

Entraide administrative

La FINMA publie un rapport sur l'entraide administrative

Par Philipp Fischer le 25 septembre 2009

Au cours des derniers mois, l'entraide internationale en matière fiscale et, dans une moindre mesure, l'entraide internationale en matière civile ont occupé les devants de la scène médiatique et politique. L'entraide administrative au sens de l'art. 38 de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (« LBVM ») avait, quant à elle, fait l'objet d'intenses débats en février 2006 lors de l'entrée en vigueur d'une modification législative destinée à assouplir les conditions applicables à la transmission d'informations à l'étranger par le biais de ce mécanisme de coopération internationale. Plus de trois ans après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la FINMA dresse un premier bilan dans un [rapport](#) publié le 16 septembre 2009 (le « Rapport »).

Dans le Rapport, la FINMA rappelle qu'elle recourt elle-même à l'entraide administrative pour obtenir des informations utiles à la conduite de ses enquêtes, notamment dans le cadre de procédures portant sur de possibles violations d'obligations d'annonce de participations. Dans l'écrasante majorité des cas, la FINMA agit toutefois en qualité d'autorité requise appelée à traiter les demandes d'entraide transmises par ses homologues étrangers.

La transmission d'informations à l'étranger est soumise à une série de principes fondamentaux :

- (i) Principe de spécialité : les informations transmises à l'étranger doivent être utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation (étrangère) sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières ou les négociants en valeurs mobilières. L'utilisation de ces informations à d'autres fins (notamment fiscales) n'est pas autorisée sans le consentement préalable de la FINMA (principe du long-bras). L'assentiment de l'Office fédéral de la justice est requis en cas d'utilisation de ces informations dans le cadre de procédures pénales non liées à l'application du droit de la surveillance des marchés.
- (ii) Principe de confidentialité : l'autorité requérante doit être liée par un secret de fonction, même si les dispositions relatives à la publicité des procédures à l'étranger sont expressément réservées.
- (iii) Principe de proportionnalité : la FINMA doit s'assurer, en début de procédure, de l'existence d'un soupçon initial de violation du droit (étranger) et vérifier, en fin de procédure, que seules des informations pertinentes pour la procédure étrangère sont transmises. La FINMA, avec l'approbation du Tribunal administratif fédéral, privilégie une interprétation très large de la notion de soupçon initial, si bien que seuls des cas flagrants de fishing expedition sont susceptibles de violer cette condition.

Dans le Rapport, la FINMA met en relief les éléments suivants :

- Le Rapport contient un descriptif détaillé des différentes étapes d'une procédure d'entraide administrative. Ce panorama procédural ne manquera pas d'intéresser tout intermédiaire

financier ou praticien amené à conseiller un client visé par une telle procédure (Rapport, pp. 13 ss).

– La FINMA insiste sur le fait que même des entités ou personnes non soumises à sa surveillance, comme par exemple les gestionnaires de fortune indépendants et les investisseurs privés, sont également tenues de donner des renseignements permettant à l'autorité suisse d'accorder l'entraide à une autorité étrangère (Rapport, p. 15).

– La FINMA rappelle que l'une des particularités du système suisse est de permettre au client au sujet duquel des informations sont susceptibles d'être transmises d'obtenir une décision formelle susceptible de recours au Tribunal administratif fédéral dans un délai de 10 jours. Cette autorité judiciaire tranche en dernière instance. L'existence de cette voie de recours surprend parfois les autorités étrangères requérantes dont les ordres juridiques ne se montrent pas nécessairement aussi protecteurs des intérêts des clients concernés (Rapport, pp. 16 ss).

– Finalement, le Rapport rappelle que la position de « tiers non impliqué » (qui permet à un client de faire échec à la transmission d'informations le concernant) est soumise à trois conditions cumulatives : (i) le client a conclu avec son gérant un contrat écrit de gestion de fortune avant la transaction litigieuse, (ii) la transaction a été faite à l'insu du client et (iii) aucune autre circonstance n'indique que le client sur le compte duquel la transaction a été effectuée pourrait avoir été mêlé à cette dernière. La marge d'appréciation inhérente à la troisième condition permet sans doute d'expliquer pourquoi cet argument, souvent invoqué par les clients visés par une requête d'entraide, n'a que de très faibles chances de succès devant la FINMA et le Tribunal administratif fédéral (Rapport, pp. 19 ss).

La FINMA conclut le Rapport en insistant sur l'importance pratique de l'entraide administrative internationale, véritable pont entre les activités de plus en plus globales des acteurs des marchés financiers et la surveillance qui, quant à elle, reste en principe nationale.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Philipp Fischer, La FINMA publie un rapport sur l'entraide administrative, publié le 25 septembre 2009 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/644/>