

Évaluation *ex post* et rapport explicatif

Rapport sur l'évaluation de la circulaire 2017/6 « Transmission directe » réalisée du 19 juillet au 13 septembre 2019 et explications concernant le projet de révision partielle de la circulaire

20 août 2020

Table des matières

Éléments essentiels	4
Liste des abréviations.....	6
1 Introduction	7
2 Prises de position reçues.....	7
3 Besoins en matière de réglementation	8
4 Résultats de l'évaluation <i>ex post</i> et appréciation par la FINMA	8
4.1 Champ d'application de l'art. 42c al. 1 et 2 LFINMA	8
4.1.1 Limitation de l'art. 42c LFINMA au champ d'application de l'art. 271 CP	8
4.1.2 Application de l'art. 42c LFINMA aux transmissions d'informations propres aux établissements ou sur instruction explicite du client (Cm 3, 9)	9
4.1.3 Application de l'art. 42c LFINMA à des données situées à l'étranger (Cm 4 à 6).....	10
4.2 Art. 42c al. 1 LFINMA	11
4.2.1 Transmissions directes à des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers sur la base de contrats de droit privé (Cm 10).....	11
4.2.2 Liste des autorités ayant capacité pour l'assistance administrative (Cm 20 ss).....	12
4.2.3 Vérification de la confidentialité et de la spécialité (Cm 26).....	15
4.3 Rapport entre l'art. 42c al. 1 LFINMA et l'art. 42c al. 2 LFINMA (Cm 33).....	15
4.3.1 Délimitation des al. 1 et 2 de l'art. 42c LFINMA (Cm 33.1 et 33.2).....	15
4.3.2 La spécialité et la confidentialité ne sont pas des conditions non écrites de l'art. 42c al. 2 LFINMA (Cm 33.3)	18
4.4 Art. 42c al. 2 LFINMA	18

4.4.1	Pas de transmission d'informations aux autorités pénales ou fiscales (Cm 35, 37).....	18
4.4.2	Terme « service » à l'art. 42c al. 2 LFINMA (Cm 36).....	19
4.4.3	Rapport avec les opérations au sens de l'art. 42c al. 2 LFINMA (Cm 39).....	20
4.5	Déclarations selon l'art. 42c al. 3 LFINMA	21
4.5.1	Obligation de déclarer et réserve de la voie de l'assistance administrative.....	21
4.5.2	Importance des faits selon les art. 42c al. 3 et 29 al. 2 LFINMA.....	22
4.5.3	Moment permettant d'évaluer si un fait est important (Cm 46).....	24
4.5.4	Exemples d'informations nécessitant une déclaration préalable (Cm 43 ss)	24
4.5.5	Transmission d'informations relatives à l'organisation de la société (Cm 62) et aux demandes de licence et d'enregistrement (Cm 65).....	30
4.5.6	Procédure d'annonce (Cm 70 ss).....	31
4.6	Réserve de la voie de l'assistance administrative selon l'art. 42c al. 4 LFINMA (Cm 75 ss)	34
4.7	<i>White list</i> et échange entre les assujettis et la FINMA	35
4.8	Coopération avec les autorités étrangères selon l'art. 42c LFINMA	36
4.9	Récapitulatif des modifications apportées à la circulaire.....	37
5	Processus de réglementation	39
6	Principes de réglementation	39
7	Analyse d'impact.....	40
8	Étapes suivantes	40

Éléments essentiels

1. Comme annoncé lors de l'introduction de la circulaire 2017/6 « Transmission directe », la FINMA a soumis ladite circulaire à un examen (évaluation *ex post*) durant l'été 2019. Elle entend ainsi tenir compte des expériences pratiques réalisées dans le cadre de son application ainsi que de l'évolution du contexte international. Les milieux intéressés ont été invités à faire part de leurs expériences en relation avec la circulaire. Les prises de position sont positives quant à la collaboration avec la FINMA et reconnaissent tant l'utilité que la nécessité de la circulaire. Un certain nombre de points font néanmoins l'objet de critiques.
2. Un grand nombre de suggestions déjà faites lors de la procédure d'audition ont été réitérées. Il s'agit notamment des demandes formulées par les assujettis en faveur d'une restriction du champ d'application de l'art. 42c LFINMA aux cas relevant de l'art. 271 CP, de l'interprétation uniforme du caractère important des faits au sens de l'art. 29 al. 2 et de l'art. 42c al. 3 LFINMA ainsi que de la délimitation de l'art. 42c al. 1 par rapport à l'al. 2 LFINMA en fonction de la nature des informations à transmettre.
3. En outre, les participants à l'évaluation suggèrent notamment de compléter la liste des autorités étrangères ayant capacité pour l'assistance administrative internationale, qu'ils ne jugent pas encore assez étendue. Par ailleurs, ils sont d'avis que le catalogue d'exemples de transmissions d'informations soumises à une déclaration préalable à la FINMA est trop détaillé et doit être raccourci. La FINMA répond à la demande d'élargissement de la liste des autorités ayant capacité pour l'assistance administrative internationale et y ajoute environ 25 autorités. Pour ce faire, elle sélectionne désormais de son propre chef de autorités de surveillance des marchés financiers avec lesquelles elle a conclu un accord de coopération bilatéral adéquat pour l'assistance administrative. Dans le catalogue d'exemples d'informations qui nécessitent une déclaration préalable à la FINMA, le Cm 47 est supprimé.
4. En outre, les prises de position reçues ont montré que certains points de la circulaire ont été mal compris. La FINMA profite de l'occasion pour préciser les passages correspondants. Ainsi, l'acte modificateur expose notamment que les déclarations faites selon l'art. 42c al. 3 LFINMA servent à l'information de la FINMA mais ne déclenchent pas un processus d'approbation au sens strict (Cm 74). De plus, il est spécifié à des fins de clarification que pour les transmissions directes selon l'art. 42c al. 2 LFINMA, les principes de spécialité et de confidentialité ne constituent pas des conditions à remplir (Cm 33). Enfin, il est précisé qu'en cas d'annonces concernant les transmissions directes

selon l'art. 42c al. 2 LFINMA, il n'est plus nécessaire d'attendre une réponse de la part de la FINMA (Cm 72).

5. Avec le présent rapport d'évaluation *ex post* et explicatif, la FINMA ouvre une procédure d'audition du 20 août 2020 au 15 octobre 2020 pour l'acte modificateur de la circulaire.

Liste des abréviations

CP	Code pénal du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
DFF	Département fédéral des finances
LFINMA	Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers ; RS 956.1)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
MMoU de l'AICA	<i>Multilateral memorandum of understanding</i> de l'Association internationale des contrôleurs d'assurance
MMoU de l'OICV	<i>Multilateral memorandum of understanding</i> de l'Organisation internationale des commissions de valeurs
OLPD	Ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (RS 235.11)
PFPDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence

1 Introduction

L'art. 42c LFINMA est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Un an plus tard, la FINMA a publié la circulaire 2017/6 « Transmission directe » (ci-après « circulaire »). Comme cela avait été annoncé dans le rapport sur les résultats de l'audition relative à la circulaire, la FINMA a soumis la circulaire à une évaluation *ex post* du 19 juillet au 13 septembre 2019, deux ans après son entrée en vigueur. L'invitation à participer à l'évaluation *ex post* a été publiée sur le site Internet de la FINMA et s'adressait à tous les milieux intéressés.

Le présent rapport résume les résultats de l'évaluation *ex post* et expose l'avis de la FINMA sur les propositions faites par les participants à l'évaluation *ex post*.

Compte tenu des prises de position reçues, la FINMA prévoit une révision partielle de la circulaire. Les explications correspondant aux modifications prévues figurent en gris dans le présent rapport.

2 Prises de position reçues

Les personnes et institutions suivantes (mentionnées par ordre alphabétique) ont participé à l'évaluation *ex post* et ne se sont pas opposées à une publication de leur prise de position :

- Association des banques étrangères en Suisse (ABES)
- Association Suisse d'Assurances (ASA)
- Association suisse des banquiers (Swissbanking ; ASB)
- Banque cantonale de Zurich (BCZ)
- Helvetia Assurances (Helvetia)
- Lenz & Staehelin
- MS Amlin SA
- Swiss Re SA (Swiss Re)
- UBS SA (UBS)
- Zurich Compagnie d'Assurances SA (Zurich)

3 Besoins en matière de réglementation

Le but de la FINMA est d'assurer la sécurité juridique des assujettis dans le cadre de leur coopération avec des autorités et services étrangers et de garantir une application uniforme de l'art. 42c LFINMA. Sur la base des prises de position reçues dans le cadre de l'évaluation *ex post*, la FINMA propose de procéder à une révision partielle de sa circulaire relative à la transmission directe. Les modifications proposées de la circulaire ont pour but d'une part de concrétiser davantage l'échange d'informations dans le respect des prescriptions légales tout en garantissant les intérêts de la surveillance. D'autre part, elles visent à clarifier la circulaire et à favoriser ainsi l'application uniforme de la norme.

4 Résultats de l'évaluation *ex post* et appréciation par la FINMA

Les résultats de l'évaluation *ex post* et l'appréciation par la FINMA sont présentés ci-après dans l'ordre des alinéas de l'art. 42c LFINMA. Les renvois aux chiffres marginaux se réfèrent à la version de la circulaire en vigueur au 1^{er} janvier 2017.

4.1 Champ d'application de l'art. 42c al. 1 et 2 LFINMA

4.1.1 Limitation de l'art. 42c LFINMA au champ d'application de l'art. 271 CP

Prises de position

L'ASB et l'UBS estiment que l'art. 42c LFINMA, d'après son but, a été créé en dérogation à l'art. 271 CP. C'est la raison pour laquelle l'art. 42c LFINMA ne s'appliquerait que dans les cas relevant du champ d'application de l'art. 271 CP. Le but de l'art. 42c LFINMA serait de faciliter la transmission d'informations aux autorités étrangères. Si la norme s'appliquait également aux transmissions qui ne relèvent pas du champ d'application de l'art. 271 CP, elle compliquerait la coopération avec les autorités étrangères. Par conséquent, l'art. 271 CP définirait le champ d'application de l'art. 42c LFINMA.

Appréciation

Dans le rapport du 8 décembre 2016 sur les résultats de l'audition relative au projet de circulaire (ci-après « rapport d'audition ») (cf. ch. 3.1.3), la FINMA a refusé de limiter l'art. 42c LFINMA aux cas d'application de l'art. 271 CP. Elle estime que l'appréciation faite à l'époque conserve sa validité.

