉRALE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA)/ Circulaire 2013/08, *Règles de conduite sur le marché*, p. 6, on consultera à ce titre : «<http://www.finma.ch/f/regulierung/pages/rundschreiben.aspx>» (12.9.2014).

<sup>113</sup> AUTORITÉ FÉDÉRALE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA)/ Circulaire 2013/08, *Règles de conduite sur le marché*, p. 6, on consultera à ce titre : «<http://www.finma.ch/f/regulierung/pages/rundschreiben.aspx>» (12.9.2014).

<sup>114</sup> BÜSCHGEN, p. 836.

En l'espèce, le TAF a affirmé que la SEC avait présenté à l'appui de sa requête d'entraide un communiqué de presse faisant état d'un financement de la part de la société Z à la société X. La SEC était en outre parvenue à exposer que le cours et le volume de l'action sous enquête avaient augmenté de manière significative à la suite de l'annonce dudit financement et que le cours avait rapidement chuté par la suite. Au surplus, force est de constater que les six transferts effectués par la société Z se situaient durant une période sensible puisqu'ils se trouvaient indubitablement en relation temporelle étroite avec la variation du cours.<sup>115</sup>

### 3.3 Violation du devoir de déclarer

Le devoir de déclarer consiste à annoncer le dépassement de seuils fixés par la loi, lors de l'acquisition ou de l'aliénation des titres ou des droits d'une société.

Dans le cadre d'une requête d'entraide administrative de la *Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)* espagnole, le TF avait affirmé que l'ancienne Commission fédérale des banques ne devait pas examiner si les recourants avaient effectivement enfreint leurs obligations de déclarer leurs participations à des sociétés cotées en bourse<sup>116</sup>.

Dans un autre arrêt plus récent en matière d'obligation de déclarer, le TF a affirmé que la violation de l'obligation de déclarer constituait une infraction aux règles de la transparence boursière et, en tant que telle, cette infraction suffisait à accorder l'entraide administrative. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner l'effet qu'une violation de l'obligation de déclarer peut avoir sur le marché<sup>117</sup>.

### 3.4 Autres délits

Nous l'avons déjà mentionné en début de chapitre, au-delà du délit d'initié et de la manipulation de marché, qui certes concernent le plus grand nombre de requêtes reçues par la FINMA en matière d'entraide boursière, il existe d'autres délits faisant l'objet de requêtes d'entraide de la part des autorités étrangères. En ce sens, nous présenterons ci-dessous trois autres délits qui occupent la FINMA dans le cadre de l'entraide administrative.

#### 3.4.1 Fraude aux investisseurs

L'une des fraudes aux investisseurs les plus fréquentes faisant l'objet de requêtes d'entraide porte sur la chaîne de Ponzi (aussi connue comme *Ponzi scheme* en anglais).

La chaîne de Ponzi est *un montage financier frauduleux qui consiste à rémunérer les investissements des clients essentiellement par les fonds procurés par les nouveaux entrants. Si l'escroquerie n'est pas découverte, elle apparaît au grand jour au moment où elle s'écroule, c'est-à-dire quand les sommes procurées par les nouveaux entrants ne suffisent plus à couvrir les rémunérations des clients. Elle tient son nom de Charles Ponzi qui est devenu célèbre après avoir mis en place une opération basée sur ce principe à Boston dans les années 1920*<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6868/2013 du 3 mars 2014.

<sup>116</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.484/2004 du 19 janvier 2005, consid. 1.4.

<sup>117</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.1/2007 du 29 mai 2007, consid. 4.2 *in fine*.

<sup>118</sup> Pour la définition de la chaîne de Ponzi, on consultera :  
«[http://fr.wikipedia.org/wiki/Syst%C3%A8me\\_de\\_Ponzi](http://fr.wikipedia.org/wiki/Syst%C3%A8me_de_Ponzi)» (12.9.2014).

Depuis la crise financière et l'escroquerie réalisée par Bernard Madoff<sup>119</sup> aux Etats Unis, la FINMA est de plus en plus confrontée à des requêtes d'entraide en matière de *Ponzi scheme*.

### 3.4.2 Corruption

Dans le cadre d'une requête administrative de la *Securities and Exchange Commission (SEC)* américaine, le TAF a eu l'occasion d'affirmer que l'entraide pouvait également être accordée dans un cas de corruption. En résumé, la SEC soupçonnait que des sociétés, leurs employés, directeurs, actionnaires et agents avaient effectué des paiements occultes à des agents publics étrangers en violation des dispositions légales américaines afin d'obtenir des contrats avec des entreprises étatiques dans un autre pays.

Dans cette jurisprudence, le TAF a eu l'occasion de démontrer que la corruption peut également concerner la surveillance des marchés financiers.

Il a en effet jugé que l'autorité requérante disposait de « [...] suffisamment d'éléments l'autorisant à soupçonner une violation du *Foreign Corrupt Practices Act* qui constitue un amendement au *Securities Exchange Act*. [...] En outre, la SEC, dont la qualité d'autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM est admise de jurisprudence constante [...] a expressément indiqué les bases légales fondant sa requête, soit les sections 13(b)(2)(A) (obligation de préparer et tenir des livres comptables, des archives et des comptes), 13(b)(2)(B) (obligation de concevoir et de continuer à utiliser un système de contrôle sur la comptabilité interne suffisant), 13(b)(5) (interdiction d'éviter ou de manquer sciemment de maintenir un système de contrôles comptables internes ou de falsifier des documents) de l'*Exchange Act* de 1934, la règle 13b2-1 de la SEC (interdiction de la falsification des enregistrements comptables de la section 13(b)(2)(A)) ainsi que la section 30A de l'*Exchange Act* (pratiques en matière de commerce extérieur interdites aux émetteurs). »<sup>120</sup>

BOVET s'est interrogé sur la question de savoir si la lutte contre la corruption d'agents publics d'un Etat tiers entraine véritablement dans le cadre de la surveillance des marchés. Il est parvenu à la conclusion que l'on devait admettre une telle compétence dans le cas d'espèce. En effet, comme le soulève le TAF, le *Foreign Corrupt Practices Act* constitue un amendement au *Securities Exchange Act*. Pour ce qui est de l'aspect matériel, la SEC a fondé sa requête majoritairement sur une série de règles comptables du *Securities Exchange Act* et ses normes d'applications. Ainsi, l'infraction de la société faisant l'objet de la requête d'entraide « [...] revêt donc une double dimension qui légitime ici l'octroi de l'entraide : (i) ces pratiques illicites en matière de commerce extérieur ont (ii) de fortes implications sur le plan des rapports boursiers et, plus largement, de la documentation et des contrôles comptables de la société soumise à la surveillance de la SEC [...] »<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Bernard Madoff a été arrêté en 2008 aux Etats-Unis pour avoir commis une fraude aux investisseurs estimée à USD 65 millions, basée sur un *Ponzi scheme*. On consultera à ce titre : [«http://fr.wikipedia.org/wiki/Bernard\\_Madoff»](http://fr.wikipedia.org/wiki/Bernard_Madoff) (12.9.2014).

<sup>120</sup> Arrêt du Tribunal fédéral administratif B-3894/2011 du 5 octobre 2011, consid. 6.2 *in fine*.

<sup>121</sup> BOVET, p. 127, ch. 3.5.

### 3.4.3 Activité non autorisée

Il arrive que la FINMA reçoive des requêtes d'entraide administrative faisant l'objet de l'acceptation par une personne physique ou morale de dépôts du public à titre professionnel sans disposer de l'autorisation nécessaire à cet effet.

Dans une jurisprudence récente, le TAF s'est prononcé sur une requête d'entraide administrative adressée à la FINMA par l'ancienne *Financial Services Authority (FSA)*<sup>122</sup> britannique, en relation avec l'activité non autorisée d'un ressortissant anglais. Il ressort des faits relatés par la FSA que l'individu visé par la requête d'entraide aurait mis sur place, avec d'autres personnes, un plan d'investissements collectifs non autorisé à travers des sociétés qu'il aurait spécialement créées à cet effet. De plus, ces personnes auraient proposé la vente de terrains immobiliers à des ressortissants britanniques sans disposer de l'autorisation prévue à cet effet, en violant ainsi la *Section 19* du *Financial Services and Markets Act 2000*<sup>123</sup>.

Cet arrêt démontre que les activités non autorisées en relation avec des investissements collectifs de capitaux peuvent également faire l'objet d'une requête d'entraide administrative.

---

<sup>122</sup> La *Financial Services Authority (FSA)* était jusqu'au 31 mars 2013 l'autorité britannique de surveillance des marchés financiers. Les autorités qui lui ont succédé sont : La *Financial Conduct Authority (FCA)* et la *Prudential Regulatory Authority (PRA)*.

<sup>123</sup> BVGE 2012/19 partie faits.

### III. Procédure d'entraide administrative

Dans le cadre de ce troisième chapitre, nous analyserons pas par pas le déroulement de la procédure d'entraide administrative de la FINMA et les principes qui lui sont applicables. Dans un deuxième temps, nous nous focaliserons sur sa pierre angulaire, la procédure client et la jurisprudence qui a été récemment rendue par le TAF en la matière.

A la teneur de l'art. 38 al. 3 *in fine* LBVM, les règles applicables dans le cadre de la coopération internationale en matière boursière sont celles de la PA. Cela implique que les parties auront la possibilité d'invoquer tous les droits découlant de cette loi, notamment le droit d'être entendu, d'avoir accès au dossier et d'obtenir une décision.

#### 1. Requête d'édition

En présence d'une requête d'entraide administrative d'une autorité étrangère et après avoir analysé le bien-fondé de celle-ci, la FINMA envoie une demande d'édition à la banque, au négociant de valeurs mobilières (ci-après : négociant) ou à tout autre intervenant sur le marché étranger explicitement mentionné dans la requête d'entraide.

La banque ou le négociant devront déférer à l'injonction faite par la FINMA de livrer les informations et documents requis dans la demande d'édition. Comme le relèvent TSIMARATOS/SUTTER et conformément à l'art. 29 LFINMA, « [...] Il appartiendra à l'entité sollicitée de fournir des renseignements complets et exacts, sous peine d'engager sa responsabilité envers la FINMA [...] »<sup>124</sup>. A noter que la transmission d'informations fausses à la FINMA constitue une infraction pénale à teneur de l'art. 45 LFINMA.

Selon TSIMARATOS/SUTTER, « [...] Lorsque la FINMA reçoit une demande d'entraide, elle va s'adresser directement à la banque ou au négociant qui a ordonné les transactions, tout en leur interdisant dans un premier temps de communiquer l'existence de la procédure d'entraide à la personne visée, soit généralement le client titulaire du compte titres [...] »<sup>125</sup>.

Dans ce contexte, nous partageons l'avis de HONEGGER/KOLB lorsqu'ils retiennent que « *Die Bank [ist] im Clinch* »<sup>126</sup>. La banque se situe en effet dans un conflit d'intérêt, car d'une part elle doit se conformer à l'injonction faite par la FINMA de ne pas informer le client, d'autre part, elle a un devoir de fidélité à l'égard de ses clients découlant du contrat de mandat et conformément à l'art. 394 CO.

