

7 juillet 2016

Circulaire 2017/xx « Transmission directe »

Rapport explicatif

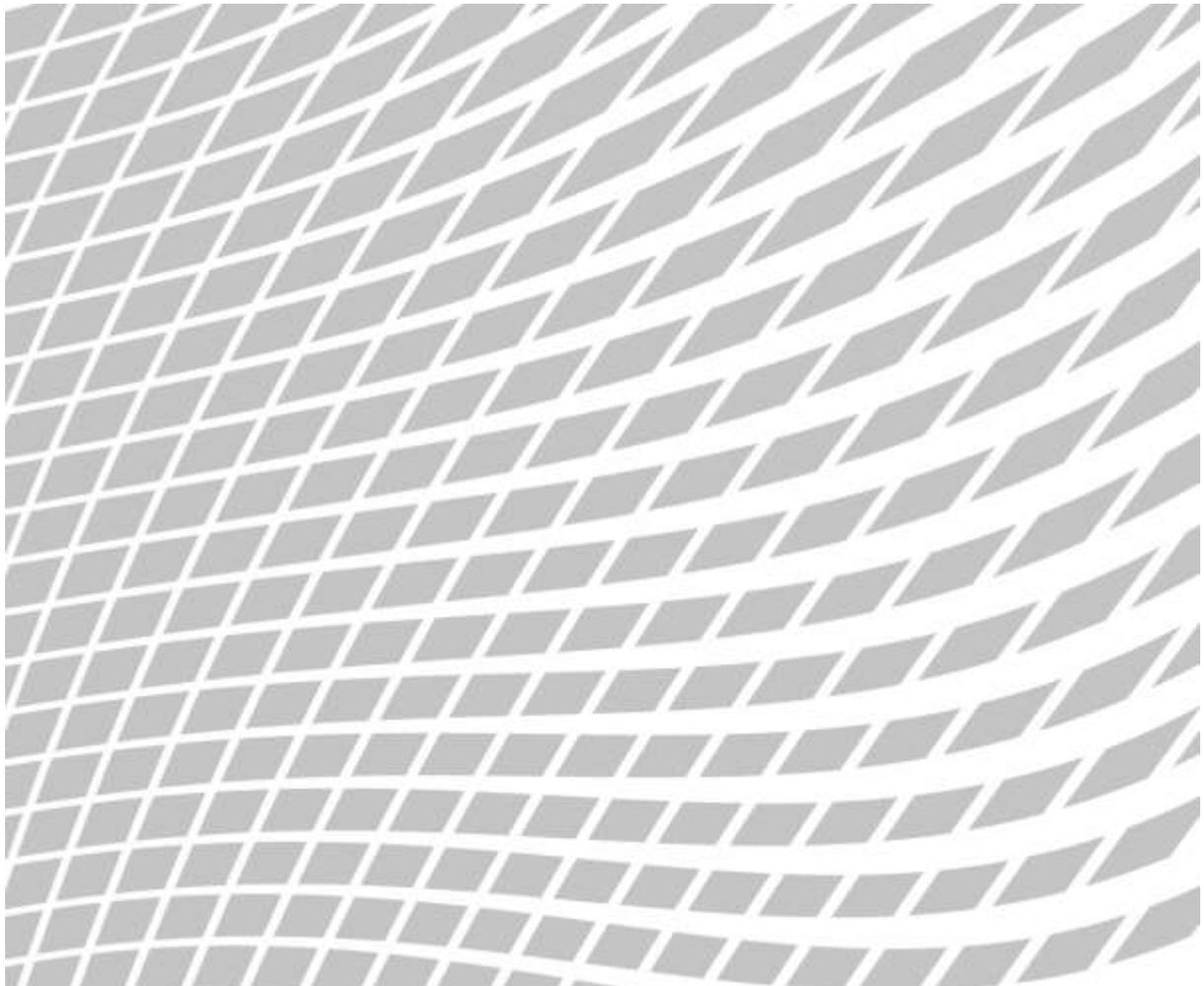


Table des matières

Eléments essentiels	4
Liste des abréviations.....	5
1 Introduction et situation initiale	6
2 Contexte national et international	6
3 Besoin de réglementation et objectifs	7
4 Explications relatives au projet de circulaire.....	8
4.1 Champ d'application.....	8
4.2 Transmission d'informations non publiques aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont dépend l'assujetti et à d'autres services étrangers chargés de la surveillance (art. 42c al. 1 LFINMA).....	8
4.2.1 Contenu	8
4.2.2 Définitions	9
4.2.3 Conditions du respect du principe de spécialité et de confidentialité par les autorités de surveillance des marchés financiers ou services destinataires des informations (art. 42c al. 1 let. a en relation avec l'art. 42 al. 2 LFINMA).....	9
4.2.4 Garantie des droits des clients et des tiers	10
4.3 Transmission à des autorités étrangères et aux services mandatés par celles-ci d'informations qui ne sont pas publiques et qui se rapportent à des opérations réalisées par des clients et des assujettis (art. 42c al. 2 LFINMA)	11
4.3.1 Délimitation par rapport à l'art. 42c al. 1 LFINMA : quelles sont les informations pouvant être transmises à quels autorités et services en vertu de l'art. 42c al. 2 LFINMA ?	11
4.3.2 Définitions	12
4.4 Obligation de déclaration préalable à la FINMA (art. 42c al. 3 LFINMA).....	12
4.5 Réserve de la voie de l'assistance administrative par la FINMA	13