Selon le message concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF) du 3 septembre 2014 (FF 2014 7372, ci-après « message LIMF »), l'art. 271 CP a certes aussi été une raison d'édicter l'art. 42c LFINMA, car la norme prudentielle devait également permettre d'éliminer les conséquences négatives de la norme pénale sur la coopération internationale des assujettis avec les autorités et services étrangers, telles que la procédure d'approbation compliquée, par exemple. Ceci mis à part, les deux normes, qui relèvent de domaines juridiques différents, sont indépendantes l'une de l'autre et ne se réfèrent pas l'une à l'autre. D'une part, elles servent des buts différents ; la norme pénale a pour but de protéger contre les attaques à la souveraineté territoriale de la Suisse et de garantir l'indépendance de la Suisse¹. La réglementation définie par la LFINMA, quant à elle, vise la coopération entre les acteurs des marchés financiers suisses et les autorités et services étrangers. D'autre part, le caractère autonome de l'art. 42c LFINMA résulte de sa position systématique et de l'énoncé suivant : le droit de transmission directe a été conçu à la section « Collaboration avec les autorités étrangères » comme une sous-forme de l'assistance administrative, à laquelle il est fait référence (art. 42c al. 1 let. a en relation avec l'art. 42 al. 2 LFINMA). Elle est ainsi étroitement liée aux autres dispositions de la LFINMA relatives à l'assistance administrative. C'est aussi l'une des raisons pour lesquelles le législateur, selon les termes de l'art. 42c LFINMA, se fonde sur la seule transmission directe d'informations non publiques par les assujettis aux autorités et services étrangers. Une limitation au champ d'application de l'art. 271 CP n'est ni formulée directement ni sous-entendue.

Conclusion

L'art. 42c LFINMA est une norme prudentielle autonome. Son champ d'application n'est pas défini par l'art. 271 CP.

4.1.2 Application de l'art. 42c LFINMA aux transmissions d'informations propres aux établissements ou sur instruction explicite du client (Cm 3, 9)

Prises de position

L'ASB suggère que la transmission par les assujettis d'informations non publiques propres aux établissements soit explicitement exclue du champ d'application de l'art. 42c LFINMA. Selon elle, ce cas de figure ne relèverait pas de l'assistance administrative et ne serait donc pas couvert par l'art. 42c LFINMA.

En outre, l'ASB est d'avis que les transmissions d'informations dans le cadre d'une instruction explicite de client n'entrent pas dans le champ d'application

¹ Cf. Basler Kommentar - StGB/JStG, 4^e édition, 2019, Markus Husmann, art. 271, Cm 5.

de l'art. 42c LFINMA. C'est ce qui ressortirait de la pratique du DFF relative à l'art. 271 CP, selon laquelle un tel transfert d'informations à des autorités étrangères ne revêtirait pas de caractère officiel.

Appréciation

D'après le message² concernant l'art. 42c al. 1 LFINMA, « Les assujettis doivent [...] pouvoir transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés des informations non accessibles au public et relevant de leur compétence *pour autant que les conditions de l'assistance administrative soient remplies*³ [...] ». Ces conditions sont concrétisées à l'art. 42 al. 2 LFINMA, qui n'opère pas de distinction entre les informations propres et étrangères à l'établissement. Seul est donc déterminant le fait que les informations soient non accessibles au public. En outre, la transmission d'informations relatives aux établissements dans le cadre de l'assistance administrative internationale est une pratique établie⁴. Par conséquent, les transmissions effectuées dans le cadre d'une instruction de client ainsi que les informations propres à l'établissement relèvent également du champ d'application de l'art. 42c al. 1 LFINMA. En fonction du but dans lequel les informations sont utilisées et du destinataire des informations, une transmission directe selon l'al. 2 peut également être envisagée.

Comme déjà exposé plus haut (cf. ch. 4.1.1 ci-dessus), l'art. 271 CP ne définit pas le champ d'application de l'art. 42c LFINMA.

Conclusion

L'art. 42c LFINMA s'applique également à la transmission directe d'informations propres aux établissements et aux transmissions dans le cadre d'instructions de clients.

4.1.3 Application de l'art. 42c LFINMA à des données situées à l'étranger (Cm 4 à 6)

Prises de position

Selon l'UBS, il convient de spécifier clairement dans la circulaire que l'art. 42c LFINMA n'aurait pas d'incidence sur les données qui se trouvent déjà à l'étranger. L'art. 271 CP, qui détermine le champ d'application de l'art. 42c LFINMA, ne serait applicable qu'aux données qui se trouvent en Suisse.

² Message LIMF, 7372.

³ mise en évidence ajoutée

⁴ Message LIMF, 7367.

Appréciation

En ce qui concerne l'art. 271 CP, il est fait référence aux explications qui précèdent (cf. ch. 4.1.1 ci-dessus). Pour le reste, il est exact que l'art. 42c LFINMA ne s'applique qu'aux informations situées en Suisse. La circulaire n'est applicable que lorsque des informations non publiques sont transmises de manière transfrontalière à partir de la Suisse (cf. Cm 4 ss). En cas de transmission de données qui sont présentes simultanément en Suisse et à l'étranger, l'art. 42c LFINMA ne s'applique que si les données font l'objet d'une transmission transfrontalière à partir de la Suisse⁵.

Conclusion

Les Cm 4 à 6 ne sont pas modifiés.

4.2 Art. 42c al. 1 LFINMA

4.2.1 **Transmissions directes à des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers sur la base de contrats de droit privé (Cm 10)**

Prises de position

L'ASB souhaite qu'il soit précisé au Cm 10 que l'art. 42c LFINMA ne s'applique pas lorsque des informations sont transmises par les assujettis à une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers sur la base de relations contractuelles de droit privé⁶. Dans ce cas de figure, l'exécution des lois sur les marchés financiers ne serait pas le but de la transmission.

Appréciation

Les dispositions des art. 42 ss LFINMA relatives à l'assistance administrative règlent la collaboration avec les services étrangers dans le but d'exécuter les lois sur les marchés financiers. Il en va de même pour l'art. 42c al. 1 LFINMA. Si la transmission d'informations ne sert pas à l'exécution des lois sur les marchés financiers, mais est par exemple nécessaire pour des raisons de droit privé, l'al. 1 ne s'applique pas et la transmission est soumise aux autres règles applicables en dehors du champ d'application de l'art. 42c LFINMA qui sont applicables à la transmission. Toutefois, les cas où des informations non publiques ont le droit d'être transmises à des autori-

⁵ Sauf si les informations sont transférées à l'étranger à des fins de contournement de l'art. 42c LFINMA, cf. Cm 6 de la circulaire.

⁶ L'ASB cite comme exemple la Réserve fédérale des États-Unis (Fed), qui a notamment pour mission de surveiller et de réglementer les activités bancaires, et qui est donc dotée de prérogatives de puissance publique. Parallèlement à cette mission, elle propose à certaines banques étrangères de négocier des billets de banques US dans le cadre d'une relation directe par le biais de son *FBICS program*. À ce niveau, la Fed n'agit pas en vertu de ses prérogatives de puissance publique.

tés étrangères de surveillance des marchés financiers pour des raisons totalement ou partiellement étrangères à la surveillance des marchés financiers sont extrêmement rares. Par conséquent, la présente clarification est suffisante et il n'est pas prévu d'insérer une disposition explicite dans la circulaire.

Conclusion

L'art. 42c al. 1 LFINMA règle la transmission d'informations effectuée aux fins de l'exécution des lois sur les marchés financiers, et non aux fins de l'application de conventions de droit privé. A cet égard, la FINMA partage l'avis du participant à l'évaluation sur ce point, mais estime qu'une précision dans la circulaire n'est pas nécessaire.

4.2.2 Liste des autorités ayant capacité pour l'assistance administrative (Cm 20 ss)

Prises de position

L'ASB, Swiss Re, l'UBS et Zurich estiment que la liste des autorités ayant capacité pour l'assistance administrative doit être élargie. Ils justifient leur demande par l'insécurité juridique existant eu égard au respect des principes de confidentialité et de spécialité lors de la transmission d'informations non publiques à des autorités non répertoriées dans la liste.

L'UBS suggère par exemple d'inscrire dans la liste toutes les autorités de surveillance étrangères compétentes pour les établissements suisses. De même, la liste devrait être élargie à toutes les autorités de surveillance de l'UE et à toutes les banques centrales étrangères qui sont membres du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire. L'ASB et l'UBS proposent quelques autorités à intégrer dans la liste sur la base de leur propre expérience pratique.

Swiss Re et Zurich demandent d'élargir la liste par la conclusion d'autres *memorandum of understanding* (MoU).

L'ASB et l'UBS demandent en outre que la présomption de conformité soit étendue aux autorités qui, bien que non explicitement répertoriées, peuvent être rattachées ou subordonnées à une autorité déjà répertoriée ou qui relèvent de la même juridiction et sont soumises à des règles comparables sous l'angle de la confidentialité et de la spécialité.

Par ailleurs, Swiss Re souhaite que la présomption de conformité applicable aux autorités figurant sur la liste soit abrogée. Elle estime que la liste devrait plutôt avoir valeur de confirmation et constituer pour les assujettis une base fiable selon laquelle les transmissions aux autorités qui y figurent sont autorisées sans restriction du point de vue de la confidentialité et de la spécialité.

Appréciation

Comme indiqué dans le rapport d'audition (cf. ch. 3.2.4.5), la FINMA est consciente de l'ampleur que peut représenter la tâche confiée aux assujettis par le législateur à l'art. 42c al. 1 LFINMA en relation avec l'art. 42 al. 2 LFINMA s'agissant des clarifications relatives à la confidentialité et à la spécialité. C'est d'ailleurs ce qui a motivé la publication de la liste des autorités ayant capacité pour l'assistance administrative internationale.

S'agissant des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers qui figurent dans la liste, la présomption selon laquelle les conditions stipulées à l'art. 42 al. 2 LFINMA sont remplies s'applique. Les assujettis peuvent se fier entièrement à la liste pour apprécier si les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers ont capacité pour l'assistance administrative internationale, dans la mesure où aucun indice contraire ne s'y oppose au cas par cas (cf. Cm 25). D'après l'expérience de la FINMA dans le cadre de ses propres activités d'assistance administrative, il est extrêmement rare que des indices contraires justifient d'avoir des doutes fondés quant à la capacité d'une autorité de surveillance étrangère, ou plus précisément des autorités répertoriées, à recevoir l'assistance administrative. Il faut partir du principe que cela vaut également pour la transmission directe. Dans cette optique, il n'est pas indiqué de changer la nature de la liste de façon à ce qu'elle ait valeur de confirmation et non plus de présomption de conformité. La conception de l'art. 42c LFINMA qui permet aux assujettis de transmettre des informations confidentielles à l'étranger sous leur propre responsabilité s'y oppose également. Toutefois, la compétence correspondante implique également une responsabilité vis-à-vis de la question de la capacité pour l'assistance administrative internationale dans un cas concret. Pour ces raisons, il ne s'impose pas d'accorder à la liste une valeur de confirmation plutôt que de présomption de conformité.

La FINMA reconnaît le besoin d'élargissement de la liste sur la base des réactions unanimes des participants à l'évaluation. Eu égard aux explications qui précèdent et compte tenu des expériences réalisées par la FINMA en matière d'assistance administrative, il est envisageable d'intégrer des autorités supplémentaires avec lesquelles a été conclu un accord de coopération bilatéral jugé adéquat par la FINMA. Cette approche va nettement plus loin que maintenant, car dans ces cas, les conditions préalables à l'octroi de l'assistance administrative ne sont plus vérifiées par un tribunal suisse et/ou par la FINMA sur la base de données spécifiques, ni attestées par des garanties fournies à la FINMA en ce sens.