Au vu du caractère temporaire de cette interdiction, il convient toutefois de relativiser ce conflit d'intérêt, car une fois que la documentation bancaire reçue a été analysée et après avoir déterminé la qualité de partie des clients concernés, la FINMA procédera à une notification formelle de ces derniers par le biais de la banque.

En ce qui concerne les établissements non soumis à la surveillance de la FINMA, comme par exemple les gérants de fortune indépendants ou les investisseurs privés, le TAF a considéré

---

<sup>124</sup> TSIMARATOS/SUTTER, p. 299.

<sup>125</sup> TSIMARATOS/SUTTER, p. 299.

<sup>126</sup> HONEGGER/KOLB, ch. 5.

que ces derniers sont également tenus de fournir à la FINMA les renseignements lui permettant d'accorder l'entraide administrative aux autorités étrangères.

Dans le cadre d'une requête d'entraide administrative de la part de l'Autorité des marchés financiers française (AMF), le TAF a eu l'occasion de se prononcer sur le droit de la FINMA à obtenir des informations de la part de tout intervenant sur le marché.

Dans cet arrêt, les recourants avaient fait valoir que le droit de l'ancienne Commission fédérale des banques (CFB) d'obtenir les informations utiles à l'accomplissement de ses tâches ne pouvait être exercé qu'à l'égard d'établissements soumis à la surveillance de la CFB. Or, comme la recourante n'était pas un négociant en valeurs mobilières au sens de l'art. 2 let. d LBVM, elle considérait ne pas être assujettie à la surveillance de la CFB de sorte que celle-ci n'était pas compétente pour obtenir les informations demandées par requête d'édition. Le TAF n'a pas suivi cette argumentation et a affirmé que « [...] En effet, en Suisse, la CFB [= FINMA] dispose d'un véritable droit à l'information vis-à-vis de toutes les personnes physiques ou morales soumises à sa surveillance (art. 35 al. 2 LBVM). Elle peut également requérir des informations de la part d'entités non assujetties à autorisation [...]. En effet, dans la mesure où la CFB est chargée de l'assistance administrative (art. 38 LBVM), il lui appartient de recueillir toutes les informations utiles à l'exécution de sa tâche. Or, la LBVM a précisé pour but d'assurer non seulement la surveillance des bourses et des négociants, mais également la surveillance en général du commerce de valeurs mobilières [...]. Par cette formulation plus large, la surveillance peut avoir pour objet les marchés en général. Aussi, toute personne qui intervient sur le marché est soumise à ce titre à la surveillance de la CFB et, par conséquent, à l'obligation de la renseigner [...]. »<sup>127</sup>

Nous pouvons déduire de cette jurisprudence que dans le cadre d'une procédure d'entraide administrative, au stade de l'édition d'informations, chaque intervenant sur le marché étranger, domicilié en Suisse, indépendamment du fait qu'il soit directement assujetti à la FINMA ou pas, a le devoir de fournir les informations sollicitées dans la requête d'édition.

## **2. Informations institutionnelles et informations relatives aux clients**

La qualification des informations à transmettre à l'autorité étrangère est importante, car c'est grâce à elle que l'on parviendra à déterminer si la procédure client, soumise à la PA, trouve application ou pas. Tout d'abord, il est nécessaire de définir l'étendue des informations dites prudentielles ou institutionnelles ayant trait à un institut ou à un négociant de valeurs mobilières surveillé.

Sont qualifiées d'informations institutionnelles, les informations concernant la banque, en tant qu'institut, et les informations ayant trait aux négociants soumis à une surveillance, dans leur rôle d'acteurs du marché<sup>128</sup>. A cet égard, il sied de relever que sont également qualifiées comme institutionnelles, les informations liées au commerce de valeurs mobilières qu'un institut effectue pour son propre compte (*transactions nostro*), ainsi que toute information inhérente à l'organisation, aux organes ou aux collaborateurs de l'institut lui-même<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> BVGE 2008/66 consid. 6.

<sup>128</sup> JAQUEMOUD, p. 222, point 2.3.1.

<sup>129</sup> SCHAAD ad Art. 38 BEHG N 106.

En revanche, s'agissant des informations relatives à des clients de négociants (informations de nature personnelle), la qualité de client est attribuée à toute personne physique et morale ayant une relation d'affaires avec un institut surveillé en Suisse et dont les informations sont couvertes par le secret bancaire ou le secret professionnel du négociant en valeurs mobilières.

Rappelons que, selon la jurisprudence, les informations concernant les collaborateurs d'un institut surveillé ont été qualifiées comme informations clients, pour autant qu'il s'agisse de leur propre relation bancaire et qu'ils ne soient pas exclusivement concernés dans leur relation professionnelle et institutionnelle<sup>130</sup>.

Pour conclure sur ce point, il y a lieu de retenir que les informations clients sont des données qui tombent sous le secret bancaire ou le secret professionnel du négociant de valeurs mobilières et qui ne concernent pas l'institut surveillé<sup>131</sup>.

### **3. Procédure client**

A titre liminaire, il sied de relever que le droit suisse offre, aux intervenants sur le marché surveillé par la FINMA, un degré de protection supérieur par rapport aux juridictions étrangères. La personne physique ou morale visée par la requête d'entraide peut s'opposer à la transmission des renseignements la concernant à l'autorité étrangère par le biais d'un recours au TAF qui statuera en dernière instance sur la question (cf. art. 33 let. f LTAF en lien avec l'art. 83 let. h LTF).

#### **3.1 Notification**

Après analyse de la documentation bancaire reçue par l'institut financier concerné et lorsque le client se voit octroyer la qualité de partie, la FINMA l'informerá en bonne et due forme de la procédure d'entraide administrative et de ses conséquences par le biais d'une notification formelle.

A cette occasion, le client doit informer la FINMA s'il souhaite recevoir une décision de transmission soumise à émolument ou au contraire s'il donne son accord à la transmission à l'autorité étrangère des données et informations le concernant. Si le client est domicilié à l'étranger, la FINMA l'invitera à faire élection de domicile en Suisse conformément à l'art. 11b PA pour la notification de la décision, si une telle décision est exigée.

A ce stade de la procédure, le client peut se faire représenter par un mandataire et demander accès au dossier afin de se déterminer sur une éventuelle transmission des informations à l'autorité étrangère.

---

<sup>130</sup> Concernant les activités en dehors de l'activité professionnelle cf. ATF 127 II 323 consid. 3a/cc.

<sup>131</sup> Cf. ATF 127 II 323 consid. 3a/cc; BVGE 2008/66 consid. 2.2.

## 3.2 Décision de transmission

Lorsque les conditions de l'entraide sont remplies et que le client s'oppose à la transmission des données et documents le concernant à l'autorité étrangère, la FINMA rend une décision sujette à émolument. Conformément à l'art. 8 de l'Oém-FINMA en lien avec le ch. 8.1 de l'annexe de l'Oém-FINMA, les émoluments sont compris entre CHF 3 000.- et CHF 15 000.-.

La décision de transmission de la FINMA peut, conformément à l'art. 38 al. 5 LBVM, faire l'objet d'un recours au TAF dans un délai de 10 jours. Il sied de constater que ce délai est plus court par rapport aux 30 jours prévus à l'art. 42 al. 4 LFINMA, en lien avec l'art. 50 al. 1 PA. Cette différence se justifie par le principe de célérité de la procédure ancré à l'art. 38 al. 4 première phrase LBVM. Précisons aussi que les délais en matière d'entraide administrative échappent aux fêtes prévues par l'art. 22a PA.

## 3.3 Qualité de partie et qualité pour recourir

Selon l'art. 38 al. 3 LBVM, lorsque les informations que doit transmettre l'autorité de surveillance concernent des clients de négociants, la PA est applicable. Aux termes de l'art. 6 PA, les personnes dont les droits et obligations pourraient être touchés par la décision ont qualité de partie.

Il est important de préciser que la qualité de partie est en principe reconnue à tous les clients, indépendamment de savoir si ces derniers ont une relation d'affaires auprès d'un institut assujéti à la surveillance de la FINMA ou pas.

D'ailleurs, le TAF a eu l'occasion de confirmer cette pratique dans sa jurisprudence et a conclu que l'art. 38 al. 3 LBVM s'appliquait au client d'un gérant de fortune non soumis à la surveillance de l'ancienne Commission fédérale des banques. Il a affirmé que « [...] *Le critère de l'assujettissement à une autorisation ne doit pas être déterminant pour décider de l'applicabilité ou non de la PA [...] cela d'autant moins que toutes les entités agissant sur le marché s'avèrent dans une certaine mesure soumises à la surveillance de la CFB [...]* »<sup>132</sup>.

A cet égard, nous nous alignons sur la position de TSIMARATOS/SUTTER lorsqu'ils affirment que « [...] *Le TAF a récemment confirmé la pratique du TF en retenant que le critère d'assujettissement à une autorisation ne doit pas être déterminant pour décider de l'applicabilité de la PA, de sorte que tant les clients d'entités non assujetties à une autorisation d'exercer l'activité de banque ou de négociant que les clients d'entités surveillées disposant d'une telle autorisation doivent recevoir une décision formelle de la FINMA au sens de l'art. 5 PA, lorsque ces clients s'opposent à la transmission d'informations personnelles [...]* »<sup>133</sup>.

Ci-après, nous traiterons de la qualité pour recourir des différents intervenants sur le marché.

### 3.3.1 Détenteur de compte

Le détenteur de compte est en règle générale le client d'une banque et partant le destinataire de la décision. Dès lors, il jouit de la qualité pour recourir. A cet égard, il convient de rappeler

---

<sup>132</sup> BVGE 2008/66 consid. 2.4.

<sup>133</sup> TSIMARATOS/SUTTER, p. 300 et les références citées (arrêt du Tribunal fédéral 2A.128/2001 du 20 mars 2001, consid. 2c publié in : Bulletin CFB 42/2002 p. 56 ss, on consultera à ce titre : «<http://www.finma.ch/archiv/ebk/f/publik/bulletin/pdf/bull42.pdf>» (12.9.2014) ; BVGE 2008/66 consid. 2.4).

que la jurisprudence constante prévoit que la simple éventualité qu'un compte pourrait avoir servi, même à l'insu des personnes titulaires, à commettre une infraction, suffit en principe à exclure la qualité de tiers non impliqué<sup>134</sup>.

### 3.3.2 Ayant droit économique

En matière d'entraide administrative, la jurisprudence n'admet en règle générale pas la qualité pour recourir de l'ayant droit économique d'un compte bancaire et ceci même si, lors de la transmission des informations du titulaire du compte, son identité est révélée. Cette pratique repose sur le fait que l'ayant droit économique a lui-même choisi de donner le pouvoir de disposition sur son compte à une personne physique ou morale et que, partant, il doit en supporter les conséquences qui en découlent. Néanmoins, et à titre exceptionnel, le TAF admet que la qualité pour recourir est reconnue à l'ayant droit économique d'une personne morale, lorsque la société a été dissoute et que, par conséquent, elle n'est plus en mesure d'agir<sup>135</sup>.

