

8 décembre 2016

Circulaire FINMA 2017/6 « Transmission directe »

Rapport sur les résultats de l'audit relative au projet de circulaire « Transmission directe », qui a eu lieu du 7 juillet au 1^{er} septembre 2016

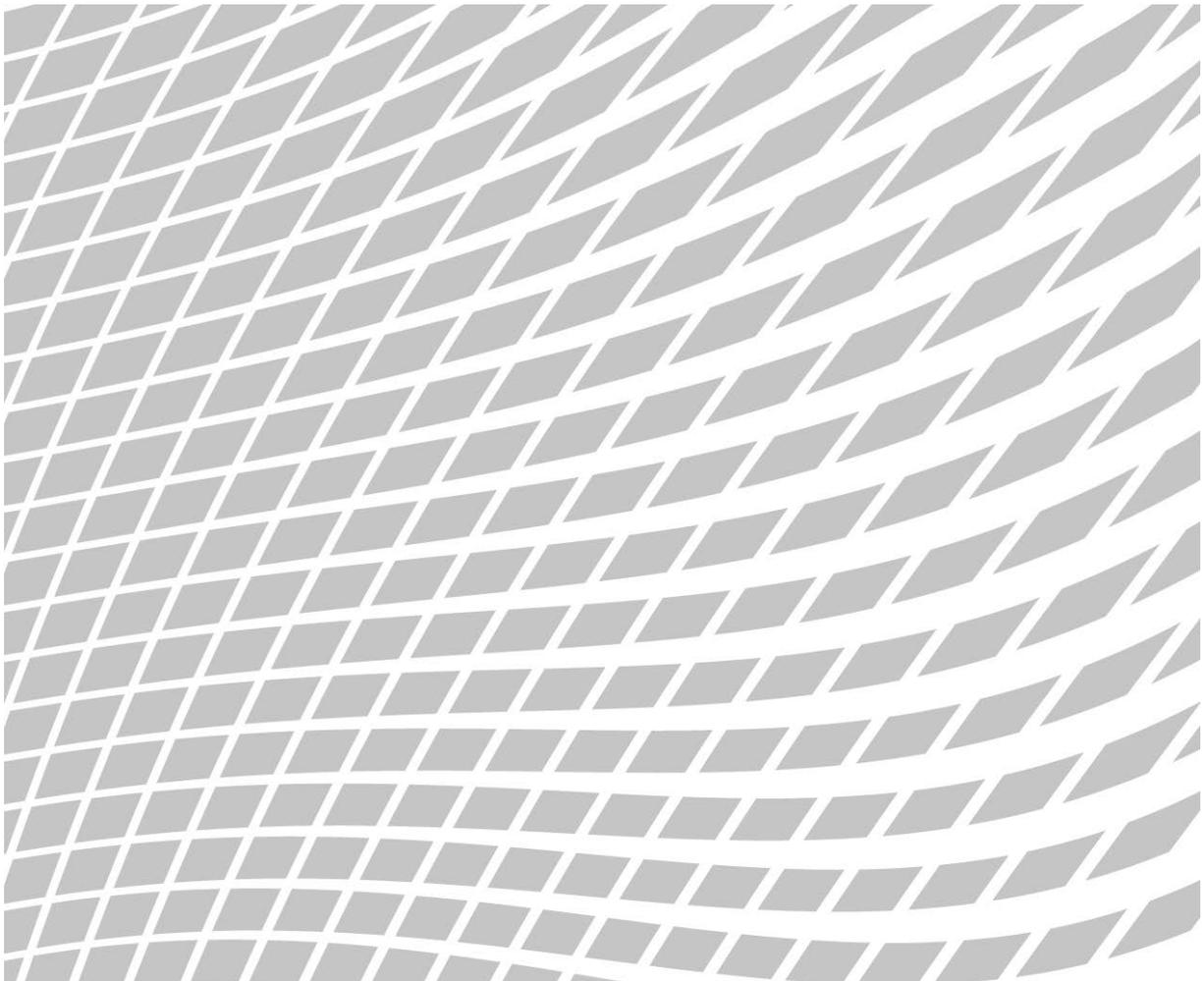


Table des matières

Liste des abréviations	6
1 Introduction	7
2 Prises de position reçues	7
3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA	8
3.1 Champ d'application de l'art. 42c al. 1 et 2 LFINMA	8
3.1.1 L'art. 42c LFINMA ne fonde pas d'obligation de transmission	8
3.1.2 Aspect pénal de la circulaire et compétence future du DFF.....	8
3.1.3 Limitation de l'art. 42c LFINMA au champ d'application de l'art. 271 CP	9
3.1.4 Transmission d'informations à l'étranger au sein du même groupe (Cm 4).....	10
3.1.5 Art. 42c LFINMA et circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit »	11
3.1.6 Organismes d'autorégulation entrant dans le champ d'application de l'art. 42c LFINMA (Cm 2).....	11
3.1.7 Gestionnaires de fortune pas (encore) considérés comme assujettis (Cm 5).....	12
3.1.8 <i>Outsourcing</i>	13
3.1.9 Informations non publiques	14
3.1.10 Définition de clients (Cm 14)	14
3.1.11 Contrôle des conditions applicables à la transmission d'informations	15
3.1.12 <i>White list</i>	16
3.1.13 Garantie des droits des clients et des tiers (Cm 30 s., 42).....	17
3.1.14 Informations relatives aux personnes considérées dans leur fonction d'organe ou en leur qualité de personne devant présenter la garantie d'une activité irréprochable (Cm 16).....	18
3.1.15 Tiers/partie tierce (Cm 17).....	18
3.2 Art. 42c al. 1 LFINMA.....	19

3.2.1	Relation de l'art. 42c al. 1 LFINMA à la LBA (Cm 8).....	19
3.2.2	Autorités pénales et fiscales (Cm 10, 13).....	20
3.2.3	Autorités et services au sens de l'al. 1 (Cm 12 s.).....	20
3.2.4	Art. 42c al. 1 LFINMA en relation avec l'art. 42 al. 2 LFINMA (Cm 18 ss).....	21
3.3	Relation de l'art. 42c al. 1 à l'art. 42c al. 2 LFINMA (Cm 32 s.).....	26
3.4	Art. 42c al. 2 LFINMA.....	28
3.4.1	Services mandatés par des autorités étrangères (Cm 36).....	28
3.4.2	Pas de transmission d'informations aux autorités pénales ou fiscales, transmission d'informations aux autorités de surveillance des marchés financiers (Cm 35).....	28
3.4.3	Transaction ou opération (Cm 39).....	29
3.4.4	Rapport direct (Cm 39).....	30
3.4.5	Nécessité absolue (Cm 40).....	30
3.4.6	Approbation et réalisation (Cm 40, 41).....	31
3.5	Déclarations selon l'art.42c al. 3 LFINMA.....	31
3.5.1	Faits importants, l'art. 42c al. 3 en relation avec l'art. 29 al. 2 LFINMA (Cm 43 ss).....	31
3.5.2	Marche à suivre dans le cadre de l'art. 42c al. 3 LFINMA (Cm 67 ss).....	33
3.5.3	Exemples de faits soumis ou non soumis à l'obligation de déclaration (Cm 43 ss).....	35
3.6	Réserve de la voie de l'assistance administrative en vertu de l'art. 42c al. 4 LFINMA (Cm 72 ss).....	46
4	Prochaines étapes	48

Eléments essentiels

1. L'art. 42c LFINMA est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Cette disposition ouvre aux assujettis la possibilité de transmettre, à certaines conditions, des informations qui ne sont pas publiques directement à des autorités et services étrangers. Le champ d'application de la norme comme chacune des conditions prévues laissent une large place à l'interprétation. C'est particulièrement vrai pour l'alinéa 2 de l'article qui a été intégré tardivement dans le processus législatif et n'a donc pas été traité dans le message. La circulaire a pour objectif de soutenir les assujettis lorsqu'ils transmettent des informations de manière autonome en vertu de l'art. 42c LFINMA, de réduire au maximum les risques qui en découlent et de garantir une application uniforme de la norme.
2. Les participants à l'audition ne remettent pas en question la nécessité de la circulaire. Au contraire, ils saluent la concrétisation dans la circulaire des conditions de la transmission d'informations et les précisions apportées aux exigences encadrant une déclaration selon l'al. 3.
3. En revanche, les participants à l'audition critiquent en divers points l'interprétation présentée par la FINMA dans son projet de circulaire : plusieurs participants à l'audition actifs dans le secteur des banques et des assurances demandent à ce que certaines conditions de la transmission d'informations soient interprétées de manière moins restrictive. D'autres assujettis se disent très préoccupés par le fait qu'avec l'application de la circulaire, il y aurait encore toujours trop d'informations qui pourraient être subsumées sous l'art. 42c LFINMA alors que leur transmission n'avait pas été envisagée ou voulue par le législateur.
4. La compréhension très divergente qu'ont les participants à l'audition de la norme repose parfois sur des hypothèses erronées : certains participants à l'audition partent ainsi du principe que l'art. 42c LFINMA fonde possiblement une obligation de transmission directe d'informations et pas seulement le droit correspondant, que les principes de confidentialité et de spécialité doivent également être contrôlés en vertu de l'al. 2, que la circulaire peut concrétiser de manière contraignante des normes de droit pénal ou que l'art. 42c LFINMA concrétise une nouvelle forme de l'art. 271 CP, alors que, pour l'essentiel, seule la compétence est passée du DFF à la FINMA.
5. C'est pourquoi, concernant certaines règles, des demandes ont été faites en faveur d'un assouplissement, d'une limitation, d'une clarification, d'une précision ou d'une suppression de certains chiffres marginaux.
6. Compte tenu des points critiqués dans les prises de position reçues, la FINMA a notamment introduit dans la version définitive de la circulaire les modifications suivantes :
 - Il est précisé que ni la transmission d'informations dans le cadre d'un *outsourcing*, ni la transmission d'informations au sein d'un même groupe n'entrent dans le champ d'application de l'art. 42c LFINMA tant que ces informations ne sont pas transférées à l'étranger en vue de leur transmission à des autorités ou services étrangers.