Toutefois, lorsque le respect des principes n'a d'aucune façon été garanti à la FINMA, c'est-à-dire ni à l'occasion de l'octroi d'une assistance administrative concrète, ni dans le cadre d'accords de coopération bilatéraux, la capacité d'une autorité étrangère pour l'assistance administrative internationale

ne peut être supposée d'une manière générale. Dans le cadre de l'assistance administrative formelle, la FINMA doit veiller à ce que les conditions légales soient respectées par l'autorité destinataire. Dans ce contexte, il ne suffit pas qu'une autorité de surveillance des marchés financiers soit sise dans l'UE par exemple pour l'inscrire dans la liste de la FINMA. En outre, la FINMA ne procédera à aucun contrôle de la capacité d'autorités étrangères à l'assistance administrative aux seules fins de les inscrire dans la liste.

Par conséquent, la FINMA modifie comme suit les critères d'admission énoncés au Cm 20 : les deux premières puces reprennent pour l'essentiel la réglementation exposée au Cm 20. Avec la nouvelle formulation, ces critères (assistance administrative fournie ; constatation par voie judiciaire) sont désormais séparés et il est clair que ceux-ci s'appliquent seuls⁷. Une troisième puce est ajoutée afin d'indiquer la possibilité qu'une autorité soit inscrite dans la liste si la FINMA a conclu avec elle un accord de coopération bilatéral adéquat. Les accords de coopération bilatéraux doivent être « adéquats pour l'assistance administrative ». Cette restriction est nécessaire notamment parce que la FINMA a conclu divers accords internationaux à des fins autres que l'assistance administrative. Le nouveau critère d'admission est conforme au précédent critère, qui continue de s'appliquer, selon lequel une autorité est inscrite dans la liste après qu'une assistance administrative lui a été fournie. Cela s'explique par le fait que la FINMA a, dans les deux cas, vérifié la confidentialité et la spécialité ou a demandé aux autorités étrangères de lui fournir des garanties en ce sens.

Il est par ailleurs précisé au Cm 21 que les critères d'admission selon le Cm 20 sont des principes et que la FINMA se réserve le droit, dans des cas particuliers, de ne pas inclure des autorités dans la liste ou d'en supprimer de son propre chef.

Compte tenu de ce nouveau critère d'admission, environ 25 autorités seront probablement ajoutées dans la liste.

Pour le reste, les assujettis sont priés de se référer au rapport d'audition en ce qui concerne les clarifications devant être effectuées au regard de la confidentialité et de la spécialité des autorités étrangères auxquelles les informations sont destinées (cf. ch. 3.2.4.5 dudit rapport). Si une autorité de surveillance des marchés financiers est signataire A du MMoU de l'OICV⁸ ou de l'IACA, cela peut être considéré comme un indice positif déterminant lors de la vérification de la confidentialité et de la spécialité. En effet, avant d'obtenir

⁷ L'expression « en outre » figurant dans la formulation utilisée jusqu'ici impliquait que dans les cas où les conditions de confidentialité et de spécialité avaient été constatées par voie judiciaire, l'assistance administrative serait ou avait toujours été fournie à l'autorité concernée. Or, il peut également arriver, dans le cas d'une transmission litigieuse liée à une demande d'assistance administrative, que les conditions de confidentialité et de spécialité aient certes été constatées par voie judiciaire, mais que la FINMA ne fournisse finalement pas l'assistance administrative (par ex. parce que le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé contre une transmission d'informations pour d'autres raisons ou parce que l'autorité étrangère a retiré sa demande d'assistance entretemps).

⁸ L'EMMoU de l'OICV est également visé ici.

le statut de signataire, les autorités sont soumises à un processus de contrôle strict dans lequel la confidentialité et la spécialité, notamment, sont vérifiées.

Conclusion

La liste des autorités ayant capacité pour l'assistance administrative sera élargie à d'autres autorités avec lesquelles la FINMA a conclu un accord de coopération bilatéral adéquat pour l'assistance administrative. Les critères d'admission seront adaptés en ce sens au Cm 20. Au Cm 21, la FINMA précise qu'elle se réserve le droit de ne pas inscrire une autorité dans la liste même si les critères d'admission selon le Cm 20 sont remplis.

4.2.3 Vérification de la confidentialité et de la spécialité (Cm 26)

Prises de position

Swiss Re souhaite que le Cm 26 soit complété en ce sens que les vérifications relatives à l'art. 42 al. 2 LFINMA puissent par exemple également être faites par une personne interne à l'entreprise dûment qualifiée.

Appréciation

Le Cm 26 dans sa version actuelle précise que les clarifications peuvent par exemple être effectuées par un « avocat local spécialisé en droit des marchés financiers ». Elles peuvent également l'être par des collaborateurs travaillant au sein de l'établissement qui possèdent une qualification adéquate. Le Cm 26 est complété en conséquence.

Conclusion

Le Cm 26 est complété comme demandé.

4.3 Rapport entre l'art. 42c al. 1 LFINMA et l'art. 42c al. 2 LFINMA (Cm 33)

4.3.1 Délimitation des al. 1 et 2 de l'art. 42c LFINMA (Cm 33.1 et 33.2)

Prises de position

L'ASB et l'UBS souhaitent une délimitation plus claire entre les cas relevant de l'art. 42c al. 1 LFINMA et ceux relevant de l'art. 42c al. 2 LFINMA. Ils indiquent que l'application pratique du Cm 33 de la circulaire a causé des difficultés. En ce qui concerne la délimitation, l'ASB et l'UBS sont d'avis que

l'al. 1 concernerait la transmission directe d'informations qui englobent la surveillance des assujettis (chiffres financiers, organisation, personnel, etc.) tandis que l'al. 2 s'appliquerait à la transmission d'informations relatives aux rapports entre les assujettis et leurs clients, autrement dit d'informations dites à bas seuil (*niederschwellige Informationen* ; d'après l'ASB, ce terme – qui n'est défini ni dans la loi ni dans le message – désigne les informations qui découlent de la relation entre l'assujetti et ses clients). Ainsi, les al. 1 et 2 régleraient deux faits différents, ce qui est contraire au Cm 33. Ils ne doivent par conséquent pas être considérés comme étant subsidiaires, mais complémentaires.

Les assujettis étayaient leurs propos par le fait que cela découlerait de l'énoncé (UBS), mais également de la volonté du législateur et de la genèse de la norme (ASB, UBS et BCZ). S'agissant de l'énoncé, il est précisé qu'à l'al. 2, le terme « autorité » au sens large est utilisé alors qu'à l'al. 1, c'est le terme « autorités de surveillance » au sens plus étroit qui est employé. Ainsi, « l'autorité de surveillance » serait donc sous-entendue dans le terme « autorité », ayant une acception plus large, raison pour laquelle « l'autorité de surveillance » ne serait pas exclue du champ d'application de l'al. 2 et que la délimitation ne peut se faire au moyen du terme « autorité ». En ce qui concerne la volonté du législateur et la genèse, les assujettis exposent en substance que l'al. 2 aurait été introduit dans les débats parlementaires comme une disposition subsidiaire de façon à ce que des informations « à bas seuil » puissent être transmises rapidement et sans complications en réponse à la demande d'autorités et de services étrangers, dans l'intérêt des clients. Or, le Cm 33 dans sa version actuelle serait contraire à cet objectif.

En outre, l'UBS souhaite qu'il soit précisé dans la circulaire que l'art. 42c al. 2 LFINMA n'est pas seulement applicable aux communications standardisées en grandes quantités (déclaration à un référentiel central par ex.), mais également à des demandes individuelles liées à certaines transactions ou à certains clients.

Appréciation

La FINMA a déjà exposé en détail le rapport respectivement la délimitation entre l'al. 1 et l'al. 2 de l'art. 42c LFINMA dans le rapport explicatif (cf. ch. 4.3.1 dudit rapport) et dans le rapport d'audit (cf. ch. 3.3. dudit rapport). Elle ne partageait pas l'avis selon lequel l'al. 2 est conçu comme une disposition subsidiaire générale de l'al. 1.

Comme indiqué dans le rapport d'audit, l'al. 1 règle le cas standard de la transmission directe. L'al. 2 n'a été introduit qu'ultérieurement dans le processus législatif pour couvrir le cas où des transmissions à des autorités de surveillance des marchés financiers doivent avoir lieu à des fins autres que la surveillance du marché et/ou pour des autorités ou services autres que

des autorités de surveillance des marchés financiers. Les conditions d'application clairement formulées de l'al. 1 n'ont pas (ou pas davantage) été modifiées ou limitées par l'al. 2, introduit ultérieurement. Du point de vue de la systématique et du fond, l'art. 42c al. 1 LFINMA établit un lien avec l'assistance administrative de la FINMA selon l'art. 42 LFINMA. Les deux normes prévoient impérativement le respect des principes de spécialité et de confidentialité en cas de transmissions d'informations non accessibles au public à des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers, indépendamment du type d'informations à transmettre. Le champ d'application de l'art. 42c al. 1 LFINMA est donc clair et n'autorise aucune autre interprétation, y compris eu égard à l'al. 2, avec lequel il n'entre pas en contradiction. Cela a pour conséquence que toutes les transmissions directes aux autorités de surveillance des marchés financiers aux fins de la surveillance des marchés doivent être effectuées selon l'al. 1 et en conformité avec les règles énoncées par ce dernier. Des transmissions selon l'al. 2 ne sont possibles qu'en l'absence d'un cas de figure relevant de l'al. 1 (subsidiarité) et si les autres conditions spécifiques définies à l'al. 2 sont remplies.

La délimitation entre les al. 1 et 2 de l'art. 42c LFINMA est donc déterminée au moyen de l'autorité à laquelle les informations sont destinées et/ou de l'utilisation prévue des informations. Il n'existe *de lege lata* aucune base, fondée sur l'énoncé, la systématique ou le but de la norme, permettant une délimitation en fonction du type d'information (informations « à bas seuil » ou similaires). C'est plutôt la teneur des informations à transmettre qui est déterminante pour juger si la transmission directe est autorisée en vertu de son rapport avec une opération autorisée (Cm 39) et de la nécessité de la transmission (Cm 40) selon l'art. 42c al. 2 LFINMA.

L'art. 42c al. 2 LFINMA n'est pas limité à des communications standardisées en grande quantité (déclarations à des référentiels centraux, par ex.). Lorsque les conditions sont remplies, d'autres types de transmissions peuvent également avoir lieu, parmi lesquelles des réponses à des demandes de renseignements individuelles concernant certaines transactions ou certains clients. Ni la loi ni la circulaire ne limitent le droit d'effectuer des transmissions directes aux cas de communications en grande quantité. Les transmissions directes de cette nature peuvent être réalisées selon l'al. 2 pour autant qu'il n'y ait pas de cas relevant de l'al. 1, que le destinataire potentiel ne soit pas une autorité pénale ou fiscale, et dans la mesure où les autres conditions, telles que la garantie des droits des clients et des tiers, sont remplies.