Le TAF a eu l'occasion de confirmer cette pratique bien établie dans le cadre d'une requête d'entraide administrative de la part de la *Securities Exchange Commission (SEC)* américaine portant sur un possible délit d'initié lors du rachat d'une entreprise. En l'espèce, l'ayant droit économique du compte bancaire faisant l'objet de la requête d'entraide s'est opposé en vain à la transmission des informations le concernant à la SEC.

Dans cette jurisprudence, le TAF a souligné que l'ayant droit économique devait supporter les conséquences juridiques de la structure qu'il avait choisi de mettre en place (en l'espèce un trust). De plus, selon le TAF, lorsque le recourant a choisi d'être l'ayant droit économique d'un compte, on peut partir du principe que cette structure a été mise en place dans son intérêt. Le TAF a également relevé qu'en l'occurrence, l'entité contrôlée par le recourant avait fondé le trust dont il était bénéficiaire final. De plus, l'entité habilitée à recourir existait et partant elle aurait pu recourir contre la décision, mais elle y a renoncé en annonçant à la FINMA, par le biais de son représentant légal, qu'elle ne s'opposerait pas à la transmission des informations<sup>136</sup>.

### 3.3.3 Gérant de fortune

Selon la jurisprudence constante, le gérant de fortune a qualité pour recourir pour autant qu'il existe un mandat de gestion de fortune clair, écrit et sans équivoque<sup>137</sup>. En présence d'un tel mandat de gestion, le client est un tiers non impliqué, pour autant qu'il ne soit pas le donneur d'ordre des transactions faisant l'objet de la requête d'entraide.

Dans une contribution récente, BOVET<sup>138</sup> a résumé les quatre conditions développées par le TAF qui doivent être remplies par les gérants de fortune indépendants afin de se voir attribuer la qualité pour recourir. Il s'agit des conditions suivantes :

- Le gérant de fortune doit disposer d'un mandat de gestion discrétionnaire écrit, clair et sans équivoque ;

<sup>134</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2941/2008 du 14 juillet 2008, consid. 6.2 et les références citées.

<sup>135</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5053/2010 du 29 septembre 2010, consid. 2.3 et les références citées.

<sup>136</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2697/2013 du 11 juillet 2013, consid. 1.3.

<sup>137</sup> BVGE 2009/16 consid. 2.3.1.

<sup>138</sup> BOVET, p. 117, ch. 3.2.1.

- La transmission d'informations à l'autorité étrangère doit être de nature à porter atteinte à la relation de confiance existant entre le client et le gérant de fortune ;
- Le gérant de fortune doit pouvoir faire valoir un intérêt propre à recourir contre la décision. Tel est le cas lorsque, par exemple, même si la transaction douteuse a eu lieu économiquement en faveur du détenteur du compte, c'est l'identité du gérant de fortune qui est dévoilée à l'autorité étrangère et non pas celle du client ;
- A teneur de l'art. 48 al. 1 let. a PA, le gérant de fortune doit avoir pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, en l'occurrence la FINMA, ou avoir été privé de la possibilité de le faire.

Au vu de la relation de confiance particulière que le gérant de fortune entretient avec ses clients et en présence d'un mandat de gestion clair, écrit et non équivoque, il nous paraît justifié que ledit gérant puisse bénéficier de la qualité de partie dans le cadre de la procédure d'entraide administrative. D'autant plus que, comme l'a affirmé le TAF, « [...] // [le gérant de fortune avec un mandat de gestion discrétionnaire] *détient un droit propre – découlant de la qualité de client dans l'affaire concrète – à être protégé juridiquement même si la transaction a lieu économiquement en faveur du détenteur du compte, en particulier lorsque l'identité de ce dernier n'est justement pas dévoilée [...]*<sup>139</sup>.

En revanche, le recours formé par un gérant de fortune avec un mandat de gestion discrétionnaire mais ne disposant pas d'un intérêt propre à recourir contre la décision sera déclaré irrecevable. A cet égard, il nous semble justifié de ne pas reconnaître la qualité de partie à un gérant de fortune qui recourt contre une décision avec le seul et unique but d'éviter que l'identité du client ne soit révélée aux autorités étrangères<sup>140</sup>.

En guise de conclusion, nous aimerions encore mentionner que, dans une autre jurisprudence, le TAF a nié la qualité de partie à un employé d'un gérant de fortune externe. Le TAF a argumenté que l'employé n'était touché que de manière indirecte par la mesure d'entraide, car il s'était limité à exécuter les ordres donnés par son employeur. En outre, le TAF a souligné que « [...] [L'employé] *n'est touché que de manière indirecte par la mesure d'entraide. En effet, celui-ci n'a fait qu'exécuter les ordres donnés par le gérant de fortune indépendant [...] son employeur. Uniquement ce dernier – qui gère les comptes concernés de manière autonome et qui supporte la responsabilité de chaque décision d'investissement – dispose d'un intérêt légitime à prendre part à la procédure d'entraide en qualité de partie [...]* »<sup>141</sup>

### 3.3.4 Fondé de pouvoir

Le fondé de pouvoir dispose par définition d'une procuration sur le compte du client concerné par la requête d'entraide. D'ailleurs, selon le TAF, il ne gère pas les avoirs du client de manière autonome et il ne supporte pas la responsabilité de chaque décision prise en matière d'investissements, comme c'est le cas pour le gérant de fortune avec un mandat de gestion discrétionnaire. Dès lors, il n'y a pas lieu de lui attribuer la qualité de partie<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5053/2010 du 29 septembre 2010, consid. 2.3.1.

<sup>140</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1023/2009 du 5 mai 2009, consid. 2.3.

<sup>141</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5053/2010 du 29 septembre 2010, consid. 2.4.

<sup>142</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-5053/2010 du 29 septembre 2010, consid. 2.3.1.

### 3.4 Effet suspensif

L'art. 39 PA a la teneur suivante :

« <sup>1</sup> L'autorité peut exécuter ses décisions lorsque :

- a. la décision ne peut plus être attaquée par un moyen de droit ;
- b. le moyen de droit possible n'a pas d'effet suspensif ;
- c. l'effet suspensif attribué à un moyen de droit a été retiré. »

Cette disposition a deux conséquences sur l'octroi de l'entraide administrative :

En premier lieu, l'effet suspensif automatique empêche, du moins temporairement durant le délai de recours, la transmission d'informations et de documents à l'autorité requérante.

En second lieu, l'autorité peut retirer l'effet suspensif à un moyen de droit. Le retrait de l'effet suspensif à une décision permet une transmission des informations plus rapide à l'autorité requérante, avec la possibilité pour le recourant d'intenter une action en responsabilité contre l'Etat, s'il s'avère que la transmission d'informations a eu lieu sans droit et lui a causé de ce fait un dommage matériel ou un tort moral.

A notre connaissance, la FINMA n'a jusqu'à ce jour jamais retiré l'effet suspensif à une décision en matière d'entraide administrative. Toutefois, il nous semble opportun de faire exceptionnellement usage de cette possibilité si l'autorité étrangère devait requérir les informations de manière urgente, par exemple en cas de prescription du délit ou du crime poursuivi.

## 4. Droit d'être entendu

Le droit d'être entendu est ancré à l'art. 29 al. 2 Cst. féd. et garantit à toute personne le droit d'être informée et entendue dans une procédure dont elle est partie avant qu'une décision, administrative ou judiciaire, ne soit prise à son détriment. Le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour l'intéressé d'accéder au dossier. En procédure administrative contentieuse, cette garantie est concrétisée à l'art. 26 PA.

### 4.1 Restrictions au droit d'être entendu

La garantie de l'accès au dossier n'est cependant pas absolue et peut être restreinte lorsque les conditions de l'art. 36 Cst. féd. sont réunies. Toute restriction doit être fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public et proportionnée au but visé. Au niveau de l'entraide administrative, cette restriction doit se fonder sur les art. 27 et 28 PA.

L'art. 27 al. 1 let. a – b PA énumère une série d'intérêts justifiant le refus de consulter les pièces. A ce propos, il convient de relever que, selon le TAF, les intérêts listés à l'art. 27 al. 1 let. a n'ont pas un caractère exhaustif<sup>143</sup>.

---

<sup>143</sup> BVGE 2012/19 consid. 4.1 *in fine*.

L'art. 28 PA vient compléter l'art. 27 al. 1 PA en prévoyant qu'« *une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves* ».

Le TAF a eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de la confidentialité de la requête d'entraide administrative prévue par l'art. 11 let. a du IOSCO MMoU qui avait été exclue du dossier par l'autorité inférieure en se basant sur des intérêts publics importants de la Confédération au sens de l'art. 27 al. 1 let. a PA. En l'occurrence, les recourants avaient invoqué une violation du droit d'être entendus, car l'autorité inférieure leur avait refusé l'accès à la requête d'entraide administrative (document physique). La FINMA pour sa part avait justifié ce refus en argumentant que la requête devait être traitée de manière confidentielle, conformément à l'art. 11 let. a du IOSCO MMoU<sup>144</sup>.

Selon le TAF, il appartient à l'autorité administrative, dans un cas particulier, de déterminer si un intérêt concret à la conservation du secret l'emporte sur l'intérêt, par principe (également) important, à la consultation du dossier. Elle doit procéder à un examen attentif et complet des intérêts en jeu et doit tenir compte des spécificités du cas particulier et du principe de la proportionnalité, car il serait inadmissible d'exclure du droit à la consultation certaines catégories de documents de manière générale. Au surplus, le TAF a relevé que l'admission d'intérêts importants qui empêchent l'accès au dossier ne doit pas intervenir de manière générale mais en tenant compte des spécificités du cas particulier<sup>145</sup>. Il a en outre affirmé que le refus d'autoriser la consultation des pièces ne pouvait s'étendre qu'à celles qu'il y avait lieu de garder secrètes<sup>146</sup>.

Dans le cas d'espèce, le TAF a jugé que « [...] *la mention de l'existence de risques pour le bien-être économique du pays formulée de façon plus ou moins vague ne saurait suffire – au regard de l'art. 27 PA – à restreindre, d'une manière générale ou s'agissant de certaines pièces spécifiques propres au cercle des signataires MMoU, le droit à la consultation du dossier en tant que corollaire au droit constitutionnel d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.)* »<sup>147</sup>.

De plus, il ressort de cette jurisprudence que le refus à la consultation des pièces prévu à l'art. 27 al. 1 PA obéit aux conditions suivantes<sup>148</sup> :

- Il faut être en présence d'un intérêt public ou privé prépondérant qui l'emporte sur le droit d'accès complet au dossier ;
- L'appréciation de cet intérêt doit se faire de manière concrète, dans le cas d'espèce en procédant à une pesée des intérêts publics et privés en jeu ;
- L'autorité doit respecter le principe de la proportionnalité, elle doit exclure du dossier uniquement les pièces, voire uniquement les passages qu'il faut garder secrets ;
- L'autorité doit communiquer aux parties le contenu essentiel des pièces ou des passages dont la consultation a été refusée.