- Les passages du rapport explicatif concernant la relation entre l'al. 1 et l'al. 2 sont repris par analogie dans la circulaire.
- En lien avec l'al. 2, il est désormais question d'« opérations », et non plus – comme dans le projet de circulaire – de « transactions ».
- Il est explicitement mentionné que l'évaluation de la qualification de faits importants au sens de l'al. 3 s'entend à la date de la transmission d'informations.
- La liste des exemples d'informations non soumises à déclaration ou de transmissions d'informations a été complétée.
- La procédure prévue pour une déclaration selon l'al. 3 est davantage détaillée et concrétisée que dans le projet de circulaire.

La FINMA procédera à une évaluation ex post deux ans après l'entrée en vigueur de la circulaire, afin de déterminer si des adaptations sont nécessaires. Une importante marge d'interprétation de la norme, une expérience pratique limitée de sa mise en œuvre et également les exigences changeantes dans l'environnement international rendent cette évaluation nécessaire.

Liste des abréviations

CO	Code des obligations (RS 220)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
DFE	Département fédéral des finances
GAFI	Groupe d'action financière
IFDS	Intermédiaires financiers directement soumis au sens de l'art. 2 al. 3 en relation avec l'art. 14 LBA
LBA	Loi du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment d'argent ; RS 955.0)
LIMF	Loi 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 (loi sur l'infrastructure des marchés financiers ; RS 958.1)
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 du 19 juin 1992 sur la protection des données (loi sur la protection des données ; RS 235.1)
MMoU de l'AICA	Multilateral Memorandum of Understanding de l'Association internationale des contrôleurs d'assurance
MMoU de l'OICV	Multilateral Memorandum of Understanding de l'Organisation internationale des commissions de valeurs
OAR	Organisme d'autorégulation
PF PDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
SST	Swiss Solvency Test, test suisse de solvabilité

1 Introduction

Du 7 juillet au 1^{er} septembre 2016, la FINMA a mené une audition relative à un projet de circulaire 2017/6 « Transmission directe ». L'information concernant l'audition a été publiée sur le site Internet de la FINMA à l'attention de tous les cercles intéressés. Quiconque se sentait concerné pouvait participer à l'audition.

Le présent rapport expose, sous une forme générale et résumée, les prises de position émises par les participants à l'audition relative au projet de circulaire et expose l'appréciation de la FINMA.

2 Prises de position reçues

Les personnes et institutions suivantes (mentionnées par ordre alphabétique) ont pris part à l'audition et ont adressé une prise de position à la FINMA : ¹

- Association Romande des Intermédiaires Financiers (ARIF)
- Association de Banques Privées Suisses (ABPS)
- Association suisse des banquiers (SwissBanking ; ASB)
- EXPERTsuisse
- Forum OAR
- Homburger SA
- OAR-Fiduciaire Suisse
- Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances (OAR-ASA)
- Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse des Sociétés de Leasing (OAR/ASSL)
- Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT)
- Raiffeisen Suisse société coopérative (Raiffeisen)
- Swiss Re SA (Swiss Re)
- UBS SA (UBS)
- Zurich Insurance Group SA (Zurich)

¹ Ne sont pas mentionnés les participants à l'audition qui n'ont pas souhaité la publication de leur prise de position par la FINMA.

3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

Les résultats de l'audition et leur appréciation par la FINMA sont présentés ci-après dans l'ordre des alinéas de l'art. 42c LFINMA. Les références aux chiffres marginaux renvoient à la numérotation du projet de circulaire soumis à audition.

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

3.1.1 L'art. 42c LFINMA ne fonde pas d'obligation de transmission

Prises de position

L'OAR/ASSL, le Forum-OAR et l'OAR-ASA demandent que soit précisé dans la circulaire que l'art. 42c al. 1 et 2 LFINMA fonde un droit et non une obligation de transmission directe des informations non publiques par les assujettis.

Appréciation

Selon l'énoncé de l'art. 42c al. 1 et 2 LFINMA, les assujettis peuvent transmettre des informations. Par conséquent, il n'existe pas d'obligation légale de transmission des informations. Comme cela ressort tant de l'énoncé de la loi que du projet de circulaire et du rapport explicatif, aucune précision dans ce sens ne sera apportée dans la circulaire.

Conclusion

Du fait de l'énoncé clair de la loi, aucune mention explicite indiquant que l'art. 42c LFINMA octroie seulement un droit de transmission d'informations n'est inscrite dans la circulaire.

3.1.2 Aspect pénal de la circulaire et compétence future du DFF

Prises de position

L'OAR/ASSL, l'ARIF, le Forum-OAR et l'OAR-ASA demandent que soit clarifié qu'une punissabilité en vertu de l'art. 271 CP est exclue dans le cadre de l'application de la circulaire et par conséquent que la FINMA les libère du risque de la punissabilité en reformulant la circulaire en ce sens. Il serait par exemple envisageable de le faire en apportant davantage de précision ou en donnant des listes exhaustives indiquant quelles sont les informations qu'il est admis de transmettre et ce, à quelles autorités ou à quels services.

Un participant à l'audition demande que soit clarifié le point selon lequel une autorisation selon l'art. 271 CP n'est plus nécessaire après l'entrée en vigueur des bases légales révisées dans la LFINMA.

Appréciation

La FINMA ne pourrait préciser l'art. 42c LFINMA de manière contraignante à l'égard des autorités pénales que dans le cadre d'une ordonnance. Or, elle n'a pas la compétence législative requise pour le faire. Les précisions de la FINMA ne peuvent donc intervenir qu'au niveau des circulaires. Toutefois, bien qu'une circulaire ne lie pas les autorités pénales, ces dernières peuvent les prendre en compte lors de leur application du droit.

Pour ce qui est de la compétence du DFF après l'entrée en vigueur de l'art. 42c LFINMA, la FINMA est d'avis que les autorisations visées à l'art. 271 LP ne sont plus nécessaires dès lors que les conditions d'une transmission d'informations selon l'art. 42c LFINMA sont données.

Conclusion

Dès lors que l'art. 42c LFINMA est pertinent, l'autorisation visée à l'art. 271 CP n'est pas nécessaire.

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

Prises de position

Homburger, l'ASB et UBS sont d'avis que l'art. 42c LFINMA constitue une situation fondant une autorisation par rapport à l'art. 271 CP et ne serait donc applicable qu'en présence d'un cas relevant de l'art. 271 CP. Ce serait en diamétrale contradiction avec les sens et but de l'art. 42c LFINMA tels qu'ils ont été présentés dans le message de soumettre aussi ces informations et documents à une réglementation et donc, potentiellement, à une obligation de demander une autorisation, alors qu'elles pouvaient être transmises librement jusqu'à présent. Selon Homburger, un tel durcissement ne saurait intervenir faute d'une base légale. UBS et l'ASB exposent que l'art. 42c LFINMA aurait été introduit comme base pour les obligations d'informer qui relèveraient de la puissance publique et pourraient être en contradiction avec l'art. 271 CP.

Appréciation

Il est rappelé que le message se prononce uniquement sur l'art. 42c al. 1 LFINMA et n'émet aucune déclaration concernant l'al. 2, ce dernier n'ayant été intégré au processus législatif qu'ultérieurement. Par conséquent, lorsque le message se réfère à l'art. 271 CP, ses déclarations concernent exclusivement l'al. 1.

L'art. 271 CP ne définit pas le champ d'application de l'art. 42c LFINMA. D'une part, l'énoncé de l'art. 42c LFINMA est sans équivoque. Le législateur s'en tient exclusivement à la transmission par les assujettis d'informations qui ne sont pas publiques sans sous-entendre que cela implique une nouvelle limitation du champ d'application de l'art. 271 CP. D'autre part, cela résulte de la position systématique de l'art. 42c LFINMA. La possibilité reconnue aux assujettis de transmettre directement des informations est régie dans la section « Collaboration avec les autorités étrangères » de la LFINMA et est conçue comme une sous-forme de l'assistance administrative aux prescriptions de laquelle il est d'ailleurs renvoyé (art. 42 al. 2 LFINMA). Les explications apportées sur l'art. 271 CP dans le message se

rapportent à la motivation du législateur d'autoriser, avec l'art. 42c LFINMA, une nouvelle forme de transmission, mais ne définissent en aucun cas son champ d'application.

De l'avis des participants à l'audition, on en arriverait par ailleurs au résultat choquant qui consisterait à devoir vérifier avant chaque transmission d'informations selon l'art. 42c LFINMA s'il s'agit d'un élément constitutif de l'art. 271 CP qui ouvrirait donc le champ d'application de l'art. 42c LFINMA. Ce ne serait pas seulement inhabituel et impraticable sur le plan de la technique législative, mais aussi en parfaite contradiction avec l'objectif du message qui entend lever les ambiguïtés relatives au champ d'application de l'art. 271 CP à l'aide de l'art. 42c LFINMA.