Conclusion

La délimitation de l'art. 42c al. 1 par rapport à l'al. 2 LFINMA opérée au Cm 33 reste inchangée quant au contenu, mais est formulée de façon plus précise aux Cm 33.1 et 33.2.

4.3.2 La spécialité et la confidentialité ne sont pas des conditions non écrites de l'art. 42c al. 2 LFINMA (Cm 33.3)

Prises de position

L'ASB et la BCZ précisent dans leurs prises de position qu'en cas de transmissions selon l'art. 42c al. 2 LFINMA, les conditions de l'art. 42 al. 2 LFINMA ne s'appliqueraient pas, à juste titre, mais que le Cm 33 de la circulaire impliquerait le contraire.

Appréciation

Le principe de confidentialité et de spécialité (art. 42 al. 2 LFINMA) ne doit pas être satisfait en cas de transmissions directes selon l'art. 42c al. 2 LFINMA ; c'est ce qui ressort du texte de loi. Le Cm 33 traite exclusivement du rapport entre les al. 1 et 2 de l'art. 42c LFINMA et son contenu ne présente pas de contradiction (implicite) avec le principe de confidentialité et de spécialité.

Conclusion

Les exigences formulées à l'art. 42 al. 2 LFINMA ne doivent être respectées qu'en cas de transmissions directes selon l'art. 42c al. 1 LFINMA. Le Cm 33 est complété à des fins de clarification (cf. 33.3).

4.4 Art. 42c al. 2 LFINMA

4.4.1 Pas de transmission d'informations aux autorités pénales ou fiscales (Cm 35, 37)

Prises de position

La BCZ est d'avis que l'interdiction générale de transmettre des informations à des autorités pénales et fiscales étrangères stipulée aux Cm 35 et 37 est en contraction flagrante avec la disposition légale formelle de l'art. 42c al. 2 LFINMA. Avec le concept législatif de la transmission d'informations « à bas seuil », une interdiction de flux d'informations directs à ces autorités ne serait compatible que dans le cadre de procédures d'assistance administrative et d'entraide judiciaire formelles déjà ouvertes (BCZ et, en substance, ASB). En outre, le fait qu'une autorité ou un service étranger agisse sur mandat des autorités fiscales ou pénales locales ne serait appréciable – pour autant qu'il puisse l'être – qu'au moyen de clarifications fastidieuses au cas par cas. Dans leurs prises de position respectives, l'ASB et la BCZ soumettent des propositions concrètes d'adaptation des chiffres marginaux.

Appréciation

La FINMA maintient son opinion (cf. rapport d'audition, ch. 3.4.2) selon laquelle le législateur, en introduisant l'al. 2 peu après l'adoption du message⁹, n'a pas eu l'intention de limiter les dispositions nationales et les accords internationaux de la Suisse en matière d'assistance administrative et d'entraide judiciaire dans les domaines fiscal et pénal. C'est la raison pour laquelle l'art. 42c al. 2 LFINMA doit être interprété en conséquence afin qu'il ne conduise pas à un contournement des dispositions de l'entraide judiciaire et de l'assistance administrative dans les domaines fiscal et pénal. Cela s'applique à toutes les demandes émanant des autorités, qu'elles interviennent avant, pendant ou après la clôture d'une procédure (formelle).

Selon le Cm 37, des clarifications ne sont nécessaires qu'en présence d'indices concrets selon lesquels les autorités étrangères ont été mandatées par des autorités fiscales ou pénales étrangères. Dans une telle situation, qui ne correspond pas à un cas standard, des clarifications supplémentaires sont nécessaires et raisonnablement exigibles. Il n'y a pas de besoin général de clarification sans indices concrets.

Conclusion

Les Cm 35 et 37 ne sont pas adaptés.

4.4.2 Terme « service » à l'art. 42c al. 2 LFINMA (Cm 36)

Prises de position

La BCZ indique en substance dans sa prise de position que le législateur aurait également l'intention de simplifier le flux d'informations destinées aux services qui ne sont pas des autorités. Elle suggère d'élargir le terme « service » à « toute partie prenant directement ou indirectement part à des opérations internationales sur les marchés financiers » et d'adapter la circulaire en conséquence.

Appréciation

Le terme « service » utilisé au Cm 36 de la circulaire s'entend au sens large. L'énumération non exhaustive fournie à titre d'exemple offre une marge d'interprétation suffisamment large pour pouvoir inclure des transmissions directes à d'autres unités qui ne sont pas explicitement mentionnées dans la circulaire.

⁹ Message LIMF, 7372.

Conclusion

Il n'est pas nécessaire d'adapter le Cm 36.

4.4.3 Rapport avec les opérations au sens de l'art. 42c al. 2 LFINMA (Cm 39)

Prises de position

L'ASB et la BCZ avancent que le champ d'application de l'art. 42c al. 2 LFINMA doit être interprété au sens large et couvrir toutes les opérations. La notion d'opération ne devrait donc pas être restreinte, sur le fond, à des phases distinctes des activités commerciales telles que la transaction ou la conclusion du contrat, mais devrait englober l'intégralité d'une relation commerciale ou de la fourniture de services. La BCZ souligne, en faisant référence au rapport explicatif relatif à la circulaire (p. 11 s.), que la FINMA ne serait pas habilitée à limiter excessivement l'intention assumée du législateur d'un large champ d'application de l'article en remplaçant le terme « opération » par le terme « transaction ».

Appréciation

D'après la version actuelle de la circulaire, il est permis, en vertu de l'art. 42c al. 2 LFINMA, de transmettre toutes les informations qui se rapportent à des opérations autorisées réalisées par des clients et des assujettis. L'intégralité des relations commerciales, des services et des transactions est ainsi couverte. Le terme « transaction », qui était encore utilisé dans le projet de circulaire, a donc été remplacé par le terme « opération » à l'issue de la procédure d'audition (cf. rapport d'audition, ch. 3.4.3).

La FINMA estime que le terme « opération » doit être interprété au sens large, ce qui se reflète d'ailleurs dans sa pratique en matière de surveillance. Pour souligner cet aspect, le terme « exclusivement » employé au Cm 39, qui peut éventuellement prêter à confusion, est supprimé.

Conclusion

Le terme « opération » doit être compris au sens large. Pour renforcer cet aspect, le terme « exclusivement » employé au Cm 39 est supprimé.

4.5 Déclarations selon l'art. 42c al. 3 LFINMA

4.5.1 Obligation de déclarer et réserve de la voie de l'assistance administrative

Prises de position

Certaines expériences pratiques révèlent que les autorités étrangères, en particulier, comprennent l'obligation de déclarer inscrite dans la loi et l'éventuelle réserve de la voie de l'assistance administrative de telle sorte que les transmissions soumises à l'obligation de déclaration préalable seraient préalablement vérifiées en détail par la FINMA et que toutes ne seraient pas approuvées. Lenz & Staehelin souligne également que l'art. 42c al. 3 et 4 LFINMA conduirait les autorités étrangères à douter des possibilités de coopération des assujettis suisses. Il ressort en outre de plusieurs prises de position que des assujettis interprètent également la déclaration préalable à la FINMA comme une demande d'approbation au sens strict.

Appréciation

La déclaration requise selon l'art. 42c al. 3 LFINMA est un devoir d'information. Elle sert d'une part l'intérêt de la FINMA, laquelle doit être informée des informations importantes concernant les établissements assujettis à sa surveillance dans la même mesure que les autorités étrangères. D'autre part, elle permet à la FINMA de déterminer si une réserve de la voie de l'assistance administrative est nécessaire.

Compte tenu de ces considérations, une transmission d'informations soumise à l'obligation de déclarer ne peut avoir lieu que si la FINMA a donné une réponse aux assujettis et ne réserve pas la voie de l'assistance administrative (Cm 72). Contrairement à l'interprétation de certaines autorités étrangères et de certains participants aux marchés financiers, la FINMA ne soumet pas les transmissions prévues à son approbation. La question de savoir si les conditions d'une transmission directe selon l'art. 42c al. 1 ou 2 LFINMA sont réunies et si l'assujetti veut fournir les informations ou non relève de la responsabilité des assujettis et est laissée à leur appréciation – également dans les cas relevant de l'al. 3. Ainsi, la FINMA précise seulement, dans sa réponse aux assujettis, si elle réserve la voie de l'assistance administrative (à titre exceptionnel) ou non (cf. rapport explicatif, p. 12).

On peut partir du principe que le nombre de déclarations faites aux termes de l'art. 42c al. 3 LFINMA est faible par rapport à la somme des transmissions directes¹⁰ de tous les assujettis. En 2017, la FINMA a recensé 169 déclarations. L'année calendaire suivante, elle en a enregistré 87, soit environ

¹⁰ L'objectif de l'art. 42c LFINMA est la coopération directe entre les assujettis et les autorités et services étrangers. En règle générale, la FINMA n'intervient pas dans la transmission directe et, par conséquent, n'est pas informée du volume effectif des transmissions directes.

deux fois moins. En 2019, leur nombre s'est encore légèrement réduit, pour atteindre 83. Parmi les états de fait ayant fait l'objet d'une déclaration préalable, la FINMA n'a réservé la voie de l'assistance administrative que dans des cas exceptionnels (8 en 2017 ; 3 en 2018 ; 0 en 2019)¹¹. Les chiffres montrent que la FINMA ne restreint que très rarement par une réserve de la voie de l'assistance administrative les possibilités de coopération des assujettis en matière de transmission directe.

La déclaration elle-même ne ralentit le flux d'informations entre les assujettis et les autorités et services étrangers que dans une mesure limitée, acceptable. En outre, le retard ainsi causé, généralement cinq jours ouvrables au maximum, doit à l'avenir être limité aux cas relevant de l'al. 1 selon le projet de révision partielle de la circulaire (cf. ch. 4.5.6.2 plus bas).

Conclusion

La déclaration préalable de transmissions directes envisagées est un devoir d'information incombant aux assujettis et ne déclenche pas un processus d'approbation. La FINMA ne vérifie pas si les conditions de l'art. 42c LFINMA sont remplies. Cela relève de la responsabilité des assujettis et est laissé à leur libre appréciation. La FINMA se contente de vérifier si elle veut réserver la voie de l'assistance administrative, sachant que les assujettis doivent attendre la réponse dans le délai de cinq jours ouvrables. Cela est précisé en conséquence à des fins de clarification au Cm 74 du projet de circulaire révisée.