---

<sup>144</sup> BVGE 2012/19 faits.

<sup>145</sup> BVGE 2012/19 consid. 4.1.1.

<sup>146</sup> BVGE 2012/19 consid. 4.2.

<sup>147</sup> BVGE 2012/19 consid. 6 *in fine*.

<sup>148</sup> BOVET, p. 121-123, ch. 3.3.1 et les références citées.

Dans une autre jurisprudence, le TAF a eu l'occasion de se prononcer sur la consultation d'une première requête d'entraide que l'autorité des marchés financiers française (AMF) avait soumise à la FINMA lors d'une première procédure d'entraide qui entre-temps avait été close par une réponse négative de la FINMA à l'AMF. Ainsi, le TAF a admis que le droit de consulter le dossier ne peut être exercé que dans le cadre d'une procédure pendante mais qu'il peut se justifier d'accorder ce droit hors procédure pour autant que celui qui s'en prévaut dispose d'un intérêt digne de protection à la consultation. En l'espèce, le TAF a nié l'intérêt digne de protection à la consultation de la première requête de l'AMF puisque la procédure avait été clôturée et que les recourants ne sont pas parvenus à expliquer en quoi cet accès leur serait utile dans le cadre de la procédure pendante.

Dans ce même arrêt, les recourants ont reproché à la FINMA d'avoir caviardé une partie de la requête de l'AMF. Le TAF relève qu'un motif de refus de divulgation de la requête est constitué par l'intérêt d'une enquête officielle non encore close (art. 27 al. 1 let. c PA). En l'espèce, il a reconnu que l'intérêt des recourants à prendre connaissance des éléments caviardés ne l'emportait pas sur ceux de la FINMA à le refuser<sup>149</sup>.

Il ressort de ces deux jurisprudences que le refus d'accès au dossier au sens de l'art. 27 al. 1 et 2 PA doit être apprécié selon les spécificités du cas d'espèce, dans la mesure où la FINMA peut justifier le refus de divulguer la requête d'entraide par un intérêt public ou privé prépondérant dans un cas concret.

Néanmoins, le TAF a jugé que la reconnaissance de la FINMA comme membre coopératif de l'OICV ne représentait pas un intérêt public suffisant – au regard de l'art. 27 al. 1 let. a PA – à restreindre, s'agissant de la requête d'entraide administrative, le droit à la consultation du dossier<sup>150</sup>. De plus, le TAF stipule que « [...] *L'admission d'intérêts importants s'opposant à l'accès au dossier n'interviendra pas d'une manière générale mais selon les spécificités du cas d'espèce [...]. Cependant, seuls les intérêts qualifiés l'emportant sur l'intérêt fondamental à la consultation du dossier seront à même d'en limiter la portée dans un cas particulier [...].* »<sup>151</sup> A notre sens, cela pourrait s'avérer difficile de démontrer qu'il existe des intérêts importants s'opposant à l'accès au dossier selon les spécificités du cas d'espèce. Par conséquent, la FINMA doit obtenir l'accord préalable de son homologue étranger afin de divulguer au suspect la requête d'entraide administrative originale.

---

<sup>149</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1258/2013 du 24 juillet 2013, consid. 2 ss.

<sup>150</sup> BVGE 2012/19 consid. 6, arrêts du Tribunal administratif fédéral B-6062/2011 du 22 mars 2012, consid. 5 et B-5469/2010 du 7 décembre 2010, consid. 4.4.5.

<sup>151</sup> BVGE 2012/19 consid. 4.1.1 et les références citées.

## IV. Procédure de retransmission

La demande de retransmission par une autorité étrangère intervient en règle générale après la transmission par la FINMA à l'autorité requérante des informations requises sur la base d'une demande d'entraide administrative au sens de l'art. 38 LBVM ou de l'art. 42 LFINMA. A ce propos, nous nous alignons sur le point de vue de MICHELI qui affirme que « [...] *La demande de retransmission est en principe formulée au moment où l'autorité de surveillance étrangère envisage concrètement, au vu des informations préalablement fournies par la Suisse, une telle retransmission [...]* »<sup>152</sup>.

Conformément à l'art. 38 al. 6 LBVM, la FINMA peut autoriser, en accord avec l'Office fédéral de la justice (OFJ), la retransmission des informations collectées en Suisse à des autorités pénales et à d'autres fins que celles visées à l'art. 38 al. 2 let. a LBVM, pour autant que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue. A teneur de l'art. 42 al. 3, « *La FINMA ne donne pas son autorisation lorsque les informations doivent être transmises à des autorités pénales et que l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue. Elle statue en accord avec l'Office fédéral de la justice.* » Ces dispositions permettent d'assurer que l'entraide en matière pénale ne soit pas contournée en passant par l'entraide administrative.

### 1. Conditions de l'autorisation de retransmission

Ci-après, nous exposerons brièvement les critères qui doivent impérativement être remplis afin qu'une autorisation de retransmission puisse être accordée à l'autorité étrangère<sup>153</sup>.

- La procédure à l'étranger ne doit pas être irrecevable au sens de l'art. 2 de la loi fédérale sur l'entraide en matière pénale (EIMP) qui a la teneur suivante :

#### **Art. 2 Procédure à l'étranger**

« *La demande de coopération en matière pénale est irrecevable s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger :*

*a. n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou par le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques ;*

*b. tend à poursuivre ou à punir une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité ;*

*c. risque d'aggraver la situation de la personne poursuivie, pour l'une ou l'autre des raisons indiquées sous let. b ; ou*

*d. présente d'autres défauts graves. »*

<sup>152</sup> MICHELI, p. 6.

<sup>153</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (BJ) / Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) / Fachbereich Rechtshilfe: *Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Wegleitung, 9. Auflage, 2009, p. 16 ss. consulter à ce titre: «<http://www.rhf.admin.ch/etc/medialib/data/rhf.Par.0085.File.tmp/wegl-str-d-2009.pdf>» (12.9.2014).

- La procédure à l'étranger ne doit pas être contraire à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale.
- La retransmission des informations doit respecter le principe de la proportionnalité (cf. art. 4 EIMP).
- Les conditions des art. 63 ss. EIMP doivent être remplies, notamment le respect du principe de la double incrimination.

## 2. Principe de la double incrimination

Pour ce qui est du principe de la double incrimination, l'Office fédéral de la justice a déjà eu lieu d'affirmer, dans ses lignes directrices en matière d'entraide judiciaire pénale, que la notion de double incrimination ne signifiait pas que la Suisse et le pays étranger doivent connaître des dispositions pénales identiques ou qu'ils doivent protéger les mêmes biens juridiques. Au contraire, il suffit que l'état de fait relaté dans la demande d'entraide soit compris dans une disposition pénale commune du droit suisse<sup>154</sup>.

Dans ce contexte, relevons que le TF a d'ailleurs confirmé cette approche dans une jurisprudence en affirmant que « [...] *Dabei ist festzustellen, dass der Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit nicht erfordert, dass der ersuchende und der ersuchte Staat die fragliche Handlungen in ihren Gesetzgebungen unter demselben rechtlichen Gesichtswinkel erfassen. Die Normen brauchen nicht identisch zu sein; es genügt, dass die im Rechtshilfesuch umschriebenen Tatsachen in der Rechtsordnung sowohl der ersuchenden als auch des ersuchten Staates einen Straftatbestand erfüllen [...].* »<sup>155</sup>

Ce tempérament du principe de la double incrimination nous semble plausible, car on ne saurait exiger que l'infraction prétendument répréhensible soit appréhendée par l'autorité requise sous le même angle juridique que l'autorité étrangère. Dans la pratique, l'autorité étrangère fournit le libellé des dispositions pénales prétendument violées, ce qui facilite le contrôle de la double incrimination par l'autorité requise.

## 3. Décision de retransmission

La FINMA statuera sur la demande de retransmission d'une autorité étrangère sous forme de décision qui, conformément à l'art. 38 al. 6 LBVM, sera prise en accord avec l'Office fédéral de la justice. En cas de désaccord entre la FINMA et l'Office fédéral de la justice, les art. 38 al. 6 LBVM et 42 al. 3 LFINMA ne prévoient rien. Cependant, la décision de retransmission est du ressort de la FINMA<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (BJ) / EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT (EJPD) / FACHBEREICH RECHTSHILFE: *Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Wegleitung, 9. Auflage, 2009, p. 27, ch. 2.5.2, consulter à ce titre : «<http://www.rhf.admin.ch/etc/medialib/data/rhf.Par.0085.File.tmp/wegl-str-d-2009.pdf>» (12.9.2014).

<sup>155</sup> ATF 118 IB 111 du 14 février 1992 consid. 5 c.

<sup>156</sup> Cf. ATF 125 II 65, consid. 10.

La décision pourra être attaquée devant le TAF qui statuera en dernière instance conformément à l'exclusion de recours ancrée à l'art. 83 let. h LTF. Comme le souligne MICHELI : « [...] La nécessité de faire participer l'OFJ à cette prise de décision s'est imposée au législateur en raison du fait que la retransmission produit des effets similaires à l'octroi de l'entraide internationale en matière pénale – domaine dans lequel l'OFJ exerce des compétences à maints égards [...] »<sup>157</sup>.

La décision interne de la FINMA prise en accord avec l'Office fédéral de la justice ne fait pas l'objet d'une décision séparée, susceptible de recours au TAF<sup>158</sup>. Cette solution nous paraît pragmatique, étant donné que le client pourra exercer ses droits de défense à l'occasion de la décision de retransmission prise par la FINMA. En effet, ce dernier pourra demander accès au dossier et consulter notamment l'échange de correspondances entre la FINMA et l'Office fédéral de la justice contenant les motifs ayant conduit à la décision de retransmission<sup>159</sup>. Dès lors, il n'en résulte aucun désavantage pour le client.

#### 4. Déclaration de *best efforts*

Force est de constater que les autorités étrangères tout comme la FINMA (cf. art. 38 ss. LFINMA) ont un devoir de coopération avec les autorités de poursuites pénales, des tribunaux ou des commissions parlementaires lorsque, dans le cadre de leur activité de surveillance, elles constatent des indices suffisants relevant d'une infraction pénale. Ce devoir n'exclut *a priori* pas l'assistance administrative octroyée aux autorités étrangères par la FINMA. Cependant, la FINMA demande expressément aux autorités étrangères de ne pas retransmettre les informations sans avoir au préalable obtenu l'accord explicite de la part de la FINMA (déclaration de *best efforts*)<sup>160</sup>.

Rappelons que, de jurisprudence constante, en présence d'une déclaration de *best efforts* et s'il n'existe pas d'indices contraires dans le cas concret quant au respect des principes de confidentialité et de spécialité de la part de l'autorité étrangère, il n'y a pas lieu de croire que l'autorité ne respecte pas les engagements pris<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> MICHELI, p. 6 et 7.

<sup>158</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2A.121/2002 du 2 août 2002, consid. 4.1.

<sup>159</sup> Cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2A.269/2000 du 27 avril 2001, consid. 3.

<sup>160</sup> ZULAUF/EGGEN, p. 167.