5	Mise en œuvre	14
6	Conséquences.....	15
7	Suite de la procédure	15

Eléments essentiels

1. En introduisant l'art. 42c LFINMA, le législateur a offert la possibilité aux assujettis de transmettre directement à des autorités et services étrangers des informations non publiques, dans certaines conditions. Le projet de circulaire 2017/xx « Transmission directe » de la FINMA concrétise la nouvelle norme en la replaçant dans le contexte des autres dispositions relatives à l'échange d'informations avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers. Il a pour objectif de fournir une orientation aux assujettis afin qu'ils puissent appliquer l'art. 42c LFINMA de façon autonome, et de garantir une mise en œuvre uniforme de cet article.
2. La circulaire facilite la transmission d'informations aux autorités de surveillance des marchés financiers auxquelles la FINMA a déjà accordé l'assistance administrative, respectivement dont la compétence à recevoir l'assistance administrative a été constatée par voie judiciaire. A cet effet, elle établit la présomption selon laquelle les assujettis peuvent partir du principe que ces autorités respectent les principes de spécialité et de confidentialité. Néanmoins, cette présomption ne vaut qu'en l'absence d'indices mettant en cause le respect de ces principes dans un cas concret.
3. Par ailleurs, la circulaire a notamment pour objet de délimiter les champs d'application des alinéas 1 et 2 de l'art. 42c LFINMA. Elle délimite le champ d'application de l'alinéa 2 en concrétisant les informations à transmettre. Ainsi, du point de vue de la FINMA, seules peuvent être transmises selon l'alinéa 2 les informations qui sont strictement nécessaires à la réalisation ou à l'approbation de transactions.
4. Enfin, la circulaire concrétise la communication de faits importants et indique la marche à suivre attendue en la matière. Selon l'art. 42c al. 3 LFINMA, la communication de faits importants doit être déclarée à la FINMA avant la transmission de ceux-ci. La circulaire énumère, à titre d'exemple, des informations devant systématiquement être déclarées à la FINMA avant leur communication ainsi que celles pouvant être communiquées sans déclaration préalable à la FINMA. Pour ce faire, la circulaire se fonde sur les besoins de la FINMA en matière d'informations. Par conséquent, une déclaration est avant tout nécessaire lorsque la FINMA doit avoir connaissance de la transmission d'informations pour pouvoir exécuter ses tâches de surveillance.

Liste des abréviations

CER-E	Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LFINMA	Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.1)
LIMF	Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (RS 958.1)

1 Introduction et situation initiale

Les dispositions des art. 42 ss LFINMA constituent la base de l'échange d'informations non publiques avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers relevant du droit de la surveillance des marchés financiers. Cet échange est avant tout une tâche qui relève de la puissance publique et qui s'effectue dans le cadre de l'assistance administrative internationale entre les autorités de surveillance des marchés financiers. Sauf conventions bilatérales ou multilatérales contraires, la FINMA n'est pas tenue de fournir à une autorité de surveillance des marchés financiers requérante tous les renseignements souhaités par celle-ci dans l'hypothèse où les conditions des art. 42 à 42b LFINMA sont remplies. Elle peut refuser, totalement ou en partie, de fournir l'assistance administrative internationale, par exemple lorsque cela semble indiqué sous l'angle du droit de la surveillance ou parce que l'autorité requérante ne garantit pas de réciprocité en la matière.

En revanche, jusqu'ici, les assujettis ne pouvaient, dans bien des cas, transmettre des informations non publiques à des autorités étrangères qu'après avoir obtenu une autorisation pour cela. Sans cela, la transmission d'informations était assimilée à une infraction pénale en tant qu'acte exécuté sans droit pour un Etat étranger selon l'art 271 CP (cf. aussi chiffre 2 ci-après).