4.5.2 Importance des faits selon les art. 42c al. 3 et 29 al. 2 LFINMA

Prises de position

Les représentants de la branche de l'assurance (Swiss Re, Zurich, ASA) soulignent que le législateur, à l'art. 42c al. 3 LFINMA, renvoie à l'art. 29 al. 2 LFINMA. L'art. 42c al. 3 LFINMA devrait donc être interprété à la lumière de l'art. 29 al. 2 LFINMA. L'obligation d'annonce prévue à l'art. 29 al. 2 LFINMA aurait été concrétisée pour la branche de l'assurance dans la circulaire de la FINMA 2008/25 « Obligation de renseigner – assureurs », raison pour laquelle celle-ci s'appliquerait également dans le cadre de l'art. 42c al. 3 LFINMA. Devraient donc être déclarés en particulier « de graves problèmes de trésorerie, de personnel ou d'organisation, de difficultés avec des

¹¹ Cf. rapport sur l'enforcement 2017, p. 39 ; rapport sur l'enforcement 2018 et à la fin de la statistiques générales en matière d'enforcement 2019 sous www.finma.ch > Documentation > Archives > Rapports sur l'enforcement ainsi que sous www.finma.ch > Documentation > Publications FINMA > Statistiques et indicateurs > Statistiques > Enforcement (état au 26 avril 2020).

autorités étrangères ou de changements de stratégie qui ont essentiellement des effets sur les risques d'un assujetti »¹² (Zurich).

Appréciation

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. La question de l'importance des faits selon l'art. 29 al. 2 LFINMA dans le cadre de la transmission directe a déjà été largement traitée dans le rapport d'audition (ch. 3.5.1).

En ce qui concerne la transmission directe, il faut tout d'abord entendre par « communication de faits importants » la transmission de tout fait important susceptible d'intéresser la FINMA au sens de l'art. 29 al. 2 LFINMA. Cela recouvre les informations qui doivent être portées à la connaissance de la FINMA indépendamment de toute communication à l'étranger (cf. circulaire, Cm 44). Sont également concernés les exemples cités dans la circulaire 2008/25 « Obligation de renseigner – assureurs », qui concrétisent l'obligation d'annonce à la FINMA, autrement dit le caractère important des faits selon l'art. 29 al. 2 LFINMA. En outre, une *transmission* peut également être importante *en tant que telle*. Ainsi, une information à transmettre peut être importante au sens de l'art. 42c al. 3 LFINMA et de l'art. 29 al. 2 LFINMA du seul fait que sa communication à l'étranger est prévue¹³ (cf. circulaire, Cm 45). A cet égard, il convient de souligner que, pour assurer le bon fonctionnement de la surveillance, il est essentiel que la FINMA sache quelles informations (pertinentes) doivent être transmises à une autorité étrangère. C'est le seul moyen d'assurer que les autorités étrangères ne disposent d'un avantage en matière d'informations par rapport à la FINMA, ce qui ferait obstacle à une coopération internationale adéquate et d'égal à égal entre les autorités de surveillance. Cela est d'autant plus important lorsque la FINMA, en sa qualité de *home regulator* d'un assujetti, est compétente pour l'activité globale de celui-ci dans le cadre de la surveillance consolidée et doit, en l'occurrence, s'assurer que les objectifs de protection de la réglementation suisse des marchés financiers sont garantis.

Conclusion

L'art. 29 al. 2 LFINMA se fonde sur l'*importance des faits pour la surveillance*. Pour assurer le bon fonctionnement de la surveillance et de la coopération internationale avec les autorités étrangères, la FINMA doit être et rester informée de manière appropriée de l'état des connaissances pertinentes de ces dernières résultant des transmissions directes effectuées à partir de la Suisse. Par conséquent, dans le champ d'application de l'art. 42c

¹² Cela correspond aux explications relatives à l'art. 29 al. 2 LFINMA contenues dans le Message concernant la LFINMA, 2792.

¹³ Cf. Basler Kommentar FINMAG/FinfraG, 3^e édition, 2019, Shelby du Pasquier/Valérie Menoud, art. 42c, Cm 52 s.

LFINMA, outre le caractère important des informations à transmettre, le caractère important de la transmission elle-même peut être décisif pour l'activité de surveillance de la FINMA. Le Cm 45 n'est pas adapté.

4.5.3 Moment permettant d'évaluer si un fait est important (Cm 46)

Prises de position

Helvetia souligne que le Cm 46 précise effectivement que le moment de la transmission est déterminant pour évaluer si un fait est important, mais que le catalogue d'exemples qui suit ce chiffre marginal ne reprendrait pas cet aspect. Il serait donc utile d'aborder ce critère un peu en détail dans la circulaire ; Helvetia ne fait toutefois aucune proposition de modification concrète.

Appréciation

La circulaire définit de manière uniforme le moment pertinent pour juger de l'importance d'un fait (Cm 46). Est déterminant à cet effet le moment où l'information est transmise ou envoyée.

Conclusion

Le Cm 46 n'est pas adapté.

4.5.4 Exemples d'informations nécessitant une déclaration préalable (Cm 43 ss)

La FINMA doit disposer du même niveau d'information que ses homologues étrangères en ce qui concerne les questions importantes concernant les assujettis suisses, afin de pouvoir coopérer sur un pied d'égalité avec ces dernières (cf. détails au ch. 4.5.2 plus haut). Les informations et les faits importants pour la FINMA sous l'angle de la surveillance sont illustrés par les exemples d'informations devant faire l'objet d'une déclaration préalable. De nombreux participants à l'évaluation saluent la concrétisation, aux Cm 43 ss, de l'obligation de déclaration prévue à l'art. 42c al. 3 LFINMA. Lenz & Staehelin, l'ASB, l'ASA, Swiss Re, l'UBS et Zurich suggèrent toutefois de réduire, autrement dit de simplifier, l'obligation de déclaration. Certains participants à l'évaluation proposent de supprimer complètement le catalogue des exemples d'informations nécessitant une déclaration préalable (ASB et UBS).

4.5.4.1 Suppression de (presque) tous les exemples d'informations nécessitant une déclaration préalable

Prises de position

L'ASB et l'UBS suggèrent de supprimer le catalogue complet, y compris les exemples d'informations ne nécessitant pas de déclaration préalable (Cm 48 à 69). Selon eux, il incombera ainsi aux assujettis de déterminer ce qu'ils doivent déclarer à la FINMA. Les assujettis devraient de toute façon être actifs selon l'art. 29 al. 2 LFINMA et évaluer eux-mêmes la situation.

La Zurich est d'avis que l'obligation de déclaration selon l'art. 42c al. 3 LFINMA constitue une exception en matière de transmission directe. D'après son expérience, l'al. 3 serait interprété de manière trop large dans la circulaire et devrait être limité aux situations graves selon les explications relatives à l'art. 29 LFINMA contenues dans le Message concernant la LFINMA (FF 2006, p. 2792) (cf. ch. 4.5.2 plus haut). Par conséquent, une déclaration ne serait nécessaire que lorsque la FINMA doit nécessairement avoir connaissance de la transmission d'informations pour pouvoir exécuter son mandat de surveillance.

Swiss Re et l'ASA estiment que certains exemples cités aux Cm 47 à 57 n'ont pas le caractère de faits importants au sens de l'art. 29 al. 2 LFINMA. Selon eux, le catalogue ne serait donc pas conforme à la volonté du législateur et irait nettement au-delà des exigences de la circulaire 2008/25 « Obligation de renseigner – assureurs » (cf. ch. 4.5.2 plus haut). Ils sont donc d'avis que la liste doit être adaptée (cf. propositions concrètes au ch. 4.5.4).

Lenz & Staehelin suggère de présenter le catalogue sous une forme encore plus claire et détaillée mais en réduisant les obligations de déclaration¹⁴. Les obligations de déclaration et l'éventuelle décision de la FINMA de réserver la voie de l'assistance administrative seraient parfois perçues par les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers comme un manque de volonté de coopérer de la part de la FINMA (cf. ch. 4.5.1 plus haut et ch. 4.8 plus bas). Aucune proposition de modification concrète n'est formulée.

Appréciation

L'obligation de déclaration n'est pas le signe d'un manque de volonté de coopération mais constitue, au contraire, une base importante pour une coopération internationale professionnelle entre la FINMA et les autorités étrangères (cf. ch. 4.5.2 plus haut). La FINMA ne peut avoir des échanges constructifs et efficaces avec l'autorité étrangère, autrement dit le *home* et *host regulator*, – ce qui est en définitive dans l'intérêt des assujettis et de la place

¹⁴ Pour les assujettis, notamment ceux qui sont enregistrés en tant qu'*investment advisor* auprès de la SEC aux États-Unis ou qui aspirent à l'être, il est difficile d'indiquer quels documents ils peuvent transmettre directement.

financière suisse – que si elle est informée des transmissions directes de faits importants prévues.

D'une manière générale, la FINMA est ouverte à des indications détaillées s'agissant de certaines obligations de déclarer lorsque cela facilite le flux d'informations. À cet égard, il faut toutefois également tenir compte du fait qu'un degré de détail trop élevé est contraire au but des informations soumises à l'obligation de déclaration énumérées à titre d'exemple. Aucune proposition concrète qui aurait permis une évaluation y afférente n'a été soumise.

Conclusion

Le catalogue des exemples de faits soumis ou non soumis à l'obligation de déclaration n'est ni supprimé dans sa totalité ni présenté de façon plus détaillée.

4.5.4.2 Autorités qui ne figurent pas sur la liste (Cm 47)

Prises de position

Swiss Re et Zurich demandent la suppression pure et simple du Cm 47. Ils estiment qu'en fin de compte, les conditions de l'art. 42c al. 1 et 2 LFINMA devraient également être vérifiées pour les autorités qui ne figurent pas sur la liste. Dans les cas où il n'y aurait pas d'obligation de déclarer (cf. Cm 58 à 68), une déclaration à la FINMA ne serait donc pas pertinente (Swiss Re).

Appréciation

Il est vrai que la vérification des conditions de transmission incombe aux assujettis et qu'ils sont également concernés par l'obligation de déclaration, selon le Cm 47, lorsque les informations ne sont pas essentielles en tant que telles au sens des Cm 48 ss. Le Cm 47 est donc supprimé, comme cela est proposé.

Conclusion

Le Cm 47 est supprimé.

4.5.4.3 Informations non indispensables ou disproportionnées eu égard à l'utilisation concrète (Cm 48)

Prises de position

L'ASB, Swiss Re, l'UBS et Zurich demandent la suppression pure et simple du Cm 48. L'ASB et UBS, notamment, estiment que les cas qui entrent dans

le champ d'application du Cm 48 ne seraient pas nécessairement des faits importants. Swiss Re et Zurich sont d'avis que les assujettis devraient de toute façon vérifier que les conditions de l'art. 42c al. 1 et al. 2 LFINMA sont respectées. La spécialité, qui rend le Cm 48 redondant selon Swiss Re, en fait également partie. Une déclaration à la FINMA ne serait donc pas appropriée.

Appréciation

La suppression du Cm 48 est refusée pour les raisons suivantes : d'une part, les assujettis doivent avoir la possibilité, pour les demandes d'information beaucoup trop étendues, de demander le soutien de la FINMA et, à cet égard, d'invoquer la circulaire vis-à-vis des autorités étrangères. D'autre part, afin de garantir les intérêts suisses en matière de coopération internationale, la FINMA a besoin d'être informée des demandes de renseignements disproportionnées et, partant, des autorités qui ne respectent pas les usages consacrés à l'échelle internationale. Les cas limites, dans lesquels seule l'autorité étrangère peut juger si la proportionnalité est garantie ou non, ne sont du reste pas soumis à l'obligation de déclaration à la FINMA (rapport d'audition, ch. 3.5.3.2).