Conclusion

L'art. 42c LFINMA est applicable à toutes les transmissions d'informations non publiques par les assujettis aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers et autres autorités et services ; et ce, donc, même lorsque les faits n'auraient pas nécessité, avant le 1^{er} janvier 2016, d'autorisation selon l'art. 271 CP.

3.1.4 Transmission d'informations à l'étranger au sein du même groupe (Cm 4)

Prises de position

L'ASB, UBS et Zurich déplorent que l'échange transfrontière d'informations entre les sociétés d'un groupe et ses unités étrangères ne soit pas pris en compte dans le projet. Selon l'ASB, le Cm 4 devrait être complété par cet ajout : « L'admissibilité de la transmission d'informations par une succursale étrangère est définie selon le droit local ». UBS invite par ailleurs à limiter l'application de l'art. 42c FINMA aux cas dans lesquels le transfert transfrontière d'informations au sein d'un même groupe dans la perspective de l'ASB et de Zurich, c'est-à-dire conformément à leurs prises de position, intervient aux fins exclusives de la transmission d'informations aux autorités étrangères.

Appréciation

La transmission d'informations à l'étranger au sein d'un même groupe ne relève pas, selon la FINMA, de l'art. 42c LFINMA². Et ce, tant que, et dans la mesure où la transmission à des unités étrangères du groupe n'a pas pour but la transmission à des autorités ou services étrangers au sens de l'art. 42c LFINMA. Dans ces cas, il faudrait partir du principe qu'il s'agit d'une transmission indirecte et que l'art. 42c LFINMA devrait également être appliqué à la transmission qui suit à l'autorité ou au service étrangers. Lorsque les données sont disponibles tant dans l'unité suisse que dans l'unité étrangère, l'art. 42c LFINMA s'applique si la transmission à l'autorité ou au service étrangers est effectuée de Suisse.

La circulaire sera concrétisée en conséquence, en s'appuyant sur la demande de Zurich.

² L'art. 4^{quinquies} de la loi sur les banques (RS 952.0) est applicable lorsqu'il s'agit de la communication d'informations non accessibles au public par une filiale ou succursale suisse à sa société mère étrangère.

Conclusion

La circulaire s'applique à la transmission d'informations au sein d'un même groupe en cas de transmission indirecte, soit lorsqu'une transmission à l'autorité ou service étrangers suit celle effectuée en faveur d'une unité étrangère du groupe. Toutefois, le transfert d'informations aux autorités étrangères compétentes par les unités étrangères d'un groupe n'est pas soumis à l'art. 42c FINMA, tant que la transmission d'informations de l'entité suisse à l'entité étrangère n'a pas été faite dans le but de ce transfert.

3.1.5 Art. 42c LFINMA et circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit »

Prise de position

EXPERTsuisse note que le projet de circulaire ne définit ni les exigences relatives à la réglementation des processus, ni celles concernant le contrôle de ces processus lors de l'audit ordinaire. L'association suggère donc de compléter la circulaire comme suit : « Les assujettis règlent les processus nécessaires au respect de l'art. 42c LFINMA dans une directive interne » et « La réglementation des processus nécessaires au respect de l'art. 42c LFINMA fait l'objet de l'audit conformément à la Circ.-FINMA 13/3 „Activités d'audit“ ».

Appréciation

La proposition sera fondamentalement intégrée dans la circulaire et enrichie d'un ajout précisant que les assujettis satisfont également à cette obligation lorsqu'ils motivent et consignent de manière appropriée que les transmissions d'informations selon l'art. 42c LFINMA ne revêtent pas ou très peu d'importance pour leur activité si bien qu'il n'est pas nécessaire de prévoir des processus ou des directives explicites en lien avec l'art. 42c LFINMA.

Conclusion

La circulaire indique les exigences qui sont définies pour la réglementation et le contrôle des processus. Elle indique clairement que les assujettis pour lesquels les transmissions d'informations selon l'art. 42c LFINMA ne revêtent pas ou très peu d'importance ne doivent pas définir de processus ou de directives spécifiques.

3.1.6 Organismes d'autorégulation entrant dans le champ d'application de l'art. 42c LFINMA (Cm 2)

Prises de position

Les organismes d'autorégulation ARIF et OAR-Fiduciaire Suisse critiquent le fait que l'art. 42c LFINMA s'applique aux organismes d'autorégulation. Selon l'ARIF, le champ d'application n'est défini dans la circulaire que par un renvoi à l'art. 3 LFINMA et englobe donc aussi les organismes d'autorégulation bien que ces derniers ne soient assujettis à aucune autorité étrangère, pas plus qu'ils ne réalisent de

transactions soumises à déclaration ou n'aient de clients. Si tant est que les organismes d'autorégulation entrent effectivement dans le champ d'application de l'art. 42c LFINMA, il faudrait établir une liste des informations qu'ils seraient autorisés à transmettre.

L'OAR-Fiduciaire Suisse défend le point de vue que l'ensemble des autres intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA devraient constituer de manière générale une exception à la transmission de données à des services étrangers. Peu importe sur ce point qu'ils soient affiliés à un OAR ou assujettis à la FINMA en qualité de IFDS. Ce n'est pas l'art. 3 LFINMA qui parle des « assujettis » qui est déterminant ici, mais la distinction entre surveillance prudentielle et surveillance spécifique à la LBA qui est opérée dans la LBA et prévaut. Toutefois si les autres intermédiaires financiers sont exemptés, les organismes d'autorégulation devraient l'être aussi puisque ces derniers ne peuvent pas transmettre quelque chose que les intermédiaires financiers affiliés sont autorisés à refuser. La LBA en sa qualité de *lex specialis* prévaut sur la LFINMA. L'art. 42c LFINMA aurait été intégré inutilement dans la LFINMA, au lieu de l'être dans la LIMF.

Appréciation

L'énoncé de la loi est clair : les assujettis se voient reconnaître le droit de transmettre des informations qui ne sont pas publiques en vertu de l'art. 42c LFINMA. Selon l'art. 3 LFINMA, un OAR compte au nombre des assujettis. La FINMA ne voit pas de possibilité d'exclure *per se* du champ d'application de la norme les organismes d'autorégulation et les intermédiaires financiers directement soumis concernant les cas d'application potentiels de toute façon relativement limités. Il convient notamment de noter dans ce contexte que la norme reconnaît aux organismes d'autorégulation seulement un droit, et non une obligation de transmission directe d'informations. Les autorités ou services étrangers ne peuvent pas s'appuyer sur l'art. 42c LFINMA pour obtenir d'un OAR que ses membres lui fournissent des informations.

Conclusion

L'art. 3 LFINMA définit quelles personnes et quels établissements se voient reconnaître un droit de transmission directe des informations au sens de l'art. 42c LFINMA. La circulaire ne peut pas limiter l'énoncé de la loi.

3.1.7 Gestionnaires de fortune pas (encore) considérés comme assujettis (Cm 5)

Prise de position

La circulaire cite les gestionnaires de fortune affiliés à un organisme d'autorégulation comme contre-exemples aux assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA. Au regard du processus législatif concernant la loi fédérale sur les établissements financiers qui soumettrait à l'avenir les gestionnaires de fortune à l'obligation d'obtenir une autorisation, Raiffeisen estime qu'il s'agit d'un exemple peu approprié.

Appréciation

Afin d'éviter toutes imprécisions à l'avenir, cet exemple sujet à critique ne sera pas repris dans la circulaire. Cela ne change toutefois rien au fait que, jusqu'à une éventuelle introduction d'une obligation de surveillance, les gestionnaires de fortune ne sont pas considérés comme des assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA et n'entrent donc pas dans le champ d'application de la circulaire.

Conclusion

Dans la circulaire, les gestionnaires de fortune ne sont plus cités comme contre-exemples aux assujettis.

3.1.8 Outsourcing

Prises de position

L'ASB et l'Association de banques privées suisses demandent que la thématique de l'*outsourcing* soit aussi abordée au Cm 17. Il conviendrait de mentionner explicitement que l'*outsourcing* n'est pas limité par l'art. 42c LFINMA ni par la circulaire. Il faudrait notamment établir clairement que la transmission d'informations dans le cadre de l'*outsourcing* ou aux fins de règlement de transactions ne doit pas non plus être subsumée sous l'art. 42c LFINMA même lorsque les informations ont par la suite été transmises à l'autorité étrangère correspondante. Devrait être exclu ici le transfert d'informations dans le cadre de l'*outsourcing* en vue d'une nouvelle transmission.

Appréciation

Même si les autorités étrangères peuvent potentiellement, par la suite, avoir accès aux informations transmises à l'étranger dans le cadre d'un *outsourcing*, l'art. 42c LFINMA ne s'applique pas, en principe, à la transmission d'informations des assujettis suisses au prestataire étranger. Pour ce qui est de la transmission d'informations vers l'étranger dans le cadre d'un *outsourcing*, les principes qui s'appliquent, en revanche, sont ceux cités ci-avant (cf. ch. 3.1.4) concernant la transmission d'informations au sein d'un même groupe : l'art. 42c LFINMA n'est applicable que si les informations échangées dans le cadre d'un *outsourcing* ont été ou doivent être transférées à l'étranger aux fins de transmission à une autorité ou un service étrangers. Lorsque les données sont disponibles tant dans l'unité suisse que dans l'unité étrangère, l'art. 42c LFINMA s'applique si la transmission à l'autorité ou au service étrangers est effectuée de Suisse. Au final, la situation avec l'art. 42c LFINMA ne se différencie donc pas du *statu quo*.