L'art. 42c LFINMA entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 permet désormais aux assujettis de transmettre directement aux autorités et services étrangers des informations non publiques et définit les conditions dans lesquelles une transmission directe est possible (al. 1 et 2). De telles transmissions d'informations par les assujettis ne sont pas soumises à une autorisation officielle. Néanmoins, la communication de faits importants au sens de l'art. 29 al. 2 LFINMA doit être préalablement déclarée à la FINMA (al. 3). En outre, la transmission directe d'informations n'est pas autorisée si la FINMA réserve la voie de l'assistance administrative (al. 4). Enfin, la FINMA peut soumettre à son approbation la publication ou la transmission de documents découlant de la relation de surveillance (al. 5). Le projet de circulaire « Transmission directe » porte sur les alinéas 1 à 4 de l'art. 42c LFINMA ; il ne contient pas de considérations sur le *supervisory privilege* selon l'alinéa 5.

2 Contexte national et international

Tout acteur sur le marché étranger doit, en vertu des règles applicables localement, fournir des informations aux autorités et services compétents, et ce dans un laps de temps souvent très bref¹. Les assujettis opérant à l'échelle internationale, en particulier, ont donc fortement besoin de collaborer directement avec les autorités étrangères et de leur transmettre des informations. C'est pour répondre à ce besoin que le législateur a introduit l'art. 42c LFINMA.

¹ Cf. Message du Conseil fédéral du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, FF 2014 7235, ici 7372.

L'art. 42c LFINMA s'inscrit dans le cadre des autres règles d'échange d'informations non publiques avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers relevant du droit des marchés financiers². Il fait partie de la section 4 « *Collaboration avec les autorités étrangères* » de la LFINMA. Etant donné que l'échange d'informations avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers s'effectue en premier lieu par la voie de l'assistance administrative – comme mentionné au ch. 1 ci-dessus –, une transmission directe d'informations par les assujettis en vertu de l'art. 42c LFINMA n'est possible que si la FINMA ne réserve pas la voie de l'assistance administrative (art. 42c al. 4 LFINMA). La FINMA prend au sérieux la volonté du législateur de prévoir un canal de transmission rapide en complément de l'assistance administrative qui relève de la puissance publique ; elle utilisera la possibilité de réserver la voie de l'assistance administrative avec circonspection, et surtout dans les cas où cela paraît nécessaire et pertinent sous l'angle de la surveillance (cf. ch. 4.5 ci-après).

Avant l'entrée en vigueur de l'art. 42c LFINMA, les transmissions d'informations à des autorités étrangères par les assujettis tombaient souvent sous le coup de la disposition pénale relative aux actes exécutés sans droit pour un Etat étranger au sens de l'art. 271 CP. Par conséquent, la transmission d'informations à l'étranger était punissable en l'absence d'autorisation délivrée à cet effet. Depuis le 1^{er} janvier 2016, les assujettis sont exemptés de l'obligation de posséder une autorisation officielle selon l'art. 271 CP pour autant que la transmission d'informations remplisse les conditions de l'art. 42c LFINMA. Si une transmission est autorisée en vertu de l'art. 42c LFINMA, la punissabilité définie à l'art. 271 CP n'entre pas en considération (art. 14 CP). En revanche, il serait inexact d'admettre le raisonnement a contrario selon lequel seules devraient remplir les conditions de l'art. 42c LFINMA les transmissions d'informations qui auraient été punissables ou auraient nécessité une autorisation avant l'entrée en vigueur de cette disposition selon l'art. 271 CP. Depuis le 1^{er} janvier 2016, toutes les transmissions d'informations non publiques à des autorités et services étrangers par les assujettis doivent remplir les conditions de l'art. 42c LFINMA.

3 Besoin de réglementation et objectifs

L'art. 42c LFINMA accorde une plus grande marge de manœuvre et davantage de responsabilités aux assujettis dans leur collaboration avec les autorités et services étrangers. La disposition étant formulée de manière très large sur certains points, son interprétation demande à être précisée. Cela concerne tout d'abord l'alinéa 2 de l'article, qui n'a été introduit que dans le cadre des délibérations parlementaires, raison pour laquelle le message du Conseil fédéral ne contient pas d'indications à ce sujet. L'alinéa 3, selon lequel « la communication de faits importants » doit être déclarée préalablement à la FINMA, nécessite également une interprétation. L'application de l'art. 42c LFINMA dans la pratique constitue un risque non négligeable pour les assujettis. Une transmission autorisée sur la base de l'art. 42c LFINMA exclut certes une punissabilité selon l'art. 271 CP. Toutefois, si les assujettis poussent trop loin l'interprétation de cette disposition et que la transmission d'informations dépasse

² Art. 42 s LFINMA sur l'assistance administrative internationale et art. 43 LFINMA sur les contrôles sur place effectués par les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers auprès d'assujettis suisses.

par conséquent le champ d'application de l'art. 42c LFINMA, ladite transmission peut constituer un acte exécuté sans droit pour un Etat étranger au sens de l'art. 271 CP.