L'affirmation selon laquelle le Cm 48 est redondant car les assujettis doivent de toute façon vérifier le respect des conditions de spécialité et, partant, la proportionnalité, n'est pas toujours correcte. Le principe de spécialité peut également être rempli en cas de transmissions directes disproportionnées pour autant que les « informations sont utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes »¹⁵.

Conclusion

Le Cm 48 est maintenu tel quel.

¹⁵ Si, par exemple, les informations sont demandées pour une période de 10 ans, cela pourrait être disproportionné par rapport à une période de 5 ans, où, dans les deux cas, les informations seraient utilisées exclusivement pour l'exécution de la loi sur les marchés financiers et le principe de spécialité serait donc respecté. Par conséquent, le Cm 48 et d'autres paragraphes visent à empêcher les transmissions disproportionnées d'informations par les assujettis aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers. La FINMA peut par exemple réserver le droit de fournir une assistance administrative si elle reçoit un rapport sur une demande d'information disproportionnée et peut garantir la proportionnalité dans le cadre de l'assistance administrative ou imposer des conditions restrictives en ce qui concerne la transmission directe d'informations prévue (Cm 73).

4.5.4.4 Informations centrales relatives à l'entité suisse qui ne concernent pas directement l'activité commerciale exercée à l'étranger (Cm 52, 53, 55 s).

Prises de position

MS Amlin SA, l'ASB, l'ASA, Swiss Re, UBS et Zurich critiquent les obligations de déclaration spécifiées aux Cm 52, 53, 55 et 56, comme exposé en substance ci-après :

- Il paraît discutable que les informations citées aux Cm 53 (rapports concernant l'évaluation actuelle du système de contrôle interne existant et de la situation en matière de risques) et 56 (informations relatives à la planification des fonds propres, y compris les résultats des tests de résistance) seraient qualifiées en tant que telle comme importantes au sens de l'art. 29 al. 2 LFINMA (Zurich et l'ASA) (cf. ch. 4.5.2 ci-dessus).
- Pour éviter les obligations de déclaration concernant notamment le bilan et le compte de résultats (Cm 52), le système de contrôle interne et les risques (Cm 53) ainsi que les informations relatives à la planification des fonds propres (Cm 56), des rapports séparés et adaptés doivent être rédigés pour l'autorité étrangère, ce qui entraîne des charges supplémentaires et, en définitive, complique la transmission directe plus qu'elle ne la facilite (MS Amlin SA).
- Les autorités du pays d'accueil dépendent des informations et rapports plus détaillés de la société mère pour pouvoir identifier les risques de contrepartie, ou plus exactement les risques de contrepartie intra-groupe ; ainsi ces renseignements devraient être facilement accessibles (Swiss Re et Zurich).
- Une partie des informations soumises à l'obligation de déclaration, telles que celles concernant la solvabilité par exemple, doivent de toute façon être publiées en vertu de la nouvelle circulaire 2016/2 « Publication – assureurs (*public disclosure*) » de la FINMA (Swiss Re).
- Pour les confirmations de la FINMA dans le cadre des renouvellements annuels de licences et d'enregistrements à l'étranger (« *Certification Non-life insurance (Non-EU)* »), il ne devrait pas être nécessaire de procéder de nouveau à des déclarations séparées selon l'art. 42c al. 3 LFINMA pour leur transmission à l'autorité étrangère (Helvetia).
- Les données pertinentes relèvent généralement du seul pouvoir de disposition des assujettis. La décision quant à une éventuelle publication incombe donc aux assujettis et la transmission d'information est ainsi de toute façon soustraite à l'assistance administrative. Pour les cas spécifiés aux Cm 52 (informations relatives au bilan et au compte de résultats ou aux risques, qui ne concernent pas directement l'activité commerciale de l'entité subordonnée à l'autorité étrangère), 55 (informations établies ou recueillies pour l'accomplissement des tâches de la direction et/ou du conseil d'administration) et 56 (informations relatives

à la planification des fonds propres, y compris les résultats des tests de résistance), une obligation de déclarer est par analogie injustifiée (ASB et UBS) (cf. ch. 4.1.2 plus haut).

Eu égard à ce qui précède, les assujettis suggèrent de supprimer les chiffres marginaux correspondants et/ou de les déplacer dans le catalogue des transmissions non soumises à une déclaration préalable (Cm 58 ss).

Appréciation

En ce qui concerne le caractère important des informations selon les Cm 53 et 56, il convient de se reporter au ch. 4.5.2.

La FINMA est d'avis que l'autorité de surveillance d'une succursale étrangère n'a besoin, pour assumer sa tâche, que des informations qui concernent l'activité de ladite succursale. Les informations qui dépassent ce cadre et qui ne sont pas en lien direct avec cette activité, et qui par conséquent concernent en règle générale le cœur des assujettis suisses, autrement dit la société mère de l'entité étrangère, ne sont pas pertinentes dans leur totalité en tant que telles pour la surveillance étrangère. C'est en raison de ce type de demandes d'informations disproportionnées qu'il existe une obligation de déclaration, notamment pour les documents énumérés au Cm 53. Dans la mesure où l'autorité étrangère a, pour son activité de surveillance, besoin de certaines informations spécifiques à l'échelon du groupe, par exemple, celles-ci doivent être fournies dans des rapports séparés qui ne contiennent pas toutes les informations sensibles du groupe tout entier. Cela entraîne certes des charges supplémentaires, mais est conforme aux usages internationaux. La FINMA ne demande pas non plus aux sociétés mères des établissements étrangers assujettis à sa surveillance des rapports de groupe. Par ailleurs, la FINMA communique également des informations à l'autorité étrangère à l'échelon du groupe dans le cadre des *colleges*, ce qui rend toute transmission directe superflue à cet égard.

Les informations concernant le bilan et le compte de résultats mentionnées plus haut sont de toute façon publiques en vertu de la circulaire 2016/2 « Publication – assureurs (*public disclosure*) » et ne sont donc pas soumises à une déclaration préalable selon le Cm 52. Il en va de même pour les données qui doivent par exemple être publiées en vertu de la circulaire 16/2 de la FINMA. Dans la mesure où des données non publiées sont transmises en vertu des Cm 52 et 56, la FINMA a également un intérêt, sous l'angle de la surveillance, d'être au courant de la transmission de ces informations. En l'absence d'un tel intérêt dans un cas particulier, l'obligation de déclaration peut être entièrement ou partiellement restreinte au moyen de la possibilité d'exemption prévue au Cm 69.

Si un assujetti demande à la FINMA une confirmation, par exemple dans le cadre d'un octroi de licence ou d'un enregistrement, il peut en même temps

préciser qu'il s'agit d'une déclaration selon l'art. 42c al. 3 LFINMA. Une déclaration séparée n'est plus nécessaire dans la mesure où, en plus de la confirmation qui fait l'objet de la demande adressée à la FINMA, aucune autre information soumise à l'obligation de déclaration n'est transmise ou adressée à d'autres autorités/services.

En outre, un participant à l'évaluation est d'avis que les données relatives à l'établissement relèvent du seul pouvoir de disposition des assujettis et n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'assistance administrative ou de l'art. 42c LFINMA. Cet avis n'est pas exact. Le critère déterminant pour juger si des transmissions d'informations relèvent du champ d'application des dispositions relatives à l'assistance administrative ou de la transmission directe est la nature publique ou non publique des informations. Pour autant que les données à transmettre ne sont pas publiques, l'art. 42c LFINMA s'applique lorsque les autres conditions sont réunies (cf. ch. 4.1.1 et 4.1.2 plus haut).

En pratique, la question de savoir quels tests de résistance sont couverts par le Cm 56 a été soulevée à plusieurs reprises. Le Cm 56 ne vise qu'à régler la transmission directe prévue de tests de résistance suisses. C'est le seul domaine dans lequel l'intérêt de la FINMA en matière de surveillance est concerné. Le Cm 56 est précisé en conséquence.

Selon la FINMA et sur la base des expériences de ces dernières années, le catalogue des exemples d'informations soumises à une déclaration préalable est correctement calibré car il contient les informations et les faits importants dont la FINMA doit être informée afin d'assumer sa tâche. Par conséquent, le catalogue d'exemples est pour l'essentiel conservé dans sa forme existante.

Conclusion

Le Cm 56 ne vise qu'à régler la transmission directe prévue de tests de résistance *suisses*. Ceci est précisé au chiffre marginal correspondant de la circulaire. Pour le reste, les informations soumises à l'obligation de déclaration selon les Cm 52 ss ne sont pas adaptées.

4.5.5 Transmission d'informations relatives à l'organisation de la société (Cm 62) et aux demandes de licence et d'enregistrement (Cm 65)

Prises de position

Swiss Re demande de compléter les exemples cités au Cm 62 en ajoutant l'expression « données relatives aux responsables de la société ». La transmission d'informations non publiques concernant le conseil d'administration

et la direction, par exemple sous la forme de copies du passeport, devraient être exclues de l'obligation de déclaration préalable.

En outre, Swiss Re suggère de compléter le Cm 65 en ajoutant les informations concernant les demandes et les renouvellements de licence ou d'enregistrement afin que la plaque tournante de l'assurance et de la réassurance suisse ne soit pas défavorisée par rapport à d'autres pays du fait de l'obligation de déclarer. Swiss Re estime par ailleurs qu'il est également dans l'intérêt de la FINMA que les assujettis puissent satisfaire les exigences légales locales.

Appréciation

La FINMA estime que la transmission de copies de passeports et de renseignements comparables concernant les responsables de la société ne doit pas faire l'objet d'une déclaration préalable car ce type d'informations n'est pas pertinent pour son activité de surveillance. À des fins de clarification, le Cm 62 est complété comme demandé.

La suggestion concernant les demandes et les renouvellements de licence ou d'enregistrement au Cm 65 n'est pas adoptée. Le seul fait qu'une information, par exemple un rapport de la société d'audit prudentielle (Cm 53), soit transmise dans le cadre d'une demande ou d'un renouvellement de licence ou d'enregistrement ne suffit pas à la rendre non pertinente du point de vue de la surveillance ; de telles transmissions directes ne sont donc pas soustraites à l'obligation de déclarer d'une manière générale. Au contraire, il a été prouvé dans le passé que les transmissions en relation avec des licences ou des enregistrements contiennent justement des informations critiques pour lesquelles une réserve de la voie de l'assistance administrative a été examinée, et parfois appliquée.

Dans la mesure où, lors du renouvellement de licences ou d'enregistrements, des informations qui ne présentent pas d'intérêt particulier pour l'activité de surveillance de la FINMA, doivent être transmises à plusieurs reprises, il est possible de surseoir à l'obligation de déclaration selon le Cm 69.

