

# Prise de position sur la consultation concernant une ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers

11 juillet 2019

## Résumé

La loi sur la surveillance des marchés financiers entrée en vigueur en 2009 (LFINMA ; RS 956.1) fournit un cadre stable et éprouvé afin que l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) puisse exercer son mandat avec succès. Le mode de travail de celle-ci a depuis lors été jugé conforme à la loi, efficace et efficient dans le cadre des différentes expertises et enquêtes qui ont été réalisées. Elle a par exemple acquis une grande crédibilité sur la scène mondiale d'après le dernier examen du Fonds monétaire international. La FINMA est perçue comme une autorité indépendante et compétente dont l'action s'inscrit durablement dans l'intérêt public, contribuant ainsi à la compétitivité internationale de la place financière.

Ces dernières années, la FINMA a accompli d'importants progrès dans le renforcement de la protection des clients et de la stabilité du système financier suisse dans son ensemble. À cet égard, elle s'engage en faveur de la proportionnalité dans la surveillance et la réglementation et pour l'encouragement de l'innovation : parmi les exemples les plus récents figurent l'augmentation de l'efficacité dans l'audit prudentiel, l'allègement du régime des petites banques solides financièrement et la suppression systématique des obstacles aux idées commerciales innovantes. En appliquant un processus de réglementation transparent et prévisible, en veillant à faire participer toutes les personnes concernées et en entretenant des échanges avec les autorités intéressées, la FINMA fait aussi en sorte que les corpus de règles et les descriptions soient concis, modernes et proches de la pratique. Les ordonnances et circulaires qu'elle édite apportent clarté et sécurité juridique à tous les acteurs du marché.

Du point de vue de la FINMA, il convient de préserver ces acquis. Des adaptations devraient être apportées aux bases de la surveillance des marchés financiers avec circonspection et uniquement en cas de besoin avéré, en prenant soigneusement en considération les éventuelles répercussions.

La FINMA considère le présent projet d'ordonnance comme la réponse à la motion du conseiller national Landolt (17.3317) et à d'autres interventions politiques. Nous sommes ouverts aux objectifs de l'ordonnance, à savoir contribuer à la clarification des compétences en matière de réglementation et des tâches à accomplir au niveau international, ainsi qu'aider à surmonter les réserves. En revanche, il n'y a aucun besoin évident de réglementation du point de vue de la FINMA. Dès lors, se pose la question de savoir si ces objectifs ne pourraient pas être atteints dans le cadre juridique actuel, sans ordonnance supplémentaire.

Quoi qu'il en soit, comme le souligne le Conseil fédéral, il est primordial pour la FINMA que son indépendance ne soit pas remise en question et que les instruments réglementaires qu'elle utilise aujourd'hui demeurent inchangés. Par contre, elle se montre critique à l'égard d'une bureaucratisation des processus et d'une politisation de la pratique de surveillance. C'est pourquoi elle propose concrètement de supprimer le lien explicite entre les circulaires de la FINMA et la politique du Conseil fédéral en matière de marchés financiers, ainsi que de réduire et de simplifier les différentes obligations de *reporting* et d'analyse inutiles et bureaucratiques.

## 1 Conditions-cadres éprouvées de la LFINMA permettant une surveillance efficace et efficiente des marchés financiers

Le présent projet d'ordonnance entend préciser la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA ; RS 956.1) avec des dispositions d'exécution qui concernent notamment le processus de réglementation, l'accomplissement des tâches internationales de la FINMA, ainsi que la collaboration et l'échange d'informations avec le Département fédéral des finances (DFF).

Ci-après, les actuelles conditions-cadres qui permettent à la FINMA de remplir son mandat légal seront tout d'abord évaluées. Ensuite, sont abordés en détail les risques que peut comporter le projet d'ordonnance. La FINMA renvoie par ailleurs à ses précédentes communications sur le projet d'ordonnance dans la mesure où elles n'ont pas déjà été prises en considération.