Dans les premiers mois suivant l'entrée en vigueur de cette disposition, les assujettis se sont posé de nombreuses questions quant à la façon d'interpréter l'art. 42c LFINMA, qui reflétaient les vues les plus diverses.

En exposant son interprétation de l'art. 42c LFINMA dans une circulaire, la FINMA entend aider les assujettis à appliquer cet article de façon autonome, et garantir une mise en œuvre uniforme de celui-ci.

4 Explications relatives au projet de circulaire

4.1 Champ d'application

Le champ d'application de la circulaire est prédéterminé par celui de l'art. 42c LFINMA. La circulaire s'adresse ainsi à tous les assujettis de la FINMA selon l'art. 3 LFINMA.

En outre, l'art. 42c LFINMA et la circulaire portent uniquement sur la transmission d'informations non publiques. A cet égard, il importe peu que les assujettis aient l'intention de transmettre ces informations non publiques de leur propre chef ou en raison d'une obligation de communication ordinaire applicable en vertu du droit étranger ou encore en réponse à une demande concrète émanant d'une autorité étrangère.

Par ailleurs, la disposition concerne exclusivement les transmissions d'informations transfrontières. L'art. 42c LFINMA ne s'applique pas aux informations devant être transmises aux représentants d'autorités et de services étrangers qui se trouvent en Suisse³.

4.2 Transmission d'informations non publiques aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont dépend l'assujetti et à d'autres services étrangers chargés de la surveillance (art. 42c al. 1 LFINMA)

4.2.1 Contenu

Sous ce titre, la circulaire explique les notions utilisées à l'art. 42c al. 1 LFINMA et expose les conditions d'une transmission selon l'alinéa 1 ainsi que les principes de la garantie des droits des clients et des tiers.

³ Le cas échéant, c'est l'art. 43 LFINMA concernant les contrôles sur place qui s'applique.

4.2.2 Définitions

Le projet de circulaire définit les notions « assujettis », « autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont dépend l'assujetti », « autres services étrangers chargés de la surveillance », « clients », « tiers » ainsi que « transmission d'informations ».

S'agissant de la définition du terme « clients » au sens de l'art. 42c LFINMA (cf. Cm 14 du projet de circulaire), il convient de souligner que celle-ci doit être établie de façon autonome, indépendamment de la pratique développée à l'égard de cette notion dans le cadre de l'assistance administrative internationale. Alors que, dans l'assistance administrative internationale, les clients institutionnels ne correspondent généralement pas à la notion de client de l'art. 42a al. 2 LFINMA, tous les clients d'un assujetti souhaitant transmettre des informations entrent dans la définition du client de l'art. 42c LFINMA⁴. Il ne faut donc notamment pas en conclure qu'une personne non considérée comme client dans le cadre de l'assistance administrative selon l'art. 42 LFINMA doit automatiquement être exclue de la définition du terme « client » selon l'art. 42c LFINMA.

Les « tiers » (cf. Cm 15 et 16 du projet de circulaire) ne désignent pas seulement les personnes physiques ou morales indépendantes des assujettis, mais également les collaborateurs, avocats, partenaires de distribution et sociétés d'audit de ceux-ci, par exemple.

En ce qui concerne la définition de la notion « transmission d'informations » (Cm 17 du projet de circulaire), il convient de préciser que la transmission d'informations peut s'effectuer sous forme de papier, par voie électronique, orale ou téléphonique, ou encore par vidéoconférence. On entend ici par vidéoconférence les téléconférences prévoyant une transmission simultanée de l'image des participants. Les connexions directes dans les systèmes des assujettis qui permettraient aux autorités ou services requérants d'effectuer par analogie un contrôle sur place à distance sont expressément exclues de la définition de vidéoconférence.

4.2.3 Conditions du respect du principe de spécialité et de confidentialité par les autorités de surveillance des marchés financiers ou services destinataires des informations (art. 42c al. 1 let. a en relation avec l'art. 42 al. 2 LFINMA)

Afin de fournir un soutien aux assujettis dans l'évaluation des conditions de confidentialité et de spécialité, il est prévu de publier une liste régulièrement actualisée qui répertierait d'une part les autorités de surveillance des marchés financiers dont la compétence à recevoir l'assistance administrative a déjà été constatée par voie judiciaire, et d'autre part les autorités de surveillance des marchés finan-

⁴ Les deux dispositions règlent des faits différents. L'art. 42a al. 2 LFINMA se préoccupe de savoir qui, en tant que personne concernée par la procédure d'assistance administrative réalisée par la FINMA, peut s'opposer juridiquement à une transmission d'informations prévue. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, cela ne devrait être possible que pour les clients qui ne sont pas soumis à une surveillance prudentielle. L'art. 42c LFINMA se réfère par contre à la relation entre l'assujetti souhaitant transmettre des informations et ses clients. Dans ce contexte, du point de vue de la garantie de ses droits, la question n'est pas de savoir si le client d'un assujetti est lui-même assujetti.

ciers auxquelles la FINMA a déjà fourni l'assistance administrative sans qu'une décision de justice n'ait été prononcée à ce sujet (cf. Cm 21 ss du projet de circulaire).