Conclusion

Le Cm 62 est complété en ajoutant l'exemple « informations relatives aux responsables de la société ». Le Cm 65 reste inchangé.

4.5.6 Procédure d'annonce (Cm 70 ss)

MS Amlin SA, l'ASA et Swiss Re saluent le fait que la pratique en matière d'annonce soit désormais rodée et que la FINMA fasse de plus en plus

usage de la possibilité d'exemption prévue au Cm 69. Le respect du délai de réponse de cinq jours est également considéré comme positif.

4.5.6.1 Annonces en langue anglaise et déclarations incomplètes (Cm 70, 71)

Prises de position

D'après Swiss Re, les annonces, qui sont souvent élaborées par des équipes internationales, devraient également pouvoir être faites en langue anglaise, et le Cm 70 devrait être complété en ce sens.

Appréciation

Les règles linguistiques applicables à la correspondance avec la FINMA ne sont pas définies dans une circulaire. La FINMA accepte toutefois les annonces rédigées en langue anglaise concernant des transmissions directes prévues.

La FINMA a déjà reçu des annonces incomplètes dans lesquelles les informations à transmettre n'étaient par exemple décrites que d'une manière très générale, raison pour laquelle la FINMA a dû demander des renseignements complémentaires aux assujettis. À cet égard, la FINMA précise que le délai de réponse de cinq jours ne commence à courir qu'à la réception d'une annonce complète (qu'est-ce qui doit être transmis à qui).

Conclusion

Le Cm 70 n'est pas complété par une règle linguistique. Les annonces en langue anglaise sont acceptées.

4.5.6.2 Procédure d'annonce pour les transmissions directes prévues selon l'art. 42c al. 2 LFINMA (Cm 72)

Prises de position

La rapidité de réponse de la FINMA pour les annonces est jugée positive par les participants à l'évaluation. Néanmoins, l'annonce, ou plus précisément le temps passé à attendre la réponse de la FINMA, serait généralement perçu comme un obstacle à la collaboration avec les autorités étrangères.

Appréciation

Afin d'alléger davantage le flux d'informations entre les assujettis et les autorités étrangères ou les services compétents, la FINMA adapte la procédure de d'annonce. À l'avenir, dans les cas prévus à l'art. 42c al. 2 LFINMA, les

transmissions directes pourront avoir lieu en même temps que l'annonce faite à la FINMA car cette dernière ne pourrait de toute façon pas imposer une réserve de la voie de l'assistance administrative dans ces cas. Les assujettis doivent toutefois indiquer sur leur annonce qu'il s'agit d'une transmission directe selon l'al. 2.

Conclusion

Désormais, d'après le Cm 72 modifié, plus aucune réponse ne doit être attendue de la part de la FINMA pour les annonces de transmissions directes effectuées selon l'art. 42c al. 2 LFINMA.

4.5.6.3 Transmissions soumises à des contraintes de temps et réserve d'approbation (Cm 72, 73)

Prises de position

D'après l'ASA, les autorités étrangères demandent souvent que les renseignements soient fournis dans un délai inférieur aux cinq jours ouvrables que la FINMA s'est réservée au Cm 71 pour donner sa réponse.

Appréciation

Le Cm 71 stipule déjà que l'assujetti doit immédiatement prendre contact avec la FINMA dans les cas urgents, afin de pouvoir trouver une solution souple et pragmatique pour les situations soumises à des contraintes de temps. C'est par exemple le cas lorsque le non-respect d'un délai risque d'entraîner une violation des obligations de communication étrangères. Selon la FINMA, il n'existe quasiment pas de situations concevables dans lesquelles que le délai fixé par l'autorité étrangère soit court au point d'empêcher ne serait-ce qu'un bref entretien téléphonique avec la FINMA. En outre, les cas dans lesquels le droit étranger prévoit un délai de quelques heures ou d'un jour seulement pour transmettre les informations ne concernent généralement pas des situations critiques uniquement du point de vue du temps, mais des situations critiques d'une manière générale. Or, la FINMA doit être informée de tels cas.

Par ailleurs, s'il est prévisible que le délai de réponse de cinq jours de la FINMA ne sera pas compatible avec le délai fixé par l'autorité étrangère, les assujettis peuvent engager le processus avec la FINMA en amont et demander une exemption pour cas répétitifs selon le Cm 69.

La mention figurant au Cm 73 selon laquelle la FINMA peut interdire la transmission à l'étranger de documents découlant de la relation de surveillance, conformément à l'art. 42c al. 5 LFINMA (*supervisory privilege*) est supprimée. La brève mention de l'al. 5 se révèle dommageable, car les auto-

rités étrangères pourraient supposer que cela cache une politique d'information restrictive de la FINMA alors que cet instrument de surveillance n'est en réalité que très rarement utilisé¹⁶. En outre, la transmission à l'étranger de documents découlant de la relation de surveillance doit de toute façon faire l'objet d'une déclaration préalable à la FINMA, conformément au Cm 51.

Conclusion

Le renvoi à la réserve d'approbation au Cm 73 est supprimé.

4.6 Réserve de la voie de l'assistance administrative selon l'art. 42c al. 4 LFINMA (Cm 75 ss)

Prises de position

Swiss Re et Zurich expriment le souhait que la FINMA ne fasse usage de la réserve de l'assistance administrative selon l'art. 42c al. 4 LFINMA que dans des cas exceptionnels.

Appréciation

Comme déjà exposé dans le rapport explicatif¹⁷, la FINMA prend au sérieux la volonté du législateur de prévoir un canal de transmission rapide en complément de l'assistance administrative relevant d'une autorité étatique et n'utilise la possibilité de réserver la voie de l'assistance administrative qu'avec circonspection¹⁸ (cf. ch. 4.5.1 plus haut).

Compte tenu des modifications effectuées au Cm 72 (cf. ch. 4.5.6.2 plus haut), il est rappelé au Cm 75 à des fins de précision que la FINMA ne peut ordonner la réserve de la voie de l'assistance administrative que dans les cas prévus à l'art. 42c al. 1 LFINMA.

Conclusion

Le Cm 75 est précisé. De fait, la FINMA ne fait usage de la réserve de la voie de l'assistance administrative que dans des cas exceptionnels.

¹⁶ En ce qui concerne l'usage restrictif du *supervisory privilege*, cf. <https://www.finma.ch/fr/surveillance/themes-intersectoriels/zustimmungsvorbehalt-supervisory-privilege/> (état au 6 mai 2020).

¹⁷ Rapport explicatif relatif à la circulaire daté du 7 juillet 2016, ch. 2.

¹⁸ La FINMA a ordonné huit réserves de la voie de l'assistance administrative durant l'année calendaire 2017 ; trois en 2018 et aucune en 2019.

4.7 *White list* et échange entre les assujettis et la FINMA

Prises de position

La BCZ propose, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que la FINMA établisse une *white list* non exhaustive répertoriant des cas de figure dans lesquels des informations peuvent être transmises aux autorités et services étrangers¹⁹. L'assujetti renvoie à la liste des Etats assurant un niveau de protection adéquat au sens de la LPD (art. 6 al. 1 LPD en relation avec l'art. 7 OLPD) publiée par le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT)²⁰. Cette liste ne jouirait pas de la foi publique et éviterait ainsi d'exposer le PFPDT, en tant qu'autorité qui la publie, à des risques démesurés.

Si aucune *white list* n'était établie, il faudrait au moins prévoir des échanges périodiques avec la FINMA. L'ASB suggère également que des échanges réguliers aient lieu entre la FINMA et la branche afin de développer une compréhension commune pour des cas de figure représentatifs.

Appréciation

Le législateur a confié au PFPDT le mandat explicite d'établir la liste conformément à l'art. 31 al. 1 let. d LPD en relation avec l'art. 7 OLPD. Pour le champ d'application de l'art. 42c LFINMA, le législateur n'a pas pris de disposition comparable car il considère que les assujettis sont responsables du respect des conditions de transmission selon l'art. 42c LFINMA. En ce qui concerne la demande d'établissement d'une *white list*, la FINMA s'est déjà prononcée au ch. 3.1.12 du rapport d'audition (cf. p. 16 s dudit rapport). Dans la circulaire, la FINMA fixe le cadre général nécessaire à une application uniforme de la norme. La classification granulaire de constellations individuelles ou de transmissions d'informations spécifiques (par ex. d'obligations de *reporting* pour les opérations sur dérivés selon les différents ordres juridiques) n'a pas sa place dans la circulaire ou dans une liste de la FINMA jointe en annexe.

Comme déjà indiqué auparavant, la FINMA apprécierait que les assujettis ou leurs associations professionnelles établissent eux-mêmes une *white list*. Contrairement à la FINMA, ils ont une longue expérience de la manière d'aborder les nombreuses exigences d'annonce et d'information auxquelles ils sont soumis et qui sont requises par différents ordres juridiques dans les

¹⁹ La BCZ fait ses remarques sous le titre « Cm 58 ss (exemples tirés de la pratique) » et indique en substance que la liste d'exemples figurant au Cm 58 devrait être complétée par une *white list* qui serait idéalement annexée à la circulaire et publiée sur le site Internet de la FINMA pour des raisons de transparence et de clarté.

²⁰ En ce qui concerne les États mentionnés, une transmission de données est largement possible sans problèmes.

marchés qui les concernent. Ils sont ainsi plus à même que la FINMA de juger des cas d'application concrets à faire figurer dans une *white list* ainsi que du degré de détail nécessaire.

La FINMA salue la proposition de procéder à des échanges réguliers avec la branche sur des cas de figure représentatifs et sur d'autres questions d'ordre général concernant l'art. 42c LFINMA. Elle est ouverte à un dialogue de cette nature.

Conclusion

La FINMA ne publie pas de *white list*, mais est disposée à échanger avec la branche sur des cas de figure représentatifs qui ne nécessitent pas de déclaration préalable et sur d'autres questions en rapport avec la transmission directe.

4.8 Coopération avec les autorités étrangères selon l'art. 42c LFINMA

Prises de position

La branche de l'assurance ainsi que Lenz & Staehelin attirent l'attention, dans leurs prises de position respectives²¹, sur les difficultés de coopération avec les autorités étrangères. Dans cette optique, ils estiment percevoir parfois de la part des autorités étrangères des doutes quant à la volonté – et aux possibilités – de coopération des assujettis et de la FINMA²².

Appréciation

L'art. 42c LFINMA permet d'assurer la transmission rapide d'informations non publiques par les assujettis aux autorités et services étrangers, en garantissant la sécurité juridique. Par rapport à la situation juridique qui prévalait avant l'entrée en vigueur de l'art. 42c LFINMA, la possibilité de transmission directe constitue une simplification majeure. La circulaire concrétise la norme et accroît la sécurité juridique pour les participants des marchés financiers. La FINMA prend note des obstacles évoqués par les assujettis concernant la transmission directe. Néanmoins, ces difficultés perçues

²¹ Cf. par ex. ch. 4.5.1 et 4.5.4.1 plus haut.