Les conditions citées dans la circulaire de la FINMA 2008/7 « Outsourcing – banques » doivent être respectées.

Conclusion

L'*outsourcing* est désormais visé dans la circulaire. La circulaire ne limite pas l'*outsourcing* et la transmission d'informations qu'il implique tant que ces informations n'ont pas été transférées à l'étranger, ou ne doivent pas l'être, en vue de leur transmission aux autorités étrangères.

3.1.9 Informations non publiques

Prise de position

Selon l'avis d'UBS, il faudrait préciser dans la circulaire qu'il n'y a pas de différence matérielle entre « informations non accessibles au public » au sens de l'art. 42c al. 1 LFINMA et « informations qui ne sont pas publiques » au sens de l'art. 42c al. 2 LFINMA.

Zurich note qu'au Cm 3 le terme « informations » est défini comme informations non publiques sans que ce soit précisé.

Appréciation

La FINMA ne voit pas non plus de différences de fond entre « informations non accessibles au public » au sens de l'art. 42c al. 1 LFINMA et « informations qui ne sont pas publiques » au sens de l'art. 42c al. 2 LFINMA.

Il sera donné suite à la demande de Zurich concernant le Cm 3.

Conclusion

La FINMA est d'avis qu'il n'y a pas de différences matérielles entre « informations non accessibles au public » et « informations qui ne sont pas publiques ». Elle ne voit toutefois pas la nécessité de le préciser dans la circulaire. Au Cm 3, le terme « informations » est défini dans la mesure où il est placé entre guillemets, comme cela a été demandé.

3.1.10 Définition de clients (Cm 14)

Prises de position

L'ASB suggère d'élargir la définition de clients et de mentionner également, au Cm 14, les ayants droit économiques et les mandataires, voire, de l'avis d'UBS, d'autres personnes directement impliquées dans la relation client telles que les contreparties.

Appréciation

Dans la pratique de l'assistance administrative internationale, la distinction est faite entre les clients d'une part, et les tiers d'autre part. Entrent également dans la catégorie des tiers les ayants droit économiques, les mandataires et les chargés d'affaires tels que les sociétés d'audit relevant du droit de la surveillance, les organes de révision de droit privé et les avocats. Afin d'éviter toute contradiction et tout malentendu, cette terminologie vaut également pour l'art. 42c LFINMA. A des fins de clarification, le Cm 15 mentionnera désormais aussi les mandataires comme exemples de « tiers ». Il n'y aura pas de catégorisation plus approfondie car il s'agit seulement d'exemples et qu'il est de la responsabilité des assujettis de procéder à une classification, si besoin est.

Conclusion

Les mandataires sont désormais cités dans la circulaire à titre d'exemples afin de garantir un énoncé uniforme dans la pratique des art. 42 s. LFINMA et 42c LFINMA. La liste des exemples n'est pas élargie davantage.

3.1.11 Contrôle des conditions applicables à la transmission d'informations

Prises de position

Un certain nombre de participants à l'audition considèrent qu'il est seulement possible au prix d'efforts déraisonnables, difficile voire impossible de constater si les conditions légales d'une transmission d'informations selon l'art. 42c LFINMA sont remplies. Par conséquent, l'ASB, Swiss RE et UBS estiment que la FINMA devrait au préalable procéder à intervalles réguliers ou au moins sur demande, de l'avis de Zurich et de l'OAR-ASA, à un examen de l'admissibilité de la transmission d'informations et en communiquer le résultat aux assujettis.

L'ASB et UBS expliquent qu'il en irait aussi de la protection des personnes de bonne foi. Si la FINMA se prononçait sur une déclaration en vertu de l'al. 3, l'assujetti serait confiant sachant que la transmission d'informations ne serait pas critiquée par la suite.

Selon l'ASB, la FINMA aurait remplacé l'autorité en matière d'autorisation qui la précédait et se voit attribuer, avec l'examen des conditions de l'art. 42c LFINMA, une nouvelle tâche.

L'OAR-ASA considère que la vérification de la garantie des droits des clients et des tiers dans un cas concret est un aspect inhérent au contrôle alors que dans la conception de Swiss Re, de l'ASB, de Raiffeisen et de UBS, cet aspect doit être explicitement exclu de l'obligation de contrôle de la FINMA.

Raiffeisen attend que les pays dont la FINMA a publié la liste remplissent les conditions juridiques de garantie des droits des clients et des tiers, sans qu'un contrôle particulier ne doive intervenir à ce sujet.

Appréciation

La FINMA n'examine ni ne confirme la conformité au droit d'une transmission d'informations selon l'art. 42c al. 1 ou al. 2 LFINMA, que ce soit à intervalles réguliers ou sur demande.

Le législateur entendait remplacer la procédure visée à l'art. 271 CP, laquelle engendrait une charge de travail considérable pour les assujettis et la Confédération. La solution qu'il a envisagée pour ce faire ne consistait pas simplement à déplacer la compétence en matière de contrôle et d'autorisation des transmissions d'informations du DFF à la FINMA.

Avec l'art. 42c LFINMA, il a introduit une réglementation qui permet aux assujettis, dans le cadre des prescriptions légales, de transmettre eux-mêmes et sous leur propre responsabilité, des informations qui ne sont pas publiques. Le respect des conditions et le contrôle visant à vérifier que les conditions

d'une transmission directe sont remplies relèvent de la responsabilité de celui qui fait volontairement usage de ce droit.

En outre, le contrôle par la FINMA souhaité par les assujettis aboutirait au résultat suivant : comme dans le cadre de l'assistance administrative ordinaire, un examen complet serait effectué dès lors que les assujettis auraient porté à la connaissance de la FINMA qu'ils envisageaient la transmission d'informations. La communication correspondante se ferait cependant d'abord des assujettis à la FINMA, puis de celle-ci aux assujettis et enfin de ces derniers à l'autorité étrangère. La durée de la procédure dans le cadre de l'art. 42c LFINMA serait ainsi plus longue et son déroulement plus complexe que si la FINMA apportait directement une assistance administrative. L'objectif d'une transmission accélérée des informations aurait ainsi complètement échoué et il serait exclu de pouvoir tenir le délai de cinq jours.

L'argument selon lequel la protection des personnes de bonne foi exigerait que la FINMA vérifie la conformité des transmissions d'informations à réception de leur annonce et ne puisse pas les dénoncer, seulement a posteriori, ne tient pas. Dans la circulaire (Cm 71), il est explicitement précisé que la FINMA ne contrôle pas les conditions de réalisation de l'art. 42c al. 1 et 2 LFINMA. Par conséquent, il ne peut y avoir instauration d'une confiance susceptible d'être trahie après coup. Si, sans autre examen, il découlait des documents reçus que la transmission d'informations prévue n'était pas admise, la FINMA le porterait à la connaissance de l'assujetti.

Concernant la liste des autorités étrangères ayant la compétence pour recevoir l'assistance administrative, la circulaire (Cm 22) et le rapport explicatif (ch. 4.2.3) établissent qu'un assujetti peut considérer les conditions de l'art. 42 al. 2 LFINMA comme remplies par les autorités figurant sur ladite liste tant qu'il n'existe pas d'indices laissant penser le contraire (cf. également à ce sujet le ch. 3.2.4.5 ci-après). Par ailleurs, la liste ne comprend pas de pays, elle cite uniquement différentes autorités de surveillance des marchés financiers.

Conclusion

Il incombe aux assujettis, qui font usage de leur droit de transmettre directement des informations selon l'art. 42c FINMA, de respecter les conditions relatives à cette norme. Contrairement à l'art. 271 CP, l'art. 42c LFINMA ne prévoit pas d'autorisation.

3.1.12 White list

Prises de position

Pour renforcer la sécurité juridique, l'ASB, UBS et Zurich ont proposé l'établissement d'une liste (*white list*) qui serait actualisée régulièrement et indiquerait les faits pour lesquels la transmission directe d'informations aux autorités et services étrangers serait admise. L'ASB et UBS soumettent une ébauche de cette liste sur laquelle l'ordre juridique concerné, la norme étrangère à l'origine de la transmission d'informations ainsi que les destinataires de ces transmissions sont mentionnés. Les informations qu'il faudrait transmettre concrètement ne sont en revanche pas citées.

Appréciation

A côté de la liste de la FINMA, une *white list* serait une autre forme de soutien qui simplifierait et rendrait même totalement superflue la vérification des conditions de transmission par les assujettis. La FINMA a décidé de ne pas publier de *white list* d'autant plus qu'elle n'est pas impliquée lors de communications de faits non importants qui seraient pourtant aussi concernées par une telle liste. Comme mentionné ci-dessus (cf. ch. 3.1.11), la vérification des conditions des transmissions d'informations doit être réalisée par les assujettis. La FINMA saluerait toutefois les associations concernées mettant une *white list* basée sur leurs expériences à disposition de leurs membres.