<sup>161</sup> SCHAAD, Art. 38 BEHG N 147.

## 5. Contournement de l'entraide judiciaire

Les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers ne doivent pas se servir de l'entraide en matière administrative pour éluder les règles de l'entraide judiciaire en matière pénale.

Il y a lieu de différencier l'entraide administrative en matière boursière qui a trait à la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières de l'entraide judiciaire en matière pénale qui sert à éclaircir un état de fait déjà établi, à la poursuite d'une infraction pénale qui a eu lieu dans le passé et à l'exécution de décisions judiciaires qui ont été tranchées à l'étranger<sup>162</sup>. L'autorisation de retransmission des informations à une autorité étrangère ne constitue pas un contournement de l'entraide judiciaire, car les autorités étrangères ont souvent l'obligation de saisir les autorités pénales compétentes, si les informations reçues devaient révéler une infraction pénale<sup>163</sup>.

Or, la coopération entre la FINMA et l'Office fédéral de la justice dans le cadre de l'analyse d'une autorisation de retransmission sert également à l'économie de procédure. Comme l'affirme à juste titre ALTHAUS « [...] Damit erübrigt sich die Einreichung eines Rechtshilfegesuchs in derselben Angelegenheit und die Durchführung eines weiteren Verfahrens, um unter Umständen dieselben Informationen zu übermitteln, welche bereits über das Amtshilfeverfahren ausgetauscht worden sind [...] »<sup>164</sup>. En effet, il serait superflu et absurde de demander à l'autorité étrangère de soumettre une deuxième requête d'entraide en matière judiciaire pour obtenir des informations dont elle est déjà en possession.

Il ressort de cette analyse que la FINMA peut donner suite à une requête d'entraide administrative même si une procédure pénale est pendante à l'étranger. Cette manière de procéder ne représente pas un contournement de l'entraide judiciaire, car les autorités de surveillance peuvent avoir leur propre intérêt légitime à obtenir des informations afin de faire respecter leur réglementation relative à la surveillance des marchés financiers<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> ALTAUS (2001), p. 241, traduction libre de l'allemand.

<sup>163</sup> Cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2A.567/2001 du 15 avril 2012, consid. 5.2.

<sup>164</sup> ALTAUS (2001), p. 242, traduction libre de l'allemand.

<sup>165</sup> ALTAUS (2001), p. 242, traduction libre de l'allemand.

## V. Audits hors du pays d'origine

Ce chapitre est consacré à l'audit hors du pays d'origine aussi appelé inspection sur place ou connu sous le terme allemand de *Vor-Ort-Kontrolle*. Aux termes de l'art. 43 LFINMA, la FINMA peut autoriser des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers à effectuer des audits auprès de succursales d'établissements étrangers sises en Suisse aux fins de la surveillance consolidée. Ci-après, nous analyserons brièvement les conditions pour délivrer une telle autorisation et nous nous focaliserons par la suite sur la nouvelle disposition législative en matière d'audit hors du pays d'origine.

### 1. Conditions d'autorisation et private banking carve-out

Avant de se prononcer sur une demande d'audit hors du pays d'origine, la FINMA vérifie si l'autorité de surveillance étrangère est compétente pour effectuer l'inspection sur place. Par la suite, elle analyse si les conditions cumulatives prévues à l'art. 43 LFINMA sont satisfaites.

En premier lieu, il faut que l'autorité étrangère soit responsable de la surveillance consolidée des établissements audités au titre de la surveillance incombant au pays d'origine (*home regulator*, cf. art. 43 al. 1 let. a LFINMA).

En deuxième lieu, l'autorité étrangère doit respecter les conditions de l'assistance administrative prévues à l'art. 42 al. 2 et 3 LFINMA. En particulier, les informations requises devront être utilisées exclusivement pour la surveillance prudentielle de l'établissement étranger en Suisse, exercée par l'autorité étrangère de surveillance, et seront transmises exclusivement à des autorités et à des tribunaux compétents, poursuivant des tâches de surveillance consolidée, avec l'accord préalable de la FINMA (art. 43 al. 1 let. a et b, et art. 43 al. 3 LFINMA).

A ces conditions vient s'ajouter le principe du *private banking carve-out*. Selon ce principe, les données concernant des clients ne peuvent pas être consultées directement sur place par les autorités étrangères, mais doivent être recueillies par la FINMA elle-même et transmises aux autorités de surveillance étrangères, en sauvegardant les droits procéduraux des clients concernés, par le biais de l'entraide administrative internationale. En effet, les inspections sur place ne doivent pas représenter un moyen de contourner l'entraide administrative afin d'obtenir des informations relatives aux clients.

Le principe du *private banking carve-out* figure dans différentes dispositions légales qui règlent la consultation des données relatives aux clients, comme par exemple les activités inhérentes à la gestion de fortune ou à l'octroi de crédits (art. 38a LBVM, art. 23<sup>septies</sup> LB, art. 143 LPCC), ces lois prévoient que les données clients ne peuvent pas être consultées directement sur place par les autorités étrangères lors d'audit hors du pays d'origine.

En présence d'une demande d'audit de la part d'une autorité de surveillance étrangère, l'art. 43 al. 3 LFINMA dresse une liste exemplaire des informations qui peuvent être visionnées. La loi prévoit qu'il s'agit en particulier des informations permettant d'établir au sein du groupe<sup>166</sup> :

---

<sup>166</sup> ALTHAUS (2001), p. 270, traduction libre de l'allemand.

- *si un établissement est organisé de manière appropriée.* Cette information est nécessaire par les autorités de surveillance étrangères afin de vérifier l'organisation et surveiller la structure de l'ensemble du groupe ;
- *s'il recense, limite et surveille de manière appropriée les risques encourus dans le cadre de ses activités ;*
- *s'il est dirigé par des personnes qui présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable.* Les organisations matricielles ont comme conséquence directe que les succursales ne supportent en principe pas l'entière responsabilité des affaires exercées au sein d'un groupe ; souvent celles-ci communiquent régulièrement et rendent des comptes à un responsable de section à l'étranger. Or, l'autorité étrangère doit surveiller le respect d'une activité irréprochable pour tout le groupe. Dès lors il se peut qu'elle nécessite des informations concernant des dirigeants d'une succursale en Suisse exerçant des activités transfrontalières ;
- *s'il satisfait aux dispositions relatives aux fonds propres et à la répartition des risques sur une base consolidée ;*
- *s'il remplit correctement son obligation de rendre compte aux autorités de surveillance.* L'autorité de surveillance étrangère a un intérêt légitime à la vérification de la révision interne, afin de s'assurer que les rapports périodiques et la dénonciation d'éventuelles irrégularités aient lieu.

L'art. 43 al. 4 LFINMA prévoit la possibilité pour la FINMA d'accompagner les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers lors des audits. Il sied enfin de relever que la FINMA peut exiger un programme d'inspection de la part des autorités étrangères afin de pouvoir vérifier les raisons et l'étendue de l'inspection planifiée.

## **2. Réglementation actuelle et standards internationaux**

La réglementation actuelle en matière d'audits hors du pays d'origine, ancrée à l'art. 43 LFINMA, n'est pas satisfaisante à plusieurs égards.

L'art. 43 LFINMA avec son contenu restrictif se révèle être problématique pour des entreprises suisses étant actives sur des marchés étrangers et désirant obtenir une licence pour la prestation de services financiers sur ce marché.

En effet, les autorités étrangères exigent de pouvoir procéder à des audits en dehors de la surveillance consolidée. Pour illustrer cette exigence et à titre d'exemple, on peut mentionner que si un institut financier aimerait procéder à un enregistrement comme *Swap Dealer* auprès de la *Commodities and Futures Trade Commission (CFTC)* américaine, cette autorité requiert de pouvoir surveiller l'activité exercée par le biais d'une inspection sur place. Au surplus, à l'heure actuelle les prestations de services transfrontaliers comme par exemple *l'outsourcing* dans le cadre de la gestion de fortune, ne sont pas réglées par la loi. Nous aimerions illustrer cette problématique à l'aide de l'exemple suivant :

*La banque X Investment sise en Allemagne décide d'externaliser la gestion de fortune de ses clients à la banque X Investment sise en Suisse. L'art. 43 LFINMA dans sa teneur actuelle ne permet pas à l'autorité de surveillance des marchés financiers allemande de se rendre en Suisse et d'effectuer une inspection sur place afin de surveiller l'activité externalisée auprès de la banque X Investment en Suisse. Ainsi, l'autorité de surveillance allemande pourra contrôler uniquement l'activité consolidée de la banque X Investment sise en Suisse sans toutefois avoir accès aux informations relatives à l'activité externalisée.*

Force est de constater que l'art. 43 LFINMA dans sa teneur actuelle ne correspond ni aux standards internationaux, ni aux exigences des autorités de surveillance étrangères. En effet, les autorités étrangères souhaitent pouvoir effectuer des inspections sur place pour d'autres activités dont elles exercent la surveillance et non pas uniquement pour la surveillance consolidée.

Pour ce qui a trait au principe du *private banking carve-out*, ce dernier donne lieu à des critiques à l'étranger. Nous sommes de l'avis que la législation suisse est trop restrictive à cet égard. A titre d'exemple, nous pouvons citer le cas d'une autorité étrangère qui aimerait se faire une opinion crédible sur le respect des normes réglementaires et des risques encourus par les instituts bancaires en relation avec l'identification des clients. Cette vérification est à l'heure actuelle possible uniquement en passant par une procédure client, ce qui nous semble absurde au vu de la nature des informations recherchées. Nous sommes de l'avis que le caviardage de ces données n'est pas une option envisageable, car cette démarche ne permet pas une vérification complète des informations recherchées et risque de déboucher sur une collecte d'informations incomplète et incohérente.

En guise de conclusion, nous aimerions mentionner encore que la réglementation actuelle en matière de *private banking carve-out* viole les recommandations du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB)<sup>167</sup> en matière de *Customer Due Diligence for Banks* d'octobre 2001 stipulant que l'on puisse au moins procéder à une vérification par sondage relative aux comptes et aux transactions des clients<sup>168</sup>. Cette exigence a été réitérée dans le *Consolidated KYC Risk Paper* d'octobre 2004 du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire<sup>169</sup> et plus récemment aussi dans le cadre de la révision des quarante recommandations du GAFI<sup>170</sup>.

---

<sup>167</sup> Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Basel Committee on Banking Supervision CBCB) a été fondé en 1974 par les gouverneurs des banques centrales du groupe des dix (G-10) au sein de la Banque des règlements internationaux (BRI) à Bâle. Le Comité se compose de représentants des banques centrales et des autorités de surveillance bancaire des 27 pays. En particulier, on consultera à ce titre : «<https://www.finma.ch/finma/internationales/gremien/basel/pages/default.aspx>» (12.9.2014).

<sup>168</sup> Cf. COMITÉ DE BALE SUR LE CONTROLE BANCAIRE (BCBS) / *Devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle*, ch. 64 et 68, on consultera à ce titre : «<http://www.bis.org/publ/bcbs85f.pdf>» (12.9.2014).