²² D'après les indications de Swiss Re, des autorités de surveillance locales commencent à remettre en cause la bonne collaboration et la confiance accordée à la FINMA. Zurich rapporte avoir observé un certain agacement des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers en relation avec la volonté de coopération de l'autorité de surveillance suisse et, indirectement, des groupes d'assurance suisses, ce qui, d'après son expérience, complique la collaboration avec les autorités étrangères et conduit parfois à un accroissement des exigences réglementaires imposées par celles-ci. Selon Lenz & Staehelin, la collaboration entre les assujettis et les autorités étrangères n'est pas toujours sans heurts, ce qui a des répercussions négatives sur les opportunités commerciales de ces établissements financiers en dehors de la Suisse. L'ASA estime que ses sociétés membres souhaitent généralement que la FINMA adopte une position moins restrictive.

comme telles reposent aussi en partie sur des idées préconçues de la part des assujettis et des autorités étrangères.

Dans le présent rapport d'évaluation *ex post* et explicatif ainsi que dans la circulaire partiellement révisée, les malentendus suivants, notamment, sont abordés et éliminés :

- Dans la grande majorité des cas de transmission directe, la FINMA n'est absolument pas impliquée. Il n'y a que lorsque son intérêt en matière de surveillance est concerné que la FINMA doit être informée de la même manière que l'autorité étrangère, raison pour laquelle il existe un devoir de déclaration préalable vis-à-vis de la FINMA (cf. ch. 4.5.1 plus haut). Il est également dans l'intérêt des assujettis et de la place financière suisse que le niveau d'information des autorités étrangères et celui de la FINMA soit identique. En outre, le devoir de déclaration déploré ne limite que de façon minimale la transmission des informations, à savoir jusqu'à réception de la réponse de la FINMA, qui intervient en règle générale dans un délai de cinq jours ouvrables au maximum²³.
- Par ailleurs, l'annonce à la FINMA ne déclenche pas une procédure d'approbation (cf. ch. 4.5.1 plus haut) ; elle sert en premier lieu à informer la FINMA. Dans les cas nécessitant une déclaration préalable, qui sont déjà limités, il est extrêmement rare que la FINMA réserve la voie de l'assistance administrative. Depuis l'entrée en vigueur de la circulaire, elle n'a fait usage de la réserve de la voie de l'assistance administrative que dans onze cas ; en 2019, la FINMA n'y a même jamais recouru (cf. ch. 4.6 ci-dessus).
- La confidentialité et la spécialité ne doivent pas être vérifiées lors de chaque transmission directe, contrairement à ce que supposent certains assujettis. Pour les cas relevant de l'art. 42c al. 2 LFINMA, ces conditions n'ont pas à être respectées (cf. ch. 4.3.2 ci-dessus).
- La FINMA n'interprète pas les conditions de transmission selon l'art. 42c al. 2 LFINMA de façon restrictive en interprétant soi-disant de façon stricte les notions « d'opération » et de « rapport ». De fait, elle interprète les deux conditions de façon large, et surtout de façon plus large que ne le supposent certains assujettis (cf. ch. 4.4.2 et 4.4.3 plus haut).

4.9 Récapitulatif des modifications apportées à la circulaire

Les modifications devant être apportées à la circulaire sont résumées ci-après :

- *Liste des autorités ayant capacité pour l'assistance administrative, Cm 20 s* : le Cm 20 est complété de façon à ce que les autorités de

²³ Et ce, qui plus est, uniquement lorsqu'une réserve de la voie de l'assistance administrative est prononcée, ce qui est extrêmement rare dans la pratique et ne s'est par exemple pas produit pendant l'année calendaire précédente (cf. ch. 4.6 plus haut).

surveillance des marchés financiers avec lesquelles la FINMA a conclu un accord de coopération bilatéral adéquat pour l'assistance administrative soient inscrites dans la liste des autorités ayant capacité pour l'assistance administrative. Désormais, le Cm 21 précise que la FINMA décide de son propre chef d'ajouter une autorité de surveillance des marchés financiers dans la liste même en cas de respect d'un critère d'admission.

- *Clarifications concernant la spécialité et la confidentialité, Cm 26* : selon la version complétée du Cm 26, la confidentialité et la spécialité peuvent également être vérifiées en interne par une personne qualifiée.
- *Délimitation des al. 1 et 2 de l'art. 42c LFINMA, Cm 33.1 et 33.2* : le rapport entre les al. 1 et 2 de l'art. 42c LFINMA est précisé plus en détail aux Cm 33.1 et 33.2. Ces modifications n'entraînent pas de changement du Cm 33 en vigueur actuellement quant au fond ; elles ne visent qu'à clarifier le propos.
- *Pas d'applicabilité de l'art. 42 al. 2 LFINMA à l'art. 42c al. 2 LFINMA, Cm 33.3* : le Cm 33.3 précise que la spécialité et la confidentialité ne sont pas des conditions non écrites de l'art. 42c al. 2 LFINMA.
- *Interprétation large de l'expression « qui se rapportent » à l'art. 42c al. 2 LFINMA, Cm 39* : la FINMA interprète largement la notion de rapport à l'art. 42c al. 2 LFINMA. Pour le mettre en évidence, le terme « exclusivement » employé au Cm 39 est supprimé.
- *Catalogue des exemples de transmissions directes soumises ou non à l'obligation de déclaration, Cm 47 ss* : le Cm 47 est supprimé. Les transmissions directes prévues selon l'art. 42c al. 1 LFINMA à l'intention d'autorités de surveillance des marchés financiers qui ne figurent pas sur la liste des autorités ayant capacité pour l'assistance administrative (Cm 20 s) ne doivent donc plus être déclarées. Au Cm 56, il est précisé que les tests de résistance sont des tests *suisses*. Au Cm 62, les données concernant les responsables de la société sont désormais explicitement citées comme étant des informations non soumises à l'obligation de déclaration.
- *Annonces au sens de l'art. 42c al. 2 LFINMA, Cm 72 ss* : le Cm 72 stipule que les annonces concernant les transmissions directes effectuées selon l'art. 42c al. 2 LFINMA qui sont identifiées comme telles peuvent être transmises sans attendre la réponse de la FINMA. Le Cm 73 est restreint en conséquence aux cas de l'art. 42c al. 1 LFINMA. Le renvoi à l'art. 42c al. 5 LFINMA (*supervisory privilege*) est supprimé. À des fins de clarification, le Cm 74 précise que l'annonce répond au respect de l'obligation d'informer.
- *Réserve de la voie de l'assistance administrative, Cm 75* : il est précisé au Cm 75 que la FINMA ne peut réserver la voie de l'assistance administrative qu'en cas de transmissions prévues selon l'art. 42c al. 1 LFINMA.

5 Processus de réglementation

Comme annoncé dans le rapport d'audition relatif à la circulaire, la FINMA a réalisé une évaluation *ex post* afin de déterminer si des adaptations sont nécessaires. Cela semblait justifié compte tenu de l'expérience pratique limitée de la mise en œuvre de l'art. 42c LFINMA et des exigences changeantes dans l'environnement international.

L'analyse des prises de position par la FINMA a montré qu'il était nécessaire de procéder à une révision partielle (cf. ch. 3 plus haut). Un acte modificateur correspondant a été rédigé. La FINMA a procédé à cet égard à une consultation des unités administratives intéressées du 1^{er} au 22 juillet 2020.

La FINMA ouvre une procédure d'audition pour le projet de révision partielle de la circulaire 17/6 « Transmission directe ». A l'issue de l'audition publique, le conseil d'administration de la FINMA évaluera et analysera les prises de position reçues et indiquera dans un rapport rendant compte des résultats de l'audition la mesure dans laquelle ces prises de position seront prises en compte.

6 Principes de réglementation²⁴

La loi sur les marchés financiers définit à l'art. 42c LFINMA les possibilités et les limites de la transmission directe, par les assujettis, aux autorités et services étrangers, de données non accessibles au public. En adoptant la circulaire « Transmission directe » et en l'adaptant, la FINMA use du pouvoir discrétionnaire dont elle dispose dans le cadre des dispositions légales, assure ainsi une sécurité juridique pour les utilisateurs et permet aux personnes concernées de transmettre les informations de manière efficiente et autonome. Dans le cadre de son évaluation, la FINMA a toujours adopté les variantes qui sont le plus fidèle au principe de la proportionnalité. Ainsi, la révision partielle de la circulaire proposera en premier lieu des simplifications et des précisions de la pratique de transmission directe. Dans la mesure où cela s'avère applicable, la FINMA a tenu compte des répercussions de cette révision sur la viabilité et la compétitivité internationale de la place financière. Les réglementations concernées sont conçues de manière neutre sur les plans de la concurrence et de la technologie. En ce qui concerne la thématique de la transmission directe de données par les assujettis aux autorités et services étrangers, l'objectif est de permettre aux assujettis de coopérer à l'échelle internationale de manière autonome. La FINMA entend ainsi répondre au besoin des entreprises privées actives à l'échelle internationale de pouvoir directement collaborer avec les autorités étrangères et leur transmettre des informations. À cet égard, une différenciation en fonction de la

²⁴ Selon l'art. 6 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers.

taille, de la complexité, de la structure, de l'activité commerciale et des risques des assujettis n'est pas requise.

Les normes internationales applicables dans le domaine des marchés financiers ainsi que leur application dans d'autres places financières importantes ont été prises en compte dans la mesure où cela s'avère pertinent. Pour plus de détails, il est fait référence aux explications concernant les différentes dispositions.

7 Analyse d'impact²⁵

Les conditions cadres de la transmission directe sont définies à l'art. 42c LFINMA. En ce qui concerne les objectifs visés par le législateur avec cette disposition et les répercussions sur les assujettis, il est renvoyé au message correspondant du Conseil fédéral.²⁶

Les modifications proposées pour la circulaire ont pour but de permettre des échanges d'informations efficaces et directs entre les assujettis et les autorités et services étrangers tout en garantissant la sécurité juridique. Des aspects sont précisés dans la circulaire (cf. ch. 4.2.3, 4.3.1, 4.3.2 et 4.5.1 plus haut), ce qui doit également permettre d'assurer une coopération plus rapide et plus efficace. En outre, la liste des autorités ayant capacité pour l'assistance administrative est élargie (cf. ch. 4.2.2 plus haut). Cela réduit le temps consacré par les assujettis à effectuer des vérifications dans le cadre de la coopération avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers et simplifie ainsi leurs procédures. Dorénavant, les transmissions directes selon l'art. 42c al. 2 LFINMA peuvent être réalisées en même temps que l'annonce préalable à la FINMA sans devoir attendre une réponse de cette dernière (cf. ch. 4.5.6.2 plus haut). Cette simplification permet également une coopération plus efficace et plus rapide avec les autorités et services étrangers.

8 Étapes suivantes

La FINMA ouvre une audition pour le projet de révision partielle de la circulaire « Transmission directe ». Les parties intéressées sont invitées à prendre position d'ici l'échéance du délai fixée au 15 octobre 2020.

²⁵ Selon l'art. 7 de l'ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.11).

²⁶ Message du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (FF 2014 7372).