La tâche de la FINMA est d'indiquer, dans le cadre de la circulaire, les catégories conceptuelles dans lesquelles les assujettis sont ensuite libres, en principe, de procéder aux transmissions applicables et nécessaires pour eux. La FINMA est d'avis que les assujettis et leurs associations sont les mieux placés pour spécifier plus précisément, dans une liste, le cadre général donné par la circulaire, pour définir des applications et des cas individuels concrets. Les assujettis ont pour la plupart une longue expérience de la manière d'aborder les nombreuses exigences d'annonce et d'information auxquelles ils sont soumis, lesquelles sont requises par différents ordres juridiques dans les marchés qui sont importants pour eux. C'est pourquoi ils sont finalement les plus à même de juger les applications concrètes à faire figurer sur une telle liste ainsi que le degré de précision nécessaire. Etant donné que le département juridique de l'assujetti, celui d'unités du groupe situées à l'étranger ou encore l'assujetti en collaboration avec des cabinets externes à l'étranger effectuent un *monitoring* des modifications juridiques à venir, les assujettis sont mieux placés que la FINMA pour réagir à des adaptations à apporter à court terme à une *white list*. Sur la base de ce constat, la FINMA a décidé de ne pas publier elle-même une telle *white list*, d'autant plus qu'elle n'est pas concernée en cas de transmission d'informations de peu d'importance qui figureraient aussi sur une telle liste. La FINMA apprécierait toutefois que les associations concernées mettent à disposition de leurs membres une *white list* de ce type sur la base de leurs expériences.

Conclusion

La FINMA ne publie pas de *white list* mais saluerait les associations qui décideraient de soutenir leurs membres en le faisant.

3.1.13 Garantie des droits des clients et des tiers (Cm 30 s., 42)

Prises de position

L'ASB et UBS demandent que la circulaire indique explicitement les possibilités de garantir les droits des clients et des tiers.

Appréciation

Il est de la seule responsabilité des assujettis de garantir les droits des clients et des tiers. Il est renvoyé sur ce point au ch. 4.2.4 du rapport explicatif.

Conclusion

La FINMA ne publie aucune recommandation sur la manière dont les droits des clients et des tiers doivent être garantis.

3.1.14 Informations relatives aux personnes considérées dans leur fonction d'organe ou en leur qualité de personne devant présenter la garantie d'une activité irréprochable (Cm 16)

Prises de position

L'ASB et UBS notent que les informations relatives aux personnes considérées dans leur fonction d'organe ou en qualité de personne devant présenter la garantie d'une activité irréprochable ne sont pas qualifiées d'emblée de données relatives aux tiers. Ici aussi, il faudrait éventuellement d'abord vérifier le respect des exigences relevant du droit de la protection des données.

Appréciation

La FINMA partage l'avis des assujettis selon lequel les informations relatives aux personnes en leur qualité d'organe ou de personne devant présenter la garantie d'une activité irréprochable peuvent elles aussi être qualifiées de données relatives aux tiers.

Conclusion

Le Cm 16 est supprimé de telle sorte que les assujettis devront contrôler au cas par cas si les informations relatives aux personnes en leur qualité d'organe ou de personne devant présenter la garantie d'une activité irréprochable sont qualifiées de données relatives aux tiers.

3.1.15 Tiers/partie tierce (Cm 17)

Prise de position

Le terme « tiers » est utilisé au Cm 17 alors qu'il est déjà défini ailleurs dans le projet de circulaire (Cm 15). Il conviendrait donc, selon Zurich, de parler de « parties tierces » au Cm 17.

Appréciation

La différenciation pointée ci-dessus est pertinente pour des raisons de clarté. La demande de l'assujetti sera reprise dans la circulaire.

Conclusion

Le Cm 17 est adapté. Le mot « tiers » est remplacé par « parties tierces ».

3.2 Art. 42c al. 1 LFINMA

3.2.1 Relation de l'art. 42c al. 1 LFINMA à la LBA (Cm 8)

Prises de position

L'ASB et UBS suggèrent de concrétiser le champ d'application matériel de l'art. 42c al. 1 LFINMA en introduisant dans la circulaire un renvoi à l'art. 1 al. 1 LFINMA et de mettre explicitement en exergue au Cm 9 que la surveillance des marchés financiers engloberait entre autres aussi les obligations de communiquer relevant de la législation sur le blanchiment d'argent, conformément à la prise de position de l'UBS, et les obligations d'informer et de communiquer, selon la conception de l'ASB.

L'OAR-Fiduciaire Suisse défend l'avis contraire en expliquant qu'il n'y aurait pas de place pour la transmission aux autorités de surveillance étrangères d'autres données non publiques en lien avec les processus relevant de la LBA en plus de la communication d'informations au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent. Au contraire : ces informations permettraient de contourner le mécanisme régissant l'obligation de communiquer et le droit de la communication, et aussi, par conséquent, l'exigence de soupçons fondés ou même de simples soupçons de blanchiment d'argent ainsi que l'entraide en matière pénale. Les garanties de procédure qui sont accordées en lien avec l'obligation de communication et la procédure pénale qui en résulterait le cas échéant seraient également remises en cause. L'assistance administrative selon la LBA, et notamment des art. 30 à 32 LBA introduits sur la base des recommandations du GAFI, prévaut à titre de réglementation spéciale sur la LFINMA.

Appréciation

En introduisant l'art. 42c LFINMA en complément à l'assistance administrative internationale par la FINMA en vertu des art. 42 ss LFINMA, le législateur a créé une nouvelle base légale pour la transmission d'informations non publiques aux autorités et services étrangers. Si un assujetti ne transmet pas les informations non publiques à l'étranger alors que les conditions d'application de l'art. 42c LFINMA sont réunies, il n'y a pas contournement intentionnel des dispositions sur l'assistance administrative.

Toutefois, tant dans le rapport explicatif (cf. note en bas de la page 5) que dans la circulaire (Cm 10 et 35), l'attention est attirée sur le fait qu'une transmission d'informations aux autorités fiscales et pénales n'est pas autorisée. De plus, l'énoncé de la loi formule déjà expressément qu'en vertu de l'art. 42c al. 1 LFINMA, des informations ne peuvent être transmises qu'à des autorités qui exercent également une fonction de surveillance et qui utilisent ces informations exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers.

Conclusion

Le législateur a délibérément créé une autre voie de transmission directe d'informations que celle de l'assistance administrative internationale. Chacune de ces réglementations a ses propres conditions d'application qui doivent être vérifiées au cas par cas. La loi et la circulaire tiennent toutefois compte du

contournement illicite de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire dans les affaires pénales et fiscales.

3.2.2 Autorités pénales et fiscales (Cm 10, 13)

Prises de position

Dans leur prise de position, Homburger et Zurich attirent l'attention sur le fait que selon le Cm 10, les autorités pénales et fiscales étrangères ne sont pas considérées comme des autorités de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 42c al. 1 LFINMA, tandis que le Cm 13 interdit les transmissions d'informations aux services au sens de l'art. 42c al. 1 LFINMA, lesquels assument *exclusivement* des tâches dans le domaine du droit pénal et fiscal. D'où la demande de suppression du Cm 13.

Appréciation

Le Cm 10 répond à la question de savoir quelles autorités ne sont pas qualifiées d'autorités de surveillance des marchés financiers. Le Cm 13 établit quelles unités ne peuvent pas être considérées comme « d'autres services étrangers chargés de la surveillance » et précise : les services qui opèrent exclusivement (!) dans d'autres domaines que celui du droit des marchés financiers ne constituent pas en toute logique d'autres services étrangers chargés de la surveillance des marchés financiers. Dans le projet de circulaire, le droit pénal et fiscal a été mentionnés comme exemples d'autres domaines juridiques. Le Cm 13 sera complété de l'exemple du droit de la concurrence.

Conclusion

Le Cm 13 précise que les « autres services étrangers chargés de la surveillance » ne peuvent effectivement pas opérer dans le domaine du droit des marchés financiers s'ils sont exclusivement compétents pour d'autres domaines juridiques. Les exemples donnés comme autres domaines juridiques, tels le droit fiscal et pénal, sont complétés par celui du droit de la concurrence, pour plus de clarté.

3.2.3 Autorités et services au sens de l'al. 1 (Cm 12 s.)

Prises de position

L'ASB et UBS demandent qu'au Cm 12, le mot « loi » soit remplacé par « droit ». S'il n'était fait référence qu'aux services qui sont légitimés par une loi étrangère et non en vertu du droit étranger, il en résulterait une interprétation restrictive.

De même, l'expression « par exemple » devrait être supprimée du Cm 13, dans la mesure où, mises à part les autorités pénales et fiscales, aucun autre service dans la circulaire n'est exclu de la transmission d'informations.

Appréciation

Le Cm 12 traite du transfert des compétences nécessaires pour assumer la surveillance des marchés financiers, des autorités de surveillance des marchés financiers à d'autres services étrangers. Outre la délégation de tâches évoquée séparément dans le même chiffre marginal, l'habilitation est suffisante comme légitimation non seulement sous la forme de lois formelles, mais aussi sur la base d'autres normes juridiques.

Au Cm 13, il est précisé que les services qui opèrent exclusivement dans d'autres domaines que celui de la surveillance des marchés financiers – par exemple dans les affaires pénales et fiscales – ne peuvent pas aussi être chargés simultanément de la surveillance des marchés financiers. Le « par exemple » se rapporte donc aux tâches ne relevant pas du droit de la surveillance des marchés financiers et pourrait être élargi au droit de la concurrence ainsi qu'à d'autres domaines juridiques (cf. également à ce sujet le ch. 3.2.2).