Si une autorité de surveillance des marchés financiers ou un service figure sur la liste publiée par la FINMA, les assujettis doivent pouvoir partir du principe que l'autorité ou le service en question respecte les conditions de spécialité et de confidentialité selon l'art. 42 al. 2 LFINMA. Si une autorité ou un service ne figure pas sur la liste, il incombe aux assujettis de procéder à des vérifications plus approfondies et de s'assurer que cette autorité ou ce service respecte lesdites conditions. Il en va de même lorsque des indices laissent supposer que des autorités et services figurant sur la liste n'utiliseront pas les informations (exclusivement) conformément au principe de spécialité et de confidentialité dans le cas en question. Un tel indice existe par exemple, s'agissant du respect du principe de spécialité, lorsque la demande de transmission d'informations émanant de l'autorité ou du service requérant(e) n'est pas du tout ou pas exclusivement motivée par des raisons relevant du droit de la surveillance des marchés financiers. En cas de doute, il convient de renoncer à la transmission d'informations (cf. Cm 23 ss du projet de circulaire).

La transmission d'informations à une autorité de surveillance des marchés financiers ou à un service qui ne figure pas sur la liste et dont le respect du principe de confidentialité et de spécialité n'a donc jamais été vérifié par la FINMA est assimilée dans tous les cas à une communication de faits importants devant être préalablement déclarée à la FINMA conformément à l'art. 42c al. 3 LFINMA (cf. Cm 45 du projet de circulaire).

Indépendamment de l'éventuelle nécessité de vérifier eux-mêmes le respect des principes de spécialité et de confidentialité ou d'obtenir une assurance à ce sujet, les assujettis sont en outre tenus, pour chaque transmission d'informations, d'attirer l'attention des autorités ou services destinataires des informations sur lesdits principes par écrit (cf. Cm 29 du projet de circulaire).

4.2.4 Garantie des droits des clients et des tiers

Les droits des clients et des tiers qui doivent être garantis en cas de transmission d'informations au sens de l'art. 42c al. 1 LFINMA relèvent avant tout du secret d'affaires et du secret bancaire, de la législation relative à la protection des données ou du droit du travail. Il est par exemple envisageable – en fonction des droits devant être garantis dans un cas concret – de demander l'autorisation aux clients ou aux tiers concernés de transmettre les informations, ou encore de caviarder les passages contenant des indications permettant d'identifier ceux-ci. La façon dont ces droits doivent être garantis dans un cas d'application concret relève de la responsabilité des assujettis. En réponse à la déclaration d'une transmission envisagée, la FINMA ne donnera aucune confirmation selon laquelle les droits des clients et des tiers sont garantis.

4.3 Transmission à des autorités étrangères et aux services mandatés par celles-ci d'informations qui ne sont pas publiques et qui se rapportent à des opérations réalisées par des clients et des assujettis (art. 42c al. 2 LFINMA)

4.3.1 Délimitation par rapport à l'art. 42c al. 1 LFINMA : quelles sont les informations pouvant être transmises à quels autorités et services en vertu de l'art. 42c al. 2 LFINMA ?

L'art. 42c al. 2 LFINMA a été introduit par le Conseil des Etats sur la base d'une recommandation de la CER-E. Selon cette recommandation, outre la transmission d'informations prévue selon l'art. 42c al. 1 LFINMA, les assujettis peuvent transmettre à des autorités étrangères et aux services mandatés par celles-ci des informations qui ne sont pas publiques et qui se rapportent à des opérations réalisées par des clients et des assujettis si les droits des clients et des tiers sont garantis.

Compte tenu de sa formulation extrêmement large, cette disposition doit être replacée dans le contexte global du nouvel article. L'alinéa 2 autorise également la transmission d'informations à des autorités étrangères autres que les autorités de surveillance des marchés financiers sans qu'il n'y ait obligation de respecter le principe de spécialité et de confidentialité.⁵ Considéré au sens strict, l'énoncé de l'alinéa pourrait laisser entendre qu'en vertu de l'art. 42c al. 2 LFINMA, des transmissions d'informations pourraient être effectuées librement à des autorités quelconques telles que des autorités pénales ou fiscales, ce qui entrerait directement en contradiction avec les principes de l'assistance administrative au regard des lois sur les marchés financiers. Si le champ d'application de l'alinéa 2 était élargi à toutes les informations ayant un lien quelconque avec des opérations réalisées par des clients et des assujettis, l'alinéa 1 serait entièrement absorbé par l'alinéa 2, ce qui ne peut être fidèle à la volonté du législateur. C'est ce qui ressort de l'expression utilisée pour introduire l'alinéa 2 (« en outre »), de la position de l'alinéa dans l'article et de son interprétation téléologique. La délimitation du champ d'application de l'art. 42c al. 2 LFINMA doit donc s'opérer en définissant les informations à transmettre ; ainsi, il doit s'agir d'informations non publiques « qui se rapportent à des opérations réalisées par des clients et des assujettis ». Selon l'interprétation de la FINMA, seules peuvent être transmises, en vertu de l'art. 42c al. 2 LFINMA, les informations immédiatement nécessaires à l'approbation ou à la réalisation de transactions.