### 1.1 Intégration de la FINMA dans la politique nationale

La LFINMA est entrée en vigueur il y a dix ans. La loi a regroupé les trois autorités de surveillance alors distinctes au sein d'une autorité intégrée devant faire face à l'évolution dynamique et à la complexité croissante des marchés financiers. Son but était également de créer une autorité reconnue par les autorités étrangères comme un partenaire de même niveau (Message concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741).

Pour atteindre ces objectifs, la LFINMA dote la FINMA d'une indépendance organisationnelle, financière et institutionnelle qui garantit qu'à l'instar de l'activité des autorités judiciaires, l'activité de surveillance peut être exercée sans être influencée par des facteurs extérieurs et des intérêts particuliers. L'indépendance n'est pas une fin en soi, mais la condition d'une surveillance crédible et forte qui s'inscrit sur le long terme dans l'intérêt public de la protection des clients et du système et qui veille à ce que les conditions-cadres soient placées sous le signe de la stabilité, de la sécurité juridique et de la neutralité du point de vue de la concurrence. En contrepartie, l'ancrage dans l'appareil d'Etat est assuré par l'obligation de rendre des comptes et par l'assujettissement à la haute surveillance politique ou au pilotage par la Confédération. Le pilotage intervient avant tout à travers les dispositions des lois et des ordonnances. Au-delà de cela, le Conseil fédéral pilote la FINMA par le biais du processus stratégique. Ainsi, tous les quatre ans, il doit approuver les objectifs stratégiques de la FINMA. Une fois par an, le Conseil fédéral *in corpore* en collaboration avec des représentants des organes de direction de la FINMA examine l'état de réalisation des objectifs et aborde les questions d'actualité en matière de politique des marchés financiers. Plusieurs fois par an, un échange a également lieu avec le chef du Département fédéral des finances. Le Conseil fédéral dispose d'un autre instrument de pilotage central : la nomination du conseil d'administration de la FINMA et l'approbation de l'élection de son

directeur. Une fois par an ou plus souvent si nécessaire, des discussions sur l'activité de la FINMA sont organisées avec les Commissions de gestion et les Commissions des finances des Chambres fédérales. Dans son rapport d'activité, la FINMA rend compte de son activité au Conseil fédéral et au public. Il contient des informations sur la pratique en matière de surveillance ainsi que sur les priorités, les objectifs et les indicateurs de l'année sous revue.

Depuis l'entrée en vigueur de la LFINMA, l'intégration de la FINMA dans la politique nationale, ses objectifs, ses tâches et sa structure organisationnelle, mais aussi l'accomplissement concret de ses tâches, y compris de l'activité de réglementation, ont fait l'objet de multiples rapports d'expertise, études scientifiques et enquêtes. A ces occasions, aussi bien la pratique de la FINMA que la base légale sur laquelle elle repose ont été régulièrement renforcées.

A l'échelle internationale également, l'intégration de la FINMA dans la politique nationale, notamment l'aspect systématique de son indépendance, l'obligation de rendre des comptes au Conseil fédéral et l'assujettissement à la haute surveillance, a été évaluée. Dans son rapport final publié le 27 juin 2019 dans le cadre du Programme d'évaluation du secteur financier (PESF), le Fonds monétaire international reconnaît formellement la force du système de surveillance suisse et la performance de la FINMA qu'il y a lieu de préserver. Les recommandations qu'il formule dans le rapport adressé au Conseil fédéral et à la FINMA sont les suivantes : « FINMA has developed into a trusted supervisor; going forward, its autonomy, governance, and accountability should be strengthened. (...) It is in Switzerland's interest that there be a strong, competent, and autonomous financial supervisor, which is critical for the financial system's stability, reputation, and global competitiveness. FINMA's prudential mandate should take primacy over other mandates. FINMA should continue to strengthen its supervisory capacity and the exercise of its powers, and its authority to set binding prudential requirements and codify supervisory interpretations and practices should be preserved. »<sup>1</sup>

Les principes de l'intégration de la FINMA dans la politique nationale ne doivent pas être remis en question, même avec le présent projet d'ordonnance relative à la LFINMA. La FINMA salue la déclaration expresse faite par le Conseil fédéral concernant l'indépendance de la FINMA à l'occasion de l'ouverture de la procédure de consultation. Il est incontestable qu'une forte obligation de rendre des comptes et une haute surveillance efficace constituent la contrepartie nécessaire de l'indépendance. C'est pourquoi la FINMA apprécie particulièrement les échanges réguliers avec le Conseil fédéral et les commissions compétentes du Parlement. En toute transparence, elle informe aussi le public sur sa pratique.