Conclusion

Le Cm 12 est formulé de manière plus large afin que l'autorisation du service ne repose plus exclusivement sur le droit formel. Le Cm 13 n'est pas modifié au regard de l'adaptation demandée ici.

3.2.4 Art. 42c al. 1 LFINMA en relation avec l'art. 42 al. 2 LFINMA (Cm 18 ss)

3.2.4.1 Garantie des conditions (Cm 18)

Prises de position

Selon la dernière phrase du Cm 18, les assujettis doivent s'assurer que les conditions de l'art. 42 al. 2 LFINMA sont remplies. Cette formulation est jugée trop large par l'ASB, Swiss Re, UBS et Zurich.

Appréciation

Si un assujetti veut faire usage de son droit de transmission directe selon l'al. 1, il doit au préalable vérifier les conditions légales y afférentes. C'est le sens qu'il faut prêter au fragment de phrase « A cet effet, il convient de s'assurer que ». Ce fragment de phrase ainsi que la citation de l'énoncé légal de l'art. 42 al. 2 LFINMA (Cm 19 et 20) seront supprimés pour prévenir tout malentendu. Il convient naturellement de continuer à respecter les conditions légales.

Conclusion

La circulaire est adaptée. La mention selon laquelle le respect de l'art. 42 al. 2 LFINMA doit être garanti et la reproduction textuelle de la norme sont supprimées. Le renvoi de l'art. 42c al. 1 à l'art. 42 al. 2 LFINMA vaut sans restriction.

3.2.4.2 Autres services chargés de la surveillance, art. 42c al. 1 LFINMA (Cm 20)

Prises de position

L'art. 42c al. 1 LFINMA traite de la transmission d'informations aux autorités de surveillance des marchés financiers et aux autres services chargés de la surveillance. Ces derniers ne sont pas cités par la FINMA aux Cm 20 et 21 de la circulaire et devraient y être ajoutés selon l'ASB et UBS.

Appréciation

Il n'est plus nécessaire de statuer sur cette remarque puisque le Cm 20 qui reprend l'énoncé de la loi sera supprimé (cf. ch. 3.2.4.1 ci-avant).

Conclusion

Le Cm 20 est supprimé.

3.2.4.3 Avis attirant l'attention sur les principes de confidentialité et de spécialité (Cm 29, 32)

Prises de position

Outre les vérifications en matière de spécialité selon l'art. 42c al. 1 let. a en relation avec l'art. 42 al. 2 LFINMA, le Cm 29 exige également des assujettis qu'ils produisent un avis écrit attirant l'attention sur les principes de confidentialité et de spécialité lors de la transmission d'informations. Ce chiffre marginal doit, d'après le Forum-OAR et l'OAR/ASSL, être supprimé car selon le Cm 22, les assujettis peuvent partir du principe que les autorités auxquelles la FINMA a déjà fourni une assistance administrative par le passé respectent le principe de spécialité.

L'ASB note par ailleurs qu'il serait impossible, lors de transmissions d'informations à un référentiel central, d'émettre un avis écrit pour chaque cas particulier. Il faudrait ici s'en tenir à un avis générique unique.

L'exigence (formelle) de la forme écrite (c.-à-d. forme écrite simple selon le CO ou signature électronique) est critiquée par Zurich au vu de l'objectif de transmission rapide des informations. Il devrait au contraire être possible de communiquer un avis par e-mail, voire même de manière orale en cas de transmission d'informations par téléphone.

Appréciation

Il est recommandé aux assujettis, pour circonscrire leurs propres risques, d'émettre un avis écrit attirant l'attention sur les principes de confidentialité et de spécialité. La communication d'un tel avis, parallèlement à l'examen préalable portant sur le respect de l'art. 42 al. 2 LFINMA correspond à la procédure courante de la FINMA et des autres autorités de surveillance des marchés financiers en matière d'assistance administrative internationale.

Les transmissions d'informations à un référentiel central n'interviennent en principe pas aux conditions de l'al. 1, mais selon celles de l'al. 2 (cf. Cm 32). Dans ces cas, les principes de confidentialité et de spécialité importent peu et l'avis écrit correspondant n'est donc pas nécessaire.

La FINMA partage le point de vue des assujettis sur le fait que l'avis doit aussi pouvoir revêtir la forme d'un e-mail. Le Cm 29 sera donc adapté en ce sens. Un avis uniquement oral n'est toutefois pas considéré comme suffisant : d'une part, en cas de litige, ce ne serait pas satisfaisant pour les assujettis car il est en général difficile de déterminer a posteriori si l'avis a bien été émis et sur quelles informations il portait. D'autre part, il n'y a aucune nécessité de transmettre un avis sous une forme uniquement orale dans la mesure où une transmission d'informations de manière exclusivement orale sera plutôt rare et même si cela devait arriver, ce serait vraiment exceptionnel que la possibilité ou le temps fassent défaut pour envoyer l'avis en question par voie électronique à l'autorité de surveillance des marchés financiers ou à l'organe chargé de la surveillance à l'étranger.

Conclusion

Le Cm 22 est conservé car l'examen des principes de confidentialité et de spécialité avant la transmission d'informations ne peut pas remplacer l'avis portant sur le respect de ces derniers lors de la transmission effective des informations et après cette dernière.

Il est précisé au Cm 29 que l'avis peut également être transmis par e-mail ou par fax.

3.2.4.4 Défaut de confidentialité (Cm 26)

Prises de position

Le Forum-OAR, l'OAR/ASSL ainsi que Raiffeisen formulent la demande de voir mentionner aux Cm 26 s. de la circulaire des exemples concrets d'avis portant sur un défaut de confidentialité et de mise en œuvre de clarifications supplémentaires et de mesures de précaution. Homburger cite le renseignement donné par un avocat local comme autre exemple pour garantir la confidentialité et la spécialité.

A propos de la garantie de la confidentialité et de la spécialité au moyen d'une confirmation sous forme écrite (Cm 27), Swiss Re note que le terme d'engagement – en raison également de sa définition divergente dans chaque ordre juridique – serait flou et qu'il faudrait lui préférer le terme de « confirmation ».

Appréciation

Le terme « engagement » employé au Cm 27 sera remplacé par « confirmation ». La phrase suivante sera adaptée en ce sens qu'il ne sera plus question de "certitude quant au respect des principes de confidentialité et de spécialité" mais de savoir si malgré les clarifications et les mesures de précautions prises des doutes subsistent quant au respect desdits principes.

Outre la confirmation écrite, le renseignement écrit d'un avocat local spécialisé en droit des marchés financiers ou d'un cabinet d'avocats actif au niveau international sera mentionné comme autre exemple.

La publication d'informations confidentielles dans la presse sera citée comme exemple d'indice concret d'un défaut de confidentialité.

Conclusion

Comme demandé, le terme d'engagement est remplacé au Cm 27 par celui de confirmation. Ce qui est décisif pour confirmer l'admissibilité de la transmission, est le fait qu'aucun doute ne subsiste quant au respect de l'art. 42 al. 2 LFINMA. Parallèlement, un exemple de garantie de la spécialité et de la confidentialité et un exemple d'un indice de défaut de confidentialité sont ajoutés.

3.2.4.5 Liste de la FINMA (Cm 21 ss)

Prises de position

Un pan des participants à l'audition exprime leur préoccupation quant au contenu et à la fonction de la liste des autorités sur la base de laquelle les assujettis peuvent partir du principe que les conditions de l'art. 42 al. 2 LFINMA sont remplies.

Pour l'ASB, la raison pour laquelle les assujettis, et non la FINMA, doivent procéder aux clarifications concernant les autorités qui ne figurent pas sur la liste n'est pas claire puisque ces dernières devraient être signalées à la FINMA a posteriori et, le cas échéant, ajoutées sur la liste ; les Cm 24 à 29 devraient être supprimés.

Les associations de branche telles que les représentants du secteur des banques et des assurances sont d'avis que la liste de la FINMA devrait revêtir plus que la seule fonction d'indice. Les assujettis devraient pouvoir se fier au fait que les autorités portées sur la liste ont la compétence pour recevoir l'assistance administrative tant que, et dans la mesure où, rien n'indiquant le contraire n'a été signalé dans un cas particulier. Elles se réfèrent en l'occurrence à une liste publiée par le PFPDT qui mentionne les pays disposant d'un niveau adéquat de protection des données au sens de l'art. 6 al. 1 LPD³.

L'ASB et UBS notent que ne pas se fier à la liste de la FINMA revient à mettre en doute l'évaluation faite par la FINMA de la compétence à recevoir l'assistance administrative.

Selon l'ASB, la liste devrait mentionner, en plus des autorités de surveillance des marchés financiers, d'autres autorités et services avec lesquels les assujettis échangent régulièrement des informations.

L'ASB et UBS partagent l'avis qu'il faudrait préciser que les autorités étrangères exerçant une fonction de surveillance en vertu du droit des marchés financiers sont compétentes par principe pour recevoir

³ De plus amples détails sur la fonction et le contenu de la liste figurent dans la publication du PFPDT « Explications relatives à la communication de données personnelles à l'étranger suite à la révision de la loi fédérale sur la protection des données ».

l'assistance administrative dès lors que l'autorité ou le pays concerné ne figurent pas sur les listes de sanction de l'ONU ou d'une autre organisation supranationale.