L'alinéa 2 vient donc élargir le champ d'application de l'alinéa 1 s'agissant du cercle des autorités et des services auquel des informations peuvent être transmises ; il est en revanche limitatif eu égard au contenu des informations à transmettre. Ainsi, l'alinéa 2 ne s'applique que si une transmission fondée sur l'alinéa 1 n'est pas possible, par exemple parce que l'autorité ou le service destinataires des informations ne correspond pas à l'art. 42c al. 1 LFINMA, ou parce que les informations à transmettre ne sont pas destinées à être utilisées pour l'exécution des lois sur les marchés financiers et qu'elles sont en outre immédiatement nécessaires à l'approbation ou à l'exécution de transactions. Néan-

⁵ Les autorités et services concernés peuvent notamment être des organismes d'autorégulation, des bourses, etc., mais pas des autorités pénales ou fiscales ou des services mandatés par celles-ci. Néanmoins, des informations peuvent également être transmises à des autorités de surveillance des marchés financiers sur la base de l'art. 42c al. 2 LFINMA dans la mesure où une transmission selon l'al. 1 n'est pas possible dans un cas concret, par exemple parce que les informations transmises ne sont pas destinées à être utilisées à des fins de surveillance des marchés financiers.

moins, si des données relatives à des transactions et à des clients doivent par exemple être transmises pour les besoins d'une enquête portant sur un soupçon de délit d'initié, la transmission doit être effectuée sur la base de l'alinéa 1. S'il n'est pas possible de s'assurer que les conditions définies à l'art. 42 al. 2 LFINMA sont remplies, il convient de renoncer à la transmission d'informations. Dans ce cas, une transmission fondée sur l'alinéa 2 ne serait en effet pas autorisée.

4.3.2 Définitions

Le projet de circulaire définit les notions « autorités étrangères » et « services mandatés par des autorités étrangères ». En ce qui concerne les termes « clients », « tiers », « transmission d'informations » et « garantie des droits des clients et des tiers », le projet de circulaire renvoie aux explications relatives à l'art. 42c al. 1 LFINMA (Cm 14 ss et 27 s du projet de circulaire), car les conditions de transmission liées à ces notions sont les mêmes pour les transmissions effectuées en vertu de l'alinéa 1 et celles effectuées en vertu de l'alinéa 2.

4.4 Obligation de déclaration préalable à la FINMA (art. 42c al. 3 LFINMA)

Selon l'art. 42c al. 3 LFINMA, la communication de faits importants au sens de l'art. 29 al. 2 LFINMA nécessite une déclaration préalable à la FINMA. Cette disposition vise en premier lieu le besoin d'informations de la FINMA qui trouve son origine dans les tâches de surveillance dévolues à celle-ci. En second lieu, elle a pour but de permettre à la FINMA de se réserver le droit d'utiliser la voie de l'assistance administrative. L'interprétation du caractère important des informations au sens de l'art. 42c al. 3 en relation avec l'art. 29 al. 2 LFINMA dans le projet de circulaire a donc pour objectif de s'assurer que la FINMA soit informée de toute transmission d'informations dont elle doit avoir connaissance pour exercer son activité de surveillance, sans toutefois restreindre inutilement le but visé par l'art. 42c LFINMA.

Le projet de circulaire contient une définition de la notion de « communication de faits importants » qui nécessite dans tous les cas une déclaration préalable à la FINMA. Cette notion ne recouvre pas seulement la transmission d'informations qui constituent en elles-mêmes un fait important au sens de l'art. 29 al. 2 LFINMA, indépendamment de toute transmission envisagée à l'étranger. En effet, la transmission d'informations peut être assimilée à la communication de faits importants parce qu'une information précise – non importante en soi – doit être transmise à l'étranger. Dans ce cas, la transmission de l'information est considérée comme une communication de faits importants au sens de l'alinéa 3 du seul fait que l'information doit être communiquée à une autorité ou un service étranger.