## 1.2 Robustesse du processus de réglementation

La FINMA réglemente en adoptant des ordonnances et des circulaires conformément à l'art. 7, al. 1, LFINMA. Elle édicte des ordonnances lorsque cela est prévu par le Parlement et le Conseil fédéral dans la législation sur les marchés financiers pour l'exécution de celle-ci. Dans des circulaires en revanche, elle détaille la manière dont elle applique les lois sur les marchés financiers fortement basées sur des principes. La FINMA peut ainsi établir une pratique aussi équitable et prévisible que possible pour les personnes concernées. Les circulaires sont donc un instrument de surveillance qui veille à la

---

<sup>1</sup> Tous les documents relatifs au PESF 2019 sont disponibles sur le site <https://www.imf.org/en/Countries/CHE>.)

transparence de l'activité de surveillance et, partant, à une meilleure prévisibilité pour les acteurs concernés. C'est la raison pour laquelle les assujettis souhaitent souvent que les dispositions des circulaires soient claires.

En édictant des ordonnances et des circulaires, la FINMA respecte les principes constitutionnels, les exigences quant à des bases légales suffisantes, ainsi que les principes de réglementation définis spécifiquement pour la réglementation des marchés financiers à l'art. 7 LFINMA. En juillet 2018, la Commission de gestion du Conseil des Etats s'est intéressée, dans le cadre d'une requête, au respect du principe de la légalité par la FINMA et a considéré qu'il n'y avait pas lieu de prendre des mesures<sup>2</sup>. Dans sa réponse au postulat Graber (12.4095) en décembre 2014, le Conseil fédéral a lui aussi conclu que la FINMA respectait les principes de réglementation et que la réglementation de la FINMA n'avait pas été indûment étendue. Il est impossible de dire ce qui a changé depuis lors. En outre, ces dix dernières années, les tribunaux ont presque toujours soutenu la réglementation de la FINMA.

La réglementation de la FINMA dépend fortement de l'activité de réglementation du Conseil fédéral, à laquelle devraient s'appliquer les mêmes principes de réglementation qu'à la FINMA... En réalité, au cours de la dernière décennie, la réglementation de la FINMA a même progressé dans une proportion nettement moindre que celle de la loi fédérale et des ordonnances du Conseil fédéral, et elle n'a que peu évolué ces quatre dernières années. En somme, la réglementation helvétique des marchés financiers est restée globalement très légère en comparaison internationale. La législation suisse sur les marchés financiers compte ainsi six fois moins de pages que celle du Royaume-Uni et environ quinze fois moins que celle des Etats-Unis.

La FINMA prend notamment soin d'élaborer une réglementation proportionnelle et différenciée, c'est-à-dire de prendre dûment en compte les différents risques et activités commerciales. La proportionnalité est donc une pratique courante. Selon des études de la Banque des règlements internationaux<sup>3</sup>, la Suisse fait partie des premières places financières du monde en ce qui concerne la réglementation proportionnelle dans le secteur bancaire. Ainsi, les circulaires comprennent systématiquement des dispositions *de minimis* qui prévoient des dérogations pour les établissements qui ne présentent pas des volumes d'affaires significatifs dans le domaine réglementé. Ces dérogations sont accordées à tous les établissements qui ne sont pas d'importance systémique. Au-delà de cela, le « régime des petites banques » est en cours de mise en œuvre. Dans ce cadre, la FINMA s'est fait l'écho des besoins des petites banques en donnant la possibilité aux établissements particulièrement sûrs de se libérer de plusieurs prescriptions relevant du droit de la surveillance, dans la mesure où ils ont une capitalisation au-dessus de la moyenne et disposent de liquidités importantes. Leur charge administrative est donc allégée sans compromettre leur stabilité ni la protection de leurs clients. Cette évolution est suivie avec attention à l'étranger.