<sup>169</sup> Cf. COMITÉ DE BALE SUR LE CONTROLE BANCAIRE (BCBS) / *Consolidated KYC Risk Management*, ch. 21 et 25, on consultera à ce titre : «<http://www.bis.org/publ/bcbs110.pdf>» (12.9.2014).

<sup>170</sup> Le GAFI est un organisme intergouvernemental qui établit des normes, développe et assure la promotion de politiques de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Pour les quarante recommandations, on consultera : «[http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF\\_Recommendations.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf)» (12.9.2014).

### 3. Communication directe conformément à l'art. 4<sup>quinquies</sup> LB

Conformément à l'art. 4<sup>quinquies</sup> LB, les banques peuvent communiquer directement à leurs sociétés mères les informations et documents non accessibles au public, nécessaires à la surveillance consolidée. Comme le souligne l'art. 4<sup>quinquies</sup> al. 1 LB une telle communication est possible uniquement si les sociétés mères sont elles-mêmes surveillées par une autorité de surveillance des banques ou des marchés financiers. Dès lors, l'art. 4<sup>quinquies</sup> LB peut représenter une base légale suffisante, autorisant la transmission d'informations à l'étranger.

A teneur de l'art. 4<sup>quinquies</sup> al. 1 let. a – c LB, la transmission d'informations et de documents aux sociétés mères doit remplir des conditions exposées ci-après.

- Les informations doivent être transmises *aux sociétés mères* :

L'art. 4<sup>quinquies</sup> LB permet la transmission d'informations à l'intérieur d'un groupe, à savoir à la maison mère et non directement à une autorité de surveillance étrangère. En l'espèce, il y a lieu de considérer que les maisons mères elles-mêmes ont un intérêt propre à l'obtention des informations de la part de leurs filiales/succursales à des fins de surveillance.

Une fois les informations récoltées, les maisons mères peuvent les retransmettre à leur autorité de surveillance respective ou à la société d'audit du groupe mais seulement à la condition que les informations soient utilisées aux mêmes fins.

- Les informations recueillies *seront utilisées exclusivement à des fins de contrôle interne ou de surveillance directe des banques* ou d'autres intermédiaires financiers soumis à autorisation (principe de spécialité).

Cette disposition ne permet pas d'identifier le but exact pour lequel les informations peuvent être utilisées. Il appartient donc aux banques de déterminer au cas par cas quelles informations seront utilisées à des fins de contrôle interne ou de surveillance directe.

- La société mère et *l'autorité compétente pour la surveillance consolidée* sont liées par *le secret professionnel ou le secret de fonction*.
- *Les informations peuvent être transmises seulement à des tiers avec l'autorisation préalable de la banque ou une autorisation générale contenue dans un traité international.*

L'art 4<sup>quinquies</sup> LB permet également de transférer des données concernant des clients. Cela dit, cette disposition ne permet pas le contournement systématique de la procédure client applicable à l'entraide administrative en matière de surveillance des marchés financiers. Il appartiendra aux banques de vérifier au cas par cas la nature et l'étendue des informations relatives aux clients qu'elles peuvent transférer.

A cet égard, mentionnons encore que si l'autorité du pays d'origine souhaiterait avoir accès à des données concernant des clients, leur transmission est admissible en vertu de l'art. 4<sup>quinquies</sup> LB, à des fins restreintes. Ainsi, il est admis que des données clients puissent être transmises aux autorités afin de déterminer la concentration de risques (*Klumpenrisiken*), les risques dans

le cadre de l'examen des fonds propres et le respect des dispositions relatives à la répartition des risques avec le pays d'origine.

En effet, l'autorité du pays d'origine a besoin, pour la surveillance consolidée, d'informations concernant le respect des dispositions sur les fonds propres et la répartition des risques qui doivent être mises en place sur base consolidée conformément à son droit national. Lorsqu'elle examine les prescriptions en matière de fonds propres et de répartition des risques, elle a un intérêt prudentiel légitime à obtenir l'accès aux données relatives aux clients afin d'examiner, ou de faire contrôler par un organe de révision, s'il existe des risques importants au niveau du groupe. Cet accès concerne également les cumuls de risques prévus par le droit suisse<sup>171</sup>. En cas de doute et à teneur de l'art. 4<sup>quinquies</sup> al. 4 LB, les banques peuvent requérir de la FINMA une décision autorisant ou interdisant la transmission d'informations.

#### 4. Modifications législatives en matière d'audit hors du pays d'origine (nouvel art. 43 LFINMA)

Ci-après, nous exposerons brièvement la différence entre l'art. 43 LFINMA dans sa teneur actuelle (*de lege lata*) et la nouvelle disposition législative (*de lege ferenda*) telle qu'elle figure dans l'avant-projet de la LIMF. Le but étant d'illustrer, d'une part, les différences avec la disposition actuelle et, d'autre part, de démontrer que cette nouvelle disposition permettrait à la FINMA, si elle entre en vigueur, de satisfaire aux standards internationaux en matière d'inspection sur place.

##### Nouvel art. 43 LFINMA :

[Les passages **en gras** ont été mis en exergue par l'auteur du présent mémoire et illustrent les nouveautés par rapport aux dispositions actuellement en vigueur.]

« <sup>1</sup> La FINMA peut, afin d'assurer l'application des lois sur les marchés financiers, procéder elle-même ou faire procéder par une société d'audit ou par des auditeurs à des audits directs dans des **établissements d'assujettis sis à l'étranger**.

Dans ce nouvel alinéa 1, il n'est plus question « d'établissement dont la FINMA assume la surveillance consolidée incombant au pays d'origine »<sup>172</sup>. Il s'ensuit que la notion d'établissement a été élargie et comprend désormais tous les assujettis et non pas seulement un assujetti pour lequel la FINMA exerce la surveillance consolidée.

<sup>2</sup> Elle peut autoriser des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers à procéder à des audits directs aux conditions suivantes :

- a. ces autorités sont responsables de la surveillance des assujettis audités au titre de la surveillance incombant au pays d'origine ou sont chargées de **surveiller l'activité des assujettis** audités sur leur territoire;
- b. elles respectent les conditions de l'assistance administrative prévues à l'art. 42.

<sup>171</sup> Message du 27 mai 1998 sur la révision de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 27 mai 1998, FF 1998 IV 3349, p. 3401.

<sup>172</sup> Art. 43 al. 1 LFINMA.

Dans ce nouvel alinéa 2, il n'est plus question « *d'établissements suisses de sociétés étrangères* »<sup>173</sup>. Il s'ensuit que la notion a été élargie et que l'autorité étrangère a désormais la possibilité de demander un audit pour toute activité exercée par l'un de ses assujettis à l'étranger. Dès lors, les inspections sur place seront non seulement possibles en matière de surveillance consolidée mais également pour toute activité exercée par un institut financier.

*<sup>4</sup> Si une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers, lors de contrôles directs en Suisse, souhaite avoir accès à des informations qui sont liées directement ou indirectement à des opérations de gestion de fortune, de négoce de valeurs mobilières ou de placement pour le compte de clients, la FINMA recueille elle-même ces informations et les transmet à l'autorité requérante. Il en va de même pour les informations concernant directement ou indirectement les investisseurs dans des placements collectifs de capitaux. L'art. 42a est applicable. La FINMA peut autoriser, aux fins de l'al. 3, l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers, qui est responsable de la surveillance consolidée des assujettis audités, à **procéder à des vérifications par sondages dans certains dossiers de clients.** »*

La première partie de ce nouvel alinéa 4 regroupe toutes les dispositions relatives aux données clients qui actuellement sont dispersées dans différentes lois (art. 38a LBVM, art. 23<sup>septies</sup> LB et art. 143 LPCC). Cette nouvelle disposition prévoit que les données relatives aux clients doivent, dans un premier temps, être recueillies par la FINMA et seront par la suite transmises aux autorités de surveillance étrangères par le biais de l'entraide administrative. Ainsi, les droits procéduraux des clients concernés sont sauvegardés.

A notre sens, la vraie nouveauté de cet article réside dans le fait que les autorités étrangères peuvent désormais procéder à la vérification par sondages de certains dossiers clients à l'occasion de leurs inspections sur place. Cette possibilité affaiblit le principe du *private banking carve-out*. Comme nous l'avons évoqué précédemment, cette pratique est partie intégrante des recommandations du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB) en matière de *Customer Due Diligence for Banks*. Ainsi, son introduction permettrait à la FINMA de s'aligner sur les standards internationaux.

---

<sup>173</sup> Art. 43 al. 1 LFINMA.

## VI. Modifications législatives en matière d'entraide administrative

Dans ce dernier chapitre, nous présenterons dans un premier temps brièvement le cadre dans lequel s'inscrit la coopération avec les autorités étrangères. Par la suite, nous exposerons les modifications législatives en matière d'entraide administrative dans l'avant-projet de la LIMF faisant actuellement l'objet d'une deuxième consultation des offices. Nous nous focaliserons en particulier sur la nouvelle disposition relative à la procédure client qui sera introduite dans la LFINMA. En dernier lieu, nous démontrerons les avantages et les inconvénients juridiques de cette nouvelle disposition et tenterons par la même occasion d'en dessiner les perspectives tant sur le plan législatif qu'à l'échelle internationale.

### 1. Contexte international et procédure client

Lors du traitement des requêtes en matière d'entraide boursière, la FINMA est confrontée, d'une part, à une pression croissante de la part de ses homologues étrangers et des organisations internationales et, d'autre part, elle se doit d'appliquer une législation et une jurisprudence restrictive en la matière. L'absence d'une base juridique adéquate pour assurer une coopération efficace en matière d'échange d'informations a déjà fait l'objet d'une forte critique au niveau international. En 2010, la FINMA a réussi à devenir Signataire A du IOSCO MMoU. Il sied de relever que le IOSCO MMoU représente un standard minimal à l'échelle internationale en matière de coopération entre autorités étrangères de surveillance des marchés. A titre d'exemple, nous pouvons mentionner qu'avec l'adoption de la directive de l'Union européenne pour les gestionnaires de fonds d'investissements alternatifs (AIFMD), l'accès aux marchés des prestataires provenant d'Etats tiers dépend, pour la gestion ou la distribution de fonds d'investissement alternatifs, d'un accord de coopération se basant sur le IOSCO MMoU.<sup>174</sup> Le *Financial Stability Board (FSB)* considère le IOSCO MMoU comme un standard international et publie à cet effet régulièrement une liste dressant les Etats qui ne respectent pas ce standard<sup>175</sup>.

La FINMA risque de perdre le statut de Signataire A du IOSCO MMoU et de se retrouver sur une liste noire des pays non coopératifs suite à la procédure client qui, à l'étranger, est perçue comme une spécialité suisse<sup>176</sup>. Le problème réside dans le fait que la procédure client prévue à l'art. 38 LBVM a lieu des mois avant que l'identité des suspects puisse être révélée à l'autorité étrangère par la transmission des informations requises. Par conséquent, cette dernière est susceptible de favoriser la destruction de preuves et ainsi de nuire à l'investigation menée à l'étranger. Au vu de ce qui précède, une réforme des dispositions légales en matière d'entraide administrative et une harmonisation avec les standards internationaux en matière d'échange d'informations sont indispensables.