Afin d'apporter un soutien aux assujettis, le projet de circulaire énumère, à titre d'exemple, les informations considérées par la FINMA comme devant faire l'objet d'une déclaration préalablement à leur transmission en raison de leur importance au sens de l'art. 42c al. 3 en relation avec l'art. 29 al. 2 LFINMA (cf. Cm 44 ss du projet de circulaire). Conformément aux explications mentionnées plus haut, la FINMA se limite ici aux transmissions d'informations dont elle doit nécessairement avoir connaissance en sa qualité d'autorité de surveillance. D'autre part, le projet de circulaire énumère également des exemples d'informations dont la transmission ne nécessite pas de déclaration préalable à la FINMA (cf. Cm 58 ss du projet de circulaire). Ces énumérations de cas se produisant souvent dans la

pratique, citées à titre d'exemple, fixent ainsi le cadre dans lequel les assujettis doivent décider par eux-mêmes de l'importance d'une transmission d'informations. Il ne s'agit toutefois que d'exemples censés aider les assujettis à juger si une transmission d'informations concrètement prévue doit être déclarée selon l'art. 42c al. 3 LFINMA. Ces énumérations ne sauraient donc être considérées comme exhaustives.

Selon le Cm 49 du projet de circulaire, les informations devant servir à des enquêtes préalables et à des procédures étrangères susceptibles de donner lieu à des sanctions à l'encontre des assujettis doivent faire l'objet d'une déclaration préalable à la FINMA. En l'occurrence, l'obligation de déclaration préalable s'applique indépendamment du fait que les enquêtes préalables, les investigations ou les procédures aient déjà été engagées au moment de la transmission ou qu'il faille s'attendre à ce qu'elles ne le soient qu'après réception des informations à transmettre.

En cas de communication de faits importants, la transmission doit toujours être déclarée préalablement à la FINMA, que celle-ci puisse ou non se réserver le droit d'utiliser la voie de l'assistance administrative dans le cas en question (cf. ch. 4.5 ci-dessous). La déclaration à la FINMA doit avoir lieu au moins cinq jours ouvrables avant la transmission prévue. A cet effet, l'assujetti doit joindre les documents devant être transmis ainsi qu'une estimation des conséquences et des risques susceptibles de résulter de la transmission ou de la non-transmission des informations. Cela permet à la FINMA d'estimer plus facilement s'il y a un intérêt, sous l'angle de la surveillance, à réserver la voie de l'assistance administrative conformément à l'art. 42c al. 4 LFINMA. A cet égard, il est essentiel que l'assujetti procède à une estimation du risque. Si l'assujetti arrive à la conclusion que la transmission et/ou la non-transmission des informations n'entraîne aucun risque, il en informe la FINMA. En l'absence de réponse de la FINMA, toute transmission d'informations est interdite (cf. Cm 69 du projet de circulaire). Procéder à une transmission d'informations directe juste après avoir fait une déclaration à la FINMA empêcherait celle-ci de décider en temps voulu d'une éventuelle réserve de la voie de l'assistance administrative et compromettrait ainsi le deuxième objectif de l'obligation de déclarer. La FINMA donne une réponse à l'assujetti dans un délai de cinq jours ouvrables. Il est possible que la FINMA n'envoie tout d'abord qu'un simple accusé de réception en précisant que l'examen de la déclaration nécessite un certain temps. Dans sa réponse, la FINMA indique uniquement si elle réserve ou non la voie de l'assistance administrative. La question de savoir si les conditions d'une transmission directe sur la base de l'art. 42c al. 1 ou 2 LFINMA sont réunies relève de la responsabilité des assujettis, également dans les cas selon l'alinéa 3. En cas d'urgence, c'est-à-dire lorsque l'assujetti ne dispose pas d'un délai de cinq jours ouvrables avant la transmission des informations, il convient de prendre immédiatement contact avec la FINMA afin de l'informer de la situation et du caractère urgent de la transmission.

4.5 Réserve de la voie de l'assistance administrative par la FINMA

La loi n'assortit l'invocation d'une réserve concernant la voie de l'assistance administrative d'aucune condition. Les assujettis ne peuvent prétendre ni à la transmission d'informations si les conditions de l'art. 42c al. 1 à 3 LFINMA sont remplies, ni à ce que la FINMA réserve la voie de l'assistance administrative si les assujettis font valoir leur intérêt à ce qu'une telle décision soit prise. Il appartient à la FINMA de décider si elle entend réserver la voie de l'assistance administrative, et octroyer ensuite effectivement l'assistance administrative à l'autorité de surveillance des marchés financiers requérante

dans la mesure souhaitée par celle-ci, ou si elle le refuse, par exemple pour les raisons évoquées plus haut (cf. ch. 1 ci-dessus).