Par ailleurs, la FINMA s'engage en faveur d'une réglementation technologiquement neutre qui permet l'innovation. Outre le renforcement de la capacité de résistance après la crise, il s'agit toujours d'accompagner le changement des modèles d'affaires et, ce faisant, d'améliorer la viabilité de la place financière. A cet effet, la capacité d'innovation des participants aux marchés financiers est centrale.

---

<sup>2</sup> Rapport annuel 2018 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 28 janvier 2019 (FF 2019 2713 s.)

<sup>3</sup> Financial Stability Institute, FSI insights on policy implementation, No 1. Proportionality in banking regulation: a cross-country comparison. Août 2017. <https://www.bis.org/fsi/publ/insights1.pdf>

L'accompagnement de ce changement et le soutien de la viabilité de la place financière font également partie des objectifs stratégiques de la FINMA. Ces dernières années, elle a donc mis l'accent sur ces points dans son activité de réglementation. En vertu de la neutralité technologique, elle a par exemple permis très tôt l'ouverture des comptes bancaires via une vérification de l'identité par vidéo et en ligne (circulaire 2016/7 « Identification par vidéo et en ligne » de la FINMA) ou a introduit le « bac à sable » et l'autorisation Fintech. En publiant un guide pratique sur les *initial coin offerings*, elle a très vite veillé à la sécurité juridique dans un marché innovant et, partant, favorisé l'implantation de nouvelles entreprises. Entre-temps, ce guide s'est imposé sur la scène internationale comme la référence du traitement réglementaire des jetons basés sur la *blockchain*.

La FINMA veille particulièrement à la transparence du processus de réglementation, qui implique systématiquement les personnes concernées. Les modifications d'ordonnances et de circulaires (sauf en cas d'adaptations purement formelles) sont soumises à une audition publique. Les personnes concernées saisissent très souvent cette occasion qui leur est donnée. En tant qu'organe compétent, le conseil d'administration de la FINMA tient compte des résultats de la consultation et indique, dans un rapport, dans quelle mesure ils ont pu être mis en œuvre. Tous les documents relatifs aux auditions, y compris les rapports d'audition, sont publiés<sup>4</sup>. Des études d'impact contribuent à assurer la qualité du processus de réglementation. Grâce à des évaluations *ex-post* ciblées, la FINMA s'emploie à ce que les règles édictées soient régulièrement contrôlées, simplifiées et adaptées lorsque cela est nécessaire et justifiable. Par exemple, la circulaire 2015/2 « Risque de liquidité – banques » a été adaptée en 2017, après qu'une évaluation *ex-post* a révélé une complexité inutile dans le corpus de règles, en particulier en matière de *reporting*. La circulaire « Identification par vidéo et en ligne » a rapidement été adaptée en 2018, l'évaluation *ex-post* ayant mis en évidence des adaptations pertinentes du fait de l'évolution des possibilités techniques. La FINMA est l'une des autorités suisses ayant le plus recours aux évaluations *ex-post*.

### 1.3 Echanges étroits avec les autorités concernées

La surveillance des marchés financiers est un élément du système global en rapport étroit avec la politique des marchés financiers et la politique monétaire. Tant au sujet de la réglementation qu'au sujet de l'accomplissement de ses tâches internationales, la FINMA entretient donc des échanges étroits avec le Département fédéral des finances et avec la Banque nationale suisse lorsqu'elle est concernée. Les positions défendues devant des instances internationales sont définies lors de réunions régulières. Conformément à l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1 ; OLOGA), le DFF informe le Parlement des principaux travaux de fixation de normes au niveau mondial dans le domaine des marchés financiers. Ce faisant, les intérêts suisses peuvent être défendus au mieux. Dans le cadre des dialogues sur la réglementation, la FINMA et le DFF abordent également, de manière régulière, les projets de réglementation à venir. Ces échanges bilatéraux et trilatéraux ont continué de s'intensifier ces derniers temps.