L'OAR-Fiduciaire Suisse invite la FINMA à mettre également à disposition une liste négative où seraient mentionnés les pays, respectivement autorités ou services auxquels il ne faudrait en aucun cas transmettre d'informations. Il serait impensable que des établissements de droit privé aient une obligation de fournir des renseignements plus extensive que celle de la FINMA dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative alors qu'elle peut, comme chacun sait, s'opposer à la transmission des informations.

Appréciation

La FINMA est consciente de la tâche ambitieuse que le législateur a réservée aux assujettis à l'art. 42c al. 1 en relation avec l'art. 42 al. 2 LFINMA s'agissant des clarifications relatives à la spécialité et à la confidentialité. C'est pourquoi, avec cette liste, elle propose aux assujettis un outil qui, dans de nombreux cas, les déchargera dans une large mesure des clarifications qui leur incombent. La présence d'une autorité sur cette liste établit la présomption selon laquelle les conditions de spécialité et de confidentialité sont réunies (cf. Cm 22). Les assujettis peuvent donc se fier à cette liste tant qu'il n'y a pas, dans le cas concret, d'indices contraires qui viendraient contredire cette présomption. Ce point est par ailleurs également consigné au ch. 4.2.3 du rapport explicatif. De ce fait, des vérifications par des cabinets d'avocats externes ne sont nécessaires que dans des cas exceptionnels.

En publiant cette liste en faveur des assujettis, la FINMA fait usage de ses prérogatives dans une proportion qui lui semble raisonnable.

Cette liste peut exclusivement comprendre des autorités de surveillance des marchés financiers puisque la FINMA ne peut, en matière de confidentialité et de spécialité, se fonder que sur des valeurs empiriques. En vertu de l'art. 42 al. 2 LFINMA, la FINMA elle-même est autorisée à fournir une assistance administrative exclusivement à des autorités de surveillance des marchés financiers.

Si un assujetti prévoit de transmettre des informations à une autorité des marchés financiers qui ne figure pas sur la liste et le communique à la FINMA, la FINMA n'ajoute pas pour autant l'autorité ou le service en question sur la liste. La FINMA n'élargit cette dernière que sur la base de son seul examen en matière de confidentialité et de spécialité. Il reste toutefois à l'appréciation des associations de branche de procéder aux vérifications pour leurs membres et d'établir une liste correspondante des autres autorités et, à plus forte raison, des autres services étrangers chargés de la surveillance.

Lors de l'examen de la confidentialité et de la spécialité pour les autorités de surveillance des marchés financiers ou services qui ne figurent pas sur la liste, on peut en règle générale s'appuyer sur le droit national concerné. Les établissements qui entendent opérer dans le champ de surveillance d'une autorité étrangère ne peuvent de toute façon pas s'en écarter. Ainsi, si le droit national prévoit un secret de fonction et la condition de spécialité, on peut partir du principe que les conditions d'application de l'art. 42 al. 2 LFINMA sont fondamentalement remplies, pour autant qu'il n'y a pas d'indices contraires. Le fait qu'une autorité de surveillance des marchés financiers est signataire A du MMoU de l'AICA ou

du MMoU de l'OICV peut être évalué comme un indice positif dans le cadre de l'examen de la confidentialité et de la spécialité.

La FINMA ne publiera pas de liste négative. L'art. 42c LFINMA n'institue pas une obligation de renseigner vis-à-vis des autorités et services étrangers ; par ailleurs, les assujettis sont tenus, en cas de doute, de renoncer à la transmission d'informations (Cm 27) et d'informer la FINMA (Cm 28).

Si, au cours de sa propre pratique d'assistance administrative, la FINMA a connaissance d'indices univoques voire de décisions de justice qui contreviennent au respect des principes de confidentialité ou de spécialité, elle en informera l'assujetti à la suite de sa communication.

Conclusion

Les assujettis peuvent en principe se fier au fait que les autorités de surveillance des marchés financiers mentionnées sur la liste remplissent les conditions de spécialité et de confidentialité selon l'art. 42 al. 2 LFINMA tant qu'il n'y a pas d'indices indiquant le contraire. Aucune liste négative n'est publiée.

3.3 Relation de l'art. 42c al. 1 à l'art. 42c al. 2 LFINMA (Cm 32 s.)

Prises de position

Le rapport de l'art. 42c al. 1 à l'al. 2 LFINMA est expliqué en détail notamment dans la note 5 figurant à la page 11 du rapport explicatif. Le Forum-OAR, l'OAR/ASSL ainsi que l'OAR-ASA demandent de reprendre dans la circulaire les explications placées en note. Swiss Re propose une formulation de l'ajout pouvant être introduit dans la circulaire.

L'ASB et UBS critiquent fondamentalement dans leur prise de position la conception qu'a la FINMA du rapport des deux alinéas entre eux. L'al. 2 régirait un autre cas que l'al. 1 et ne serait pas subsidiaire à ce dernier. L'al. 2 élargirait le champ d'application aux transmissions d'informations à d'autres services que les autorités de surveillance des marchés financiers, mais n'exclurait pas son application aux autorités de surveillance des marchés financiers, ce que reconnaît la FINMA au Cm 35. En pratique, il est souvent difficile de savoir si une transmission d'informations selon l'al. 1 est admise ou non. Il devrait être possible de s'appuyer sur le deuxième alinéa en cas de doute ou lorsque ses conditions d'application sont réunies. Si, dans un cas précis, une transmission d'informations était possible en vertu de l'al. 1 et de l'al. 2, les conditions du second alinéa seraient applicables, et non celles plus restrictives de l'al. 1. Lorsqu'il s'agit d'informations relatives aux relations commerciales avec un client, notamment, l'application de l'al. 2 pourrait se poser comme alternative. Il existerait ainsi une sorte de droit à choisir sous quel alinéa la transmission d'informations sera subsumée, et ce, indépendamment du fait que le destinataire soit ou non une autorité de surveillance des marchés financiers.

Homburger et Zurich demandent que le Cm 33 soit adapté sur le plan linguistique pour préciser qu'il n'en va pas de la possibilité, mais de l'admissibilité d'une transmission d'informations fondée sur l'al. 1.

Appréciation

La FINMA accède à la demande des assujettis de reprendre dans la circulaire la clarification donnée dans le rapport explicatif sur la relation entre l'al. 1 et l'al. 2. Pour cette raison, la circulaire sera adaptée sur la base de la proposition de Swiss Re.

Il ne sera pas donné suite au souhait des autres assujettis d'interpréter l'al. 2 comme une disposition subsidiaire à l'al. 1 pour les raisons suivantes :

Il découle de l'origine de l'art. 42c LFINMA que l'al. 1 règle le cas standard de la transmission directe d'informations : la transmission d'informations non publiques à des autorités de surveillance des marchés financiers étrangères qui ont besoin de ces informations dans l'exercice de leur activité de surveillance.

L'al. 2 a été introduit seulement après coup et relativement tard dans le processus législatif. Et ce, avec le souci que les transmissions d'informations à des autorités de surveillance des marchés financiers dans d'autres buts que la surveillance des marchés financiers ou à d'autres autorités ou services n'étaient pas couvertes par l'al. 1.

Comme déjà évoqué au ch. 4.3.1 du rapport explicatif, les conditions d'une transmission d'informations à des autorités de surveillance des marchés financiers étrangères découlent de l'al. 1, à moins que l'autorité de surveillance des marchés financiers n'agisse pas dans la fonction qui lui est dévolue par le droit de la surveillance des marchés financiers. Si le destinataire des informations dispose bien des compétences d'une autorité de surveillance des marchés financiers, mais que les informations ne servent pas à l'application du droit des marchés financiers car l'autorité ou le service les utilise pour une autre fonction, l'art. 42c al. 2 LFIMNA s'applique. Le fait que le législateur renvoie à l'art. 42 al. 2 LFIMNA dans l'al. 1, mais pas dans l'al. 2, indique également qu'il n'y a pas de droit à choisir entre les bases juridiques fondant la transmission d'informations puisque les alinéas sont basés sur des conditions fondamentalement différentes. Selon l'avis formulé par les participants à l'audition, toutes les transmissions d'informations devraient en outre être subsumées sous l'al. 2 dès lors que les informations non publiques entretiennent au moins un rapport indirect avec les opérations de leurs assujettis ou de leurs clients. Des exemples relevant du champ d'application de l'al. 1 qui subsisteraient alors n'ont pas été donnés et ne sont envisageables – si faire se peut – que dans des cas exceptionnels.

Conclusion

Les deux premiers alinéas de l'art. 42c LFINMA régissent différentes constellations de cas. L'al. 2 n'est pas applicable lorsque les informations sont transmises à une autorité de surveillance des marchés financiers ou à un service mandaté par celle-ci en vue de l'exécution des lois sur les marchés financiers.

Les commentaires du rapport explicatif concernant la relation entre l'al. 1 et l'al. 2 sont intégrés à la circulaire. Le Cm 33 fait l'objet d'une précision linguistique comme demandé.

3.4 Art. 42c al. 2 LFINMA

3.4.1 Services mandatés par des autorités étrangères (Cm 36)

Prise de position

L'ASB demande que les sociétés cotées figurent également dans l'énumération des possibles services mandatés par les autorités étrangères (Cm 36), aux côtés des autres exemples déjà cités. Des obligations d'annoncer peuvent exister vis-à-vis de ces sociétés cotées, à l'instar de la *Hongkong Identity Rule*. La violation de ces obligations de renseigner peut être à l'origine de lourdes sanctions.