Néanmoins, la réserve de la voie de l'assistance administrative n'est possible que si la FINMA peut, sur le principe, accorder l'entraide. Cela devrait toujours être le cas pour les transmissions d'informations envisagées sur la base de l'art. 42c al. 1 LFINMA. S'agissant des transmissions fondées sur l'art. 42c al. 2 LFINMA, cela n'est parfois pas possible car il se peut que les informations soient également transmises à des autorités ou des services⁶ qui n'ont pas la compétence de recevoir l'assistance ou qu'elles soient transmises à des fins autres que la surveillance des marchés financiers.

La FINMA peut réserver la voie de l'assistance administrative pour certaines transmissions d'informations envisagées, mais également – si la situation l'exige – d'une manière générale pour certains assujettis⁷, certains faits ou sujets⁸ ou encore pour certaines autorités de surveillance des marchés financiers ou services étrangers. Afin d'éviter les redondances, la FINMA peut également réserver la voie de l'assistance administrative dans les cas où l'autorité requérante demande les mêmes informations aux assujettis sur la base de l'art. 42c LFINMA et à la FINMA par la voie de l'assistance administrative. La réserve de la voie de l'assistance administrative par la FINMA est possible pour toutes les transmissions prévues et pas seulement pour la communication de faits importants selon l'art. 42c al. 3 LFINMA⁹. En lieu et place d'une réserve générale de la voie de l'assistance administrative, la FINMA peut imposer une mesure moins contraignante qui consiste à déclarer préalablement toutes les transmissions prévues dans le domaine en question, par application analogique de l'art. 42c al. 3 LFINMA.

5 Mise en œuvre

Du point de vue organisationnel, la FINMA attend des assujettis qu'ils mettent en œuvre les processus nécessaires pour respecter les conditions définies à l'art. 42c LFINMA. Ces processus sont soumis à l'audit ordinaire.

⁶ Sont désignées ici les autorités qui ne sont pas des autorités de surveillance des marchés financiers ou des services qui sont mandatés par lesdites autorités. En revanche, si les services destinataires des informations sont chargés de tâches de surveillance par des autorités de surveillance des marchés financiers, il est en principe possible d'accorder l'assistance administrative aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers ayant mandaté les services en question. Dans de tels cas, la FINMA peut donc réserver la voie de l'assistance administrative.

⁷ Par exemple en cas de menace de surendettement d'un assujetti.

⁸ Par exemple en cas de problèmes transfrontières.

⁹ Cf. Message du Conseil fédéral concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, FF 2014 7235, ici 7372.

6 Conséquences

Le projet de circulaire concrétise les nouvelles dispositions de l'art. 42c LFINMA qui permettent aux assujettis, dans certaines conditions, de transmettre des informations non publiques à des autorités et services étrangers. En précisant dans une circulaire la façon dont elle interprète ces conditions, la FINMA facilite l'application de celles-ci par les assujettis. D'une part, elle évite aux assujettis de devoir déterminer au cas par cas, pour un grand nombre d'autorités de surveillance des marchés financiers, si celles-ci respectent les critères de spécialité et de confidentialité, pour autant qu'il n'existe aucun indice concret laissant supposer le contraire. D'autre part, la circulaire donne aux assujettis une orientation générale sur laquelle ils peuvent se fonder pour mettre en œuvre l'art. 42c LFINMA de façon autonome et responsable. Sans cette circulaire, les assujettis devraient interpréter eux-mêmes les conditions et les notions mentionnées à l'art. 42c LFINMA et n'auraient pas d'éléments de référence leur permettant d'apprécier si leur interprétation correspond aux vues de la FINMA et, éventuellement, à celles des autorités de poursuite pénale. Les demandes d'informations adressées à la FINMA par les assujettis ces derniers mois ont montré que, s'agissant des alinéas 2 et 3 notamment, cela donnerait lieu à des mises en application extrêmement diverses de ces alinéas, voire erronées dans certains cas. La circulaire assure une unité de doctrine et, partant, accroît la sécurité juridique des assujettis dans le domaine de la transmission directe d'informations relevant du droit des marchés financiers. En outre, cela peut avoir un effet positif sur la collaboration des assujettis et de la FINMA avec les autorités et services étrangers, puisque la circulaire assure une meilleure prévisibilité des transmissions d'informations directes par les assujettis.

La FINMA estime que la mise en œuvre de la circulaire n'entraînera pas de coûts supplémentaires pour les assujettis. Les dépenses liées à l'application de l'art. 42c LFINMA et destinées à mettre en place les processus nécessaires, d'ordre organisationnel dans un premier temps, sont occasionnées par la modification de la loi ; la circulaire, quant à elle, facilite la mise en œuvre de cette modification.

7 Suite de la procédure

Les résultats de l'audition seront publiés dans un rapport d'audition. L'entrée en vigueur de la circulaire est prévue pour le 1^{er} janvier 2017, après introduction des éventuelles modifications.