---

<sup>4</sup> Les documents concernant les auditions relatives aux révisions des circulaires de la FINMA sont publiés sur le site Internet de la FINMA. <https://www.finma.ch/fr/documentation/auditions/>

## 1.4 Bilan intermédiaire

La FINMA est convaincue que la LFINMA a fait ses preuves depuis son entrée en vigueur il y a dix ans : elle garantit une application transparente et équitable des lois sur les marchés financiers. L'indépendance de la FINMA est systématiquement ancrée dans la loi. Dans le même temps, la FINMA est soumise à un pilotage politique adéquat. Elle veille elle-même à entretenir des échanges intensifs avec les autres autorités et avec les participants aux marchés financiers, de sorte que son activité de surveillance et de réglementation s'intègre bien aux structures politiques de la Suisse. La FINMA tient compte des critiques objectives qui lui sont adressées et a le souci constant d'optimiser les conditions-cadres du marché financier. Elle estime qu'il est de son devoir de suivre les objectifs que la loi lui assigne, soit la protection des créanciers, des investisseurs et des assurés et du bon fonctionnement du marché financier suisse, indépendamment des variations cycliques des intérêts en présence.

Dans ce contexte, la FINMA considère qu'il n'y a actuellement aucun besoin concret de réglementation dans le domaine de la surveillance des marchés financiers, d'autant qu'il existe différents risques.

## 2 Risques inhérents au projet d'ordonnance relative à la LFINMA soumis à la consultation

### 2.1 Risque d'influence politique sur la pratique de surveillance

Comme expliqué au point 1.2 ci-avant, la FINMA détaille dans des circulaires la manière dont elle applique les lois sur les marchés financiers. Elle rend ainsi sa pratique de surveillance transparente et veille à la sécurité juridique et à la prévisibilité pour les assujettis.

Grâce à un processus transparent, la FINMA garantit que les circulaires qu'elle édicte tiennent compte des requêtes exprimées par les personnes concernées et qu'à cet effet, elle est en contact étroit avec le DFF dans le cadre de réunions régulières. Le nouveau projet d'ordonnance obligerait la FINMA à soumettre ses circulaires à un processus formalisé de consultation des offices. Comme le rapport explicatif le mentionne, il importe que la compétence décisionnelle finale revienne au conseil d'administration de la FINMA concernant les circulaires qu'elle édicte et, donc, la définition de la pratique de surveillance.

Le principe selon lequel la surveillance des marchés financiers doit uniquement se fonder sur les lois et le cadre réglementaire en vigueur était jusqu'à présent incontesté. Cela garantit que la surveillance est axée sur les objectifs à long terme des lois, et non pas exposée aux prescriptions cycliques à court terme. Si, en vertu de l'art. 6, al. 7, du projet d'ordonnance relative à la LFINMA soumis à la consultation, la FINMA est tenue d'exposer dans quelle mesure sa réglementation tient compte de la politique du Conseil fédéral en matière de marchés financiers, ce principe est violé.

Selon la LFINMA, le Conseil fédéral dispose d'instruments de pilotage clairement définis, notamment l'approbation des objectifs stratégiques de la FINMA. Une obligation de tenir compte des politiques du Conseil fédéral serait contraire au principe selon lequel l'activité de surveillance doit être exercée uniquement en se conformant aux exigences de la loi (Message concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741).

Par conséquent, la FINMA se prononce pour la suppression sans remplacement de l'art. 6, al. 7, du projet d'ordonnance relative à la LFINMA soumis à la consultation.

## 2.2 Bureaucratisation inutile des processus

Comme expliqué au point 1.2, la FINMA dispose déjà d'un processus de réglementation transparent qui garantit une implication systématique des personnes concernées et qui est validé par des analyses d'impact et des évaluations *ex-post*. Du reste, la FINMA entretient avec le DFF des échanges réguliers sur son activité de réglementation.

