

Surveillance des marchés financiers

Moins de droits dans la coopération internationale ?

Par Yannick Caballero Cuevas le 23 octobre 2024

La surveillance transfrontalière des marchés financiers et une bonne coopération internationale sont essentielles à la stabilité et l'intégrité des marchés financiers mondiaux. À cet effet, le Conseil fédéral vient de mettre en consultation une [modification](#) de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA), de la loi sur la surveillance de la révision (LSR) et de la loi sur la Banque nationale suisse (LBN) afin d'adapter le cadre juridique suisse aux conditions actuelles de la coopération internationale. Ce commentaire se concentre exclusivement sur les propositions de modification de la LFINMA.

L'[avant-projet](#) tend à durcir les règles sur la procédure d'assistance administrative (cf. art. 42a AP-LFINMA) et à clarifier dans quels cas un assujetti est autorisé à transmettre directement des informations à des autorités étrangères (cf. art. 42c AP-LFINMA). Il propose aussi de permettre la notification directe hors du pays d'origine (art. 42d AP-LFINMA). Enfin, la FINMA pourrait procéder à des audits directs à l'étranger ou autoriser des audits directs en Suisse en lien avec l'externalisation d'activités vers la Suisse ou depuis la Suisse (cf. art. 43 AP-LFINMA).

Plus particulièrement, l'art. 42a AP-LFINMA abrogerait totalement ou partiellement le droit d'être entendu et le droit de recours dans la procédure d'assistance relative au client. L'avant-projet propose deux variantes, soit la suppression totale du droit d'être entendu et du droit de recours (variante A), soit la suppression de ces droits aux cas relevant des abus de marché (variante B). Ce durcissement supposerait un changement de paradigme. En effet, selon la variante retenue, le client ne pourrait plus faire valoir son droit d'être entendu et de recourir dans le cadre de la procédure d'assistance administrative, à savoir sur la décision de la FINMA de transmettre ou non les informations à l'autorité étrangère de surveillance ([art. 42 LFINMA](#)). Ces propositions s'appuient tant sur la *soft law* internationale que sur la vision étatsunienne de l'entraide entre autorités. Les droits d'être entendu et de recourir subsisteraient toutefois dans la procédure de production des documents. Néanmoins, si un détenteur de renseignements (typiquement une banque) refusait – exceptionnellement en pratique – de fournir ces derniers à la FINMA (art. 42a al. 1 AP-LFINMA), la procédure administrative concernerait uniquement la divulgation des informations, mais ne conférerait pas la qualité de partie s'agissant de leur transmission à l'autorité étrangère de surveillance.

L'art. 42c AP-LFINMA précise pour sa part les finalités d'une transmission directe d'informations par les assujettis (typiquement une banque) à des autorités étrangères. Cette transmission serait autorisée si elle est effectuée soit à des fins prudentielles (art. 42c al. 1 AP-LFINMA), soit pour la réalisation transfrontalière d'opérations financières (art. 42c al. 2 AP-

LFINMA). Dans le cas où la transmission se fait à une autorité de surveillance étrangère, l'assujetti devrait notamment s'assurer que les conditions de l'art. 42 al. 2 LFINMA soient remplies. Dans le cas où les informations concernant la réalisation d'opérations financières sont transmises à des autorités étrangères, l'assujetti devrait notamment s'assurer que ces informations ne sont pas utilisées à des fins de surveillance (art. 42c al. 2 let. a AP-LFINMA), qu'elles sont nécessaires à la réalisation d'opérations pour des clients ou des assujettis (art. 42c al. 2 let. b AP-LFINMA), et qu'elles ne sont transmises ni à une autorité fiscale ou pénale étrangère (art. 42c al. 2 let. c AP-LFINMA). Dans les deux cas, les droits des clients et des tiers devraient être garantis. Par exemple, les assujettis devraient en particulier respecter les dispositions en matière de protection des données.

Outre la [Convention européenne du 24 novembre 1977 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative](#), le nouvel art. 42d AP-LFINMA permettrait à la FINMA d'autoriser l'autorité étrangère de surveillance – qui en fait la demande – de notifier directement des documents en Suisse à des fins de surveillance des marchés financiers. Deux conditions sont nécessaires : la notification n'est faite qu'à des fins prudentielles ; et l'État de l'autorité étrangère requérante accorde la réciprocité à la Suisse. La FINMA aurait un pouvoir d'appréciation et devrait procéder à une pesée des intérêts. Cependant, cette notification directe serait limitée à l'exécution des lois sur les marchés financiers. Toute notification directe à des fins d'investigations en matière fiscale ou pénale serait donc exclue, et ce même si l'exécution du droit des marchés financiers serait visée.

À teneur de l'art. 43 al. 1 AP-LFINMA, la FINMA devrait pouvoir demander la réalisation d'audits dans des entreprises étrangères non assujetties. Ainsi, elle serait autorisée de mener des audits auprès des entreprises qui fournissent des services externalisés. L'art. 43 al. 2 let. c AP-LFINMA permettrait en outre à la FINMA d'autoriser – sous certaines conditions – des autorités de surveillance étrangères à procéder à des audits auprès d'entreprises non assujetties sises en Suisse. Les audits visés à l'art. 43 al. 2 let. c AP-LFINMA devraient se limiter aux fonctions externalisées.

Avec cette modification, le Conseil fédéral souhaite renforcer la coopération internationale en matière de surveillance des marchés financiers. Cet avant-projet s'inscrit aussi dans le [projet de modification](#) de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers. Il ressort des différents projets une volonté de durcir les règles, en particulier, en matière de lutte contre les abus de marché et de renforcer la surveillance transfrontalière de la FINMA. L'avant-projet de modification de la LFINMA est mis en consultation jusqu'au 3 janvier 2025.