Appréciation

L'art. 42c LFINMA a été intégré dans la loi afin de permettre aux assujettis de remplir leurs obligations d'annoncer. Au nombre de ces dernières, on peut aussi trouver la nécessité d'identifier les actionnaires et les ayants droit économiques vis-à-vis des sociétés cotées.

Conclusion

Le Cm 36 est enrichi de l'exemple des sociétés dont les titres de participation sont cotés.

3.4.2 Pas de transmission d'informations aux autorités pénales ou fiscales, transmission d'informations aux autorités de surveillance des marchés financiers (Cm 35)

Prises de position

UBS suggère de supprimer la deuxième phrase du Cm 35, en vertu de laquelle les transmissions d'informations aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers relèvent habituellement de l'al. 1. L'alinéa 2 serait applicable à titre alternatif notamment dans les cas portant sur les opérations des clients et ce, indépendamment du fait que le destinataire est une autorité de surveillance des marchés financiers ou non.

L'interdiction de transmettre des informations à des autorités fiscales et pénales étrangères qui fait l'objet de la première phrase du Cm 35, devrait, selon l'ASB, être expressément limitée aux transmissions « directes » aux autorités fiscales et pénales « dans le cadre de procédures d'assistance administrative et d'entraide judiciaire ».

Appréciation

Selon l'interprétation littérale, la transmission de l'ensemble des informations non publiques à toutes les autorités et tous les autres services étrangers est autorisée en vertu de l'art. 42c al. 2 LFINMA dès lors que (1) les informations ont un rapport quel qu'il soit avec les opérations des banques et de leurs clients – ce qui sera presque toujours le cas – et (2) que les droits des clients et des tiers sont garantis. D'après cette conception, les normes du droit de l'entraide judiciaire et de l'assistance administrative sont

obsolètes. La FINMA exclut que le législateur ait voulu intervenir de la sorte dans l'ordre juridique en introduisant très rapidement un alinéa et ce seulement après la rédaction du message. Au contraire, il convient de se tenir à une interprétation téléologique de l'art. 42c al. 2 LFINMA et limiter son champ d'application de sorte qu'il ne conduise pas à un contournement de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire dans les domaines fiscal et pénal. Cela vaut aussi et à plus forte raison lorsqu'aucune procédure formelle d'assistance administrative ou d'entraide judiciaire n'a (encore) été ouverte.

Conclusion

L'art. 42c al. 1 et 2 LFINMA n'autorise pas la transmission d'informations aux autorités fiscales et pénales, et ce indépendamment du fait qu'une procédure formelle d'assistance administrative ou d'entraide judiciaire ait déjà été ouverte ou non.

3.4.3 Transaction ou opération (Cm 39)

Prises de position

Homburger, l'ASB, UBS, Raiffeisen et Zurich critiquent le fait que l'interprétation de la notion d'opération au sens de transaction ne serait pas conciliable avec l'énoncé de la loi, autrement dit que son interprétation serait trop étroite. La FINMA n'aurait pas la compétence pour limiter à ce point le champ d'application.

Selon Swiss Re, il ne serait pas évident de savoir si les transactions financières telles que dérivés, *securities lending* et repo, qui sont conclues entre les assujettis et des clients (par ex. auprès des banques ou des négociants en valeurs mobilières) ou des contreparties (externes ou sociétés du groupe) sont également concernées.

Les prises de position font état de constellations de cas soumis à communication selon le droit étranger qui, d'après l'ASB et UBS, ne pourraient pas être subsumées sous la notion de transaction et ne permettraient donc, selon la circulaire, aucune transmission d'informations en vertu de l'art. 42c LFINMA. Sans transmission d'informations, le risque réside toutefois dans l'impossibilité de conclure l'opération ou dans une peine pécuniaire et/ou privative de liberté pour violation de l'obligation de renseigner.

Appréciation

La FINMA part du principe que le législateur entendait régler en premier lieu le cas d'application le plus fréquent de l'al. 2, celui de la transaction. Les prises de position montrent toutefois que la notion de « transaction » ne sert pas, dans la mesure requise, à délimiter clairement les transmissions d'informations autorisées de celles qui ne le sont pas dans le cadre de l'art. 42c al. 2 LFINMA. Pour cette raison et pour ne pas limiter sans raison impérative l'énoncé de la loi, « transaction » sera remplacée dans la circulaire par « opération ». La circulaire précise au Cm 39 ce qu'il faut entendre par « opérations », soit celles que l'assujetti effectue (1) dans le cadre de l'activité commerciale pour laquelle il a obtenu une autorisation et (2) habituellement.

Conclusion

Conformément à l'énoncé de la loi, la circulaire opte pour « opérations ». Par opérations, on entend uniquement les activités et services autorisés qui sont habituellement fournis dans le cadre de l'autorisation.

3.4.4 Rapport direct (Cm 39)

Prises de position

Homburger et Zurich critiquent le fait que les opérations selon le Cm 41 devraient être en rapport direct avec les transactions et recommandent de supprimer purement et simplement le mot « direct ».

Appréciation

La transmission d'informations doit naturellement avoir lieu sur la base d'une opération. Il faut tenir compte de cette dernière lorsqu'il y a un rapport, mais pas nécessairement un rapport direct, avec la transmission d'informations.

Conclusion

La demande est acceptée et le Cm 39 adapté pour préciser qu'il faut qu'il y ait un rapport, et non un rapport direct, entre l'opération et l'information.

3.4.5 Nécessité absolue (Cm 40)

Prises de position

OAD FCT souhaite que seule une information indispensable à l'autorité puisse être transmise en vertu de l'art. 42c LFINMA. D'autres participants à l'audition critiquent le fait que selon le Cm 40, l'information doive être « absolument indispensable pour la réalisation de la transaction, selon le droit étranger applicable ». L'adaptation proposée serait que l'information doive être immédiatement (et non plus absolument) indispensable selon le droit étranger applicable. Zurich suggère de renoncer totalement à cette restriction, ne serait-ce que parce qu'il ne serait pas possible aux assujettis, ou seulement moyennant une charge considérable, d'établir si une nécessité étrangère est d'une nécessité absolue. L'ASB explique aussi, exemples concrets à l'appui, que la menace de conséquences massives plane même en cas de violation des obligations en dehors du droit impératif.

Appréciation

L'information doit être nécessaire à la réalisation de l'opération selon le droit applicable. Le Cm 40 du projet sera adapté en conséquence. Dans ce contexte, nécessaire ne signifie pas seulement que sans la transmission de l'information l'opération ne peut pas être réalisée ou conclue valablement. Une

information est déjà et aussi nécessaire à une opération si, sans sa transmission, une norme est violée et/ou des sanctions imminentes.

Il est décisif que la nécessité de la transmission d'informations ne relève pas de l'appréciation des assujettis.

Conclusion

En vertu de la circulaire, la transmission de l'information doit être nécessaire pour la réalisation de l'opération, et non plus absolument nécessaire.

3.4.6 Approbation et réalisation (Cm 40, 41)

Prises de position

Selon le Forum-OAR, le Cm 41 devrait être complété en ce sens que non seulement la réalisation mais aussi l'approbation des transactions soit expressément citée. Swiss Re note qu'il faudrait mentionner aussi le *reporting*, en plus de l'approbation et de la réalisation.

Appréciation

La circulaire ne se réfère plus à la réalisation, mais à la mise en œuvre d'une opération. Cette formulation inclut ainsi également la réalisation et le *reporting*, en plus de l'approbation.

Conclusion

Au Cm 41, « réalisation » est remplacée par « mise en œuvre » de l'opération. Ainsi, ce sont aussi bien l'approbation que la réalisation et le *reporting* qui sont visés.

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

3.5.1 Faits importants, l'art. 42c al. 3 en relation avec l'art. 29 al. 2 LFINMA (Cm 43 ss)

Prises de position

Concernant la concrétisation de l'expression « faits importants » aux Cm 43 ss, Homburger, Swiss Re, UBS et Zurich font observer que l'interprétation des faits importants dans le cadre des art. 42c al. 3 et art. 29 al. 2 LFINMA ne devrait pas différer. Il en irait aussi de l'intérêt de l'unité de l'ordre juridique. Selon l'ASB, il ne pourrait donc y avoir une déclaration à la FINMA selon l'art. 42c al. 3 LFINMA que si une déclaration devait déjà intervenir en vertu de l'art. 29 al. 2 LFINMA, bien que, de l'avis de Zurich, il faudrait préciser au Cm 44 à des fins de meilleure compréhension qu'il s'agit ici d'une obligation d'informer « vis-à-vis de la FINMA ».

Conformément au message relatif à l'art. 29 al. 2 LFINMA, on ne serait en présence de faits importants que s'il s'agit « de graves problèmes de trésorerie, de personnel ou d'organisation, de difficultés avec des autorités étrangères ou de changements de stratégie qui ont essentiellement des effets sur les risques d'un assujetti ». Le projet de circulaire irait cependant au-delà de ces cas, selon Homburger et Zurich.

Il est suggéré de tenir, parallèlement à la circulaire, une liste périodiquement actualisée d'exemples de la pratique concernant les faits soumis à l'obligation de déclarer, par exemple par le biais de *frequently asked questions* ou d'une publication présentant la même souplesse. Cela permettrait, selon l'ASB et Swiss Re, de faire des adaptations au fur et à mesure, sans qu'il ne faille toujours réviser aussitôt la circulaire elle-même.

Zurich indique que la transmission directe d'informations par les assujettis devrait constituer la règle conformément à la volonté du législateur, alors