Le projet d'ordonnance relative à la LFINMA soumis à la consultation prévoit des processus très détaillés et de nombreuses obligations contraignantes de *reporting* tant pour le processus de réglementation et le processus d'autorégulation que, de manière générale, pour la coopération entre les autorités. Ces obligations vont au-delà des exigences posées au processus de réglementation des ordonnances du Conseil fédéral. Des prescriptions aussi détaillées pour des processus internes aux autorités font que le traitement des étapes de processus imposées conformément aux obligations génère des charges inutiles. L'exemple actuel des travaux relatifs aux circulaires sur la pratique de surveillance de la mise en œuvre de la loi sur les services financiers (LSFin) et de la loi sur les établissements financiers (LEFin) met clairement en lumière le potentiel de bureaucratization. Il y a lieu de constater que les décisions déterminantes ayant une incidence sur les coûts ont déjà été prises au niveau de la loi fédérale (LSFin et LEFin) ou de l'ordonnance du Conseil fédéral (ordonnance sur les services financiers (OSFin) et ordonnance sur les établissements financiers (OEFin). En l'occurrence, les circulaires ne font que consigner les détails techniques. Les expériences pratiques montrent aussi qu'il est difficilement possible de déterminer avec précision la différence entre les exigences prédéfinies et les coûts correspondants découlant de la réglementation supérieure, d'une part, et les coûts découlant uniquement de la réglementation de la FINMA, d'autre part. La présentation et l'analyse des diverses variantes de réglementation et le calcul des différentes conséquences financières de celles-ci ainsi que d'autres circulaires généreront donc, tant pour la FINMA que pour les assujettis, des charges et des coûts, pour une valeur ajoutée qui semble difficile à justifier.

La FINMA s'est engagée à adopter un mode de travail efficient, axé sur le risque. Par conséquent, même ses effectifs sont restés stables ces sept dernières années. La FINMA continuera aussi d'utiliser ses ressources de la façon la plus efficiente possible. Le suivi des processus prescrits de manière détaillée par le projet d'ordonnance mobilisera des ressources supplémentaires. Les charges supplémentaires liées aux nombreuses obligations de *reporting* et d'analyse auront pour effet de mobiliser des ressources des domaines de la surveillance. Cela porte atteinte à une surveillance des marchés financiers qui se veut forte. Afin que les analyses et les rapports de la FINMA puissent être traités de manière appropriée et en temps voulu par l'administration fédérale, des ressources supplémentaires devront également y être déployées.

Les prescriptions détaillées entraîneront aussi un ralentissement des processus, réduisant notamment la réactivité dans le processus de réglementation.

Cela porte préjudice à la place financière suisse en particulier au regard de l'évolution rapide des conditions-cadres dans le contexte de la numérisation. Par exemple, on peut se demander si, avec la nouvelle ordonnance, la FINMA aurait pu réagir aussi rapidement au nouveau besoin d'ouverture de comptes bancaires via une identification par vidéo et en ligne.

*Afin d'éviter une bureaucratisation excessive des processus, la FINMA se prononce pour une reconsidération de différentes obligations de reporting et d'analyse prévues dans l'ordonnance et pour l'introduction de seuils de matérialité ou de possibilités de dérogation par souci d'efficacité.*

### **3 Conclusion**

La FINMA reconnaît que la conception de la LFINMA basée sur des principes a parfois engendré des incertitudes quant à l'activité effective de la FINMA et aux échanges entre la FINMA et les autres autorités. Aussi apprécie-t-elle une transparence accrue à cet égard. Dans le même temps, elle plaide pour éviter un excès de réglementation dans ce domaine également et pour préserver des conditions-cadres éprouvées et des processus efficaces. La FINMA doit continuer de pouvoir agir en tant qu'autorité indépendante, efficace et efficiente, renforçant ainsi la place financière suisse et améliorant sa réputation.