<sup>174</sup> EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA) / *Consultation paper* du mois d'août 2011, ESMA/2011/270, p. 7 et 14, on consultera à ce titre : «[http://www.esma.europa.eu/system/files/2011\\_270.pdf](http://www.esma.europa.eu/system/files/2011_270.pdf)» (12.9.2014). La Consultation portait sur la mise en œuvre de la directive de l'Union européenne 2011/61 du 8 juin 2011 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (AIFMD).

<sup>175</sup> FINANCIAL STABILITY BOARD / Update du FSB on *global adherence to regulatory and supervisory standards on international cooperation and information exchange* du 2 novembre 2012, on consultera à ce titre : «[http://www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_121102a.htm](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_121102a.htm)» (12.9.2014).

<sup>176</sup> La Suisse et le Liechtenstein sont les seuls pays qui prévoient une procédure client. Contrairement à la législation suisse, le Liechtenstein dispose de la possibilité de transmettre des informations relatives aux clients sans information préalable des personnes concernées.

## 2. Nouvelles dispositions en matière d'entraide administrative (nouvel art. 42 et 42a LFINMA)

Le nouvel art. 42 LFINMA élargit la possibilité de la transmission des données à l'étranger et apporte essentiellement trois innovations :

- Les autorités étrangères ne doivent plus demander l'autorisation préalable à la FINMA ou disposer d'une autorisation générale prévue dans un traité international pour retransmettre les informations à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public<sup>177</sup>.
- Quant à l'utilisation des informations reçues par la FINMA, la nouvelle disposition prévoit que les autorités étrangères ne sont plus obligées d'utiliser ces informations exclusivement à des fins de surveillance directe d'établissements étrangers mais peuvent les utiliser *exclusivement pour la mise en œuvre des lois sur les marchés financiers*<sup>178</sup>.
- Il y a une concrétisation du principe selon lequel la FINMA peut, en accord avec l'Office fédéral de la justice, autoriser la retransmission des informations à des autorités pénales à d'autres fins que la mise en œuvre des lois sur les marchés financiers, à condition que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue<sup>179</sup>.

Nous sommes de l'avis que ces modifications, en particulier l'abrogation du principe de la *longue main*<sup>180</sup>, permettent à la FINMA de se conformer aux standards internationaux et facilitent en conséquence, la coopération avec les autorités étrangères. Ainsi, le principe dit de la *longue main* est obsolète en matière de réglementation de l'Union européenne. A titre d'exemple, nous pouvons mentionner que l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP)<sup>181</sup> dispose d'une banque de données accessible pour tous les membres. Cela correspond *de facto* à une retransmission d'informations n'étant pas compatible avec la teneur actuelle de l'art. 42 al. 2 let. b LFINMA qui exige une autorisation préalable de la FINMA avant chaque retransmission d'informations à des tierces autorités.

Pour ce qui est de l'échange d'informations, relevons que la FINMA est confrontée à des demandes croissantes de collectes de données de la part d'organismes internationaux de surveillance comme par exemple l'OICV ou le FSB. Sur le plan international, les autorités de surveillance exigent la transmission d'informations aux fins de la surveillance des risques systémiques dans le cadre de la surveillance macro prudentielle. Les homologues étrangers, quant à eux, exigent la transmission d'informations sur les intervenants financiers agissant sur leurs marchés. On se focalise de plus en plus sur une surveillance basée sur les marchés au lieu et à la place d'une surveillance basée sur les instituts financiers.

---

<sup>177</sup> Cf. nouvel art. 42 al. 2 LFINMA.

<sup>178</sup> Cf. nouvel art. 42 al. 2 let. a LFINMA.

<sup>179</sup> Cf. nouvel art. 42 al. 5 LFINMA.

<sup>180</sup> Le principe dit de la *longue main* prévoit que l'autorité requérante doit demander la permission à l'autorité requise avant de transmettre les informations reçues à des tierces autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public (cf. art. 42 al. 2 let. b LFINMA). Ce principe permet à la FINMA de ne pas perdre le contrôle des informations transmises aux autorités étrangères.

<sup>181</sup> *European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA)*.

Le nouvel art. 42a LFINMA, quant à lui, traite de l'édition d'informations auprès des tiers détenteurs, de la consultation de la correspondance avec l'autorité étrangère et de la procédure client. Cette nouvelle disposition apporte principalement quatre nouveautés :

- La FINMA a désormais la possibilité de refuser la consultation de la correspondance avec les autorités étrangères. Cependant, reste réservé l'art. 28 PA prévoyant qu'une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves<sup>182</sup>.
- Pour ce qui est de l'information des clients concernés par la requête d'entraide, la FINMA peut s'abstenir *a priori* d'une telle communication si cette dernière compromet le but de l'assistance administrative ou l'accomplissement efficace des tâches de l'autorité requérante. Les clients concernés seront informés *a posteriori*<sup>183</sup>.
- Les détenteurs de renseignements et les autorités qui ont été mises au courant de la demande d'entraide sont soumis à une interdiction de communiquer tant que la FINMA n'a pas informé les clients concernés de la requête d'entraide administrative<sup>184</sup>.
- En présence d'un cas où l'information préalable du client compromettrait le but de l'assistance administrative ou l'accomplissement efficace des tâches de l'autorité requérante, la FINMA peut s'abstenir d'informer les clients concernés avant de transmettre les informations à l'autorité requérante. Le cas échéant, les conclusions de la demande en justice ne peuvent qu'invoquer la constatation de la non-conformité au droit<sup>185</sup>.

Ci-après, nous exposerons brièvement quel bénéfice la FINMA tire de ces modifications législatives en matière d'entraide administrative dans le cadre de l'accomplissement de sa tâche, à savoir la coopération internationale.

En premier lieu, la possibilité de refuser la consultation de la correspondance avec l'autorité étrangère permet à la FINMA de préserver le caractère confidentiel de la correspondance entre les autorités de surveillance conformément à l'art. 11a du IOSCO MMoU. Ce nonobstant, la doctrine affirme que l'étendue du droit d'accès au dossier doit être appréciée au cas par cas et en effectuant une pesée des intérêts, à savoir entre l'intérêt du particulier à pouvoir consulter les pièces du dossier et l'intérêt public à ce que le secret soit gardé<sup>186</sup>.

Par conséquent, cette nouvelle disposition ne doit pas induire la FINMA à exclure de manière systématique la correspondance avec l'autorité étrangère du dossier. A cet égard, nous sommes de l'avis que la jurisprudence rendue par le TAF, prévoyant qu'une restriction à la consultation du dossier doit faire l'objet d'un examen attentif et complet, doit continuer de s'appliquer avec l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition. En particulier, les intérêts en conflit doivent être appréciés par l'autorité conformément à son pouvoir d'appréciation tout en

---

<sup>182</sup> Cf. nouvel art. 42a al. 3 LFINMA.

<sup>183</sup> Cf. nouvel art. 42a al. 4 LFINMA.

<sup>184</sup> Cf. nouvel art. 42a al. 5 LFINMA.

<sup>185</sup> Cf. nouvel art. 42a al. 6 *in fine* LFINMA.

<sup>186</sup> Cf. B. WALDMANN/ M. OESCHGER ad Art. 27 VwVG N 3 in: B. WALDMANN/ P. WEISSENERGER, *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève 2009.

respectant le principe de la proportionnalité<sup>187</sup>. Le but de cette nouvelle disposition n'est pas d'exclure d'emblée toute la correspondance avec l'autorité étrangère de l'accès au dossier. Au contraire, elle doit permettre à la FINMA d'opérer une pesée des intérêts privés et/ou publics en jeu et seulement s'il s'avère nécessaire, d'exclure la correspondance avec l'autorité étrangère de l'accès au dossier.

Cette nouvelle disposition réserve expressément l'application de l'art. 28 PA, ce qui représente une pondération au refus à la consultation de la requête d'entraide. Le TAF a eu lieu d'évoquer dans une jurisprudence que l'art. 28 PA est applicable uniquement lorsque la consultation a été entièrement refusée ou si une pièce a été en partie caviardée en application de l'art. 27 al. 2 PA en raison de l'existence d'un intérêt prépondérant au secret. Au surplus il faut que la pièce ait été mise partiellement à disposition des parties concernées que pour les éléments supprimés<sup>188</sup>.

En second lieu, nous sommes de l'avis que la possibilité d'informer le client concerné par la requête d'entraide administrative *a posteriori* permet à la FINMA de soutenir les autorités étrangères lors des investigations menées à l'étranger de manière efficace et de transmettre les informations nécessitées dans un délai raisonnable. Relevons toutefois qu'une telle procédure *a posteriori* est possible uniquement à condition que la communication au client compromette *le but de l'assistance administrative ou l'accomplissement efficace des tâches de l'autorité requérante*.

Cet aspect comporte deux volets :

Premièrement, l'autorité étrangère doit soumettre à la FINMA les éléments démontrant qu'en cas de communication aux clients, la procédure à l'étranger sera compromise et/ou que l'autorité ne sera plus en mesure d'accomplir ses tâches.

Deuxièmement, la FINMA doit procéder à une analyse approfondie des arguments invoqués par l'autorité étrangère. Conformément au principe de la proportionnalité, cette analyse doit se faire en procédant à une pesée des intérêts entre, d'une part, l'intérêt du particulier à être informé et, d'autre part, les arguments invoqués par l'autorité étrangère à ce que le secret soit gardé. A titre d'exemple, ces intérêts pourraient consister en un danger de collusion ou de disparition de valeurs patrimoniales provenant d'un délit ou d'un crime.

Rappelons que toutes les autres conditions pour fournir l'assistance administrative doivent également être remplies lors de la transmission des informations (compétence de l'autorité étrangère, principes de la spécialité et de la confidentialité, proportionnalité, soupçon initial, tiers non impliqué, etc.).

Chaque nouveauté comporte des avantages et des inconvénients. Ainsi, dans le cadre d'une transmission des informations à l'autorité étrangère sans communication préalable au client concerné et à teneur du nouvel art. 42 al. 6 *in fine* LFINMA, ledit client pourra se retourner contre la FINMA et invoquer la constatation de la *non-conformité au droit*. Cette disposition mérite quelques réflexions. Ainsi, une non-conformité au droit, en cas de transmission d'informations de manière injustifiée à une autorité étrangère, ouvre la voie pour tenter une action en responsabilité de l'Etat au sens de l'art. 19 LRCF, par renvoi de l'art. 19 LFINMA.

---

<sup>187</sup> BVGE 2012/19 consid. 4.1.1. *in fine* et les références citées.

<sup>188</sup> BVGE 2012/19 consid. 4.3. et les références citées.

La nouvelle norme ne contient pas d'indication quant au moment auquel le client doit être informé de la transmission des informations le concernant à l'autorité de surveillance étrangère. Cependant, conformément au principe de la bonne foi régissant toute activité de l'administration, le client doit être informé sans délai de la transmission des informations et documents le concernant à l'autorité requérante. Par conséquent, la FINMA devra émettre une décision formelle au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA à l'attention du client concerné en exposant les faits, les considérants et les moyens de droit.

[Les passages **en gras** ont été mis en exergue par l'auteur du présent mémoire.]

L'art. 19 LRCF contient trois aspects qui méritent d'être soulevés : premièrement le dommage doit avoir été causé **sans droit par un fonctionnaire de la Confédération dans l'exercice de ses fonctions** et deuxièmement c'est **l'institution elle-même qui statue sur les réclamations** contestées de tiers qui sont dirigées contre elle.

La LRCF instaure une responsabilité publique objective en prévoyant une responsabilité exclusive de l'Etat pour les préjudices causés par les agents dans l'exercice de leur fonction publique. Cela signifie que l'Etat répond à la place de l'agent et en vertu de l'art. 3 al. 1 LRCF même en absence de faute de ce dernier. A teneur de l'art. 7 LRCF, seul l'Etat peut se retourner contre son fonctionnaire lorsque certaines conditions sont remplies<sup>189</sup>. Le client ne pourra donc pas agir envers le fonctionnaire mais devra intenter une action contre l'Etat. A cet égard, se pose la question de savoir si la FINMA est compétente pour connaître d'actions en responsabilité de l'Etat.

Dans une jurisprudence récente, le TAF a eu l'occasion de se prononcer sur cette question en précisant que « [...] La FINMA revêt sans conteste le statut d'institution indépendante de l'administration, laquelle répond en premier lieu elle-même des dommages qu'elle cause à des tiers à travers ses organes et ses employés, au sens de l'art. 19 LRCF [...]. Son statut est en effet celui d'un établissement de droit public autonome et doté de la personnalité morale [...] »<sup>190</sup>.

A ce stade, il convient de préciser que l'action en responsabilité de l'Etat est subsidiaire. En effet, le client devra d'abord recourir contre la décision de transmission de la FINMA auprès du TAF. C'est seulement lorsqu'il aura obtenu gain de cause dans un jugement constatant l'illicéité de la transmission des informations à l'autorité étrangère par la FINMA qu'il pourra intenter une action en responsabilité de l'Etat.

S'il est avéré que la FINMA a transmis des informations à une autorité étrangère sans droit par le biais de l'entraide administrative, le client concerné peut intenter une action en responsabilité de l'Etat en réclamant des dommages et intérêts ou des indemnités pour la réparation d'un tort moral à la FINMA. Dès lors, la FINMA doit rendre une décision sujette à recours au sens de l'art. 5 al. 1 let. c PA en relation avec l'art. 19 al. 3 LRCF.

Le client doit observer les délais de prescriptions relatifs et absolus prévus par la LRCF. En effet, aux termes de l'art. 20 al. 1 LRCF, la responsabilité de la Confédération ou de l'institution indépendante s'éteint si le lésé n'introduit pas sa demande de dommages et intérêts ou d'indemnité à titre de réparation morale dans l'année à compter du jour où il a eu connaissance du dommage, et en tout cas dans les dix ans à compter de l'acte dommageable.

---

<sup>189</sup> F. WERRO, *La responsabilité civile*, 2005, Berne, p. 12, n° 31.

<sup>190</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-893/2013 du 19 mars 2014, consid. 3.1.1.3.

Dans une jurisprudence récente, le TAF a décrit les conditions s'appliquant à la responsabilité de la FINMA, de ses organes, de son personnel et des personnes mandatées par elle de la manière suivante <sup>191</sup>.

« [...] L'art. 3 LRFC subordonne la responsabilité de la FINMA pour un dommage matériel aux conditions cumulatives suivantes :

- Il faut un comportement illicite d'un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ;
- Un dommage ; et
- Un lien de causalité entre ces deux éléments.

Les conditions de base de l'art. 3 LRFC sont aussi applicables à la réparation du tort moral prévue à l'art. 6 LRFC. Pour qu'une réparation morale soit due, les conditions supplémentaires suivantes doivent être remplies :

- Le fonctionnaire doit avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions ; et
- Le dommage immatériel doit représenter une grave atteinte à la personnalité qui se traduit par une atteinte à l'intégrité psychique dépassant par son intensité celle qu'une personne ordinaire est en mesure de supporter seule sans l'intervention de l'autorité.

Si l'action en responsabilité est dirigée contre la FINMA, les exigences précitées sont complétées et précisées à l'art. 19 al. 2 LFINMA. Selon cette disposition, la FINMA et les personnes que celle-ci a mandatées sont responsables uniquement aux conditions suivantes :

- elles ont violé des devoirs essentiels de fonction ;
- l'assujetti (à la surveillance des marchés financiers; cf. art. 3 LFINMA) n'a pas causé les dommages en violant ses obligations.

Autrement dit, la responsabilité de la FINMA suppose une illicéité aggravée, qui n'existe pas du simple fait que celle-ci a mal exercé son large pouvoir d'appréciation ou a pris une décision qui s'avère par la suite erronée. Encore faut-il qu'elle ait commis une violation grave et manifeste d'un devoir important de fonction, condition qui reprend en substance les acquis de la responsabilité de l'Etat en raison d'un acte juridique [...]. Enfin, la présence d'une infraction commise par l'assujetti lui-même exclut – en rompant le lien de causalité – toute responsabilité de la FINMA, même si l'agent a enfreint un devoir essentiel de fonction [...].»

A la lumière de ce qui précède, une action en responsabilité contre la FINMA peut s'avérer difficile. Le premier obstacle pour le client consiste à prouver quel dommage quantifiable il a subi du fait de la transmission des informations à l'autorité requérante. L'apport de cette preuve s'avère d'autant plus difficile si l'on considère qu'au moment de la transmission des informations, l'autorité étrangère se trouve souvent à un stade initial de son enquête ; elle ne sait donc pas si les informations requises feront progresser l'enquête ou pas. A cela vient s'ajouter le fait que le client sera entendu et pourra faire valoir ses droits de défense lors de la procédure qui aura lieu à l'étranger.

---

<sup>191</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-893/2013 du 19 mars 2014, consid. 4.1 et les références citées.

## Conclusion

Depuis quelques années et surtout après la crise financière de 2008, la transparence des marchés financiers est devenue de plus en plus importante. Il en résulte une globalisation des marchés et un échange d'informations renforcé et intense entre les autorités de surveillance étrangères. Au cours de ce travail, nous avons rapidement réalisé que cette coopération n'est pas uniquement importante aux fins de la surveillance prudentielle des instituts financiers ainsi que de celle des marchés financiers en général, mais également pour l'accès aux marchés étrangers des sociétés de groupe.

Ci-après, nous exposerons brièvement les éléments essentiels qui ressortent du présent travail.

L'enjeu initial de ce travail était d'analyser si les dispositions légales en matière d'entraide administrative internationale sous sa forme actuelle étaient en adéquation avec les standards internationaux et, partant, propices à l'échange d'informations entre autorités de surveillance des marchés financiers.

Dans un premier temps, nous nous sommes interrogée sur le fait de savoir si la procédure client ancrée à l'art. 38 LBVM entravait l'échange d'informations entre autorités. En effet, dans la mesure où les informations ne peuvent pas être transmises aux autorités requérantes en raison d'un recours pendant devant le Tribunal administratif fédéral, les investigations menées à l'étranger sont bloquées. La procédure préalable en Suisse, avant même que l'autorité requérante obtienne les noms des personnes suspectes, permet aux personnes impliquées de faire disparaître des gains réalisés illicitement et de détruire des preuves. Ainsi, ces personnes profitent d'une protection qui n'était manifestement pas voulue par le législateur, d'autant plus que ces clients représentent un risque de réputation pour les banques et la place financière suisse.

Force est de constater que les dispositions sur l'entraide administrative sous leur forme actuelle ne sont ni conformes aux standards internationaux, ni satisfaisantes du point de vue de la surveillance des marchés financiers. Au contraire, elles ralentissent la procédure d'investigation à l'étranger et empêchent l'accès aux marchés des établissements financiers et des sociétés de groupe.

Les dispositions législatives suisses ne prévoient pas à l'heure actuelle des exceptions à la conduite d'une procédure client, ni pour des cas particulièrement urgents, ni en présence d'intérêts compromettant sérieusement l'investigation de l'autorité étrangère. De ce fait, les intervenants sur les marchés étrangers ayant un compte bancaire en Suisse profitent de cette situation en utilisant la procédure client pour déjouer l'investigation en cours à l'étranger et ralentir la transmission d'informations aux autorités requérantes. Ces problèmes, tous liés à la procédure client, conduisent à une perpétuation de l'image de la place financière suisse comme *paradis offshore*.

L'échange d'informations ne concerne pas seulement les délits en matière boursière mais aussi le secteur de la surveillance consolidée des sociétés de groupe. En effet, les sociétés de groupe diversifient leur activité et développent des implantations à l'étranger. Cette internationalisation du marché a pour conséquence directe qu'une surveillance organisée par pays et par secteur d'activité n'est plus envisageable. Le principe selon lequel ces groupes doivent être surveillés de manière consolidée et que la surveillance globale doit se faire par l'autorité où la société mère a son siège s'est imposé à l'échelle mondiale. A cet égard, nous avons déjà eu l'occasion de soulever que la réglementation suisse se limite ici aux flux

d'informations des sociétés filles suisses aux sociétés mères étrangères. Il est évident que cette pratique, tout comme le principe du *private banking carve-out*, n'est pas acceptée par les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers.

Le législateur, par le biais de cette réforme, semble démontrer sa volonté de s'adapter aux standards internationaux, car dans le cadre de la création de la LIMF, les diverses dispositions relatives à l'assistance administrative seront regroupées dans une réglementation unique dans la LFINMA favorisant ainsi l'échange d'informations avec les autorités étrangères et assouplissant les conditions pour effectuer des inspections sur place.

Il est donc crucial que les nouvelles dispositions relatives à l'entraide administrative et aux inspections sur place soient acceptées par le Parlement suisse cet automne. A la différence des autres questions en relation avec la régulation des marchés financiers où il existe une certaine latitude en ce qui concerne l'amélioration du cadre normatif suisse et où une solution *swiss finish* doit être à tout prix évitée, il n'existe de toute évidence plus de marge de manœuvre en matière d'entraide administrative internationale. Si les dispositions en matière d'entraide administrative, et particulièrement les dispositions ayant trait à la procédure client, ne devaient pas être reformées, la Suisse sera tôt ou tard mise à l'écart et l'accès aux marchés internationaux deviendra de plus en plus difficile. Sans compter la perte du statut de Signataire A du IOSCO MMoU et les conséquences qui en découleraient.

A la lumière de ce qui précède, nous aimerions clore en soulignant qu'un échange d'informations illimité entre autorités de surveillance étrangères serait en contradiction fondamentale avec les réalités suisses. Mais compte tenu de la critique toujours plus forte de la part des autorités étrangères, de la jurisprudence restrictive en matière d'accès au dossier et surtout face à la diversification et à l'internationalisation de l'activité bancaire, la seule option valable reste bel et bien une adaptation du cadre législatif aux standards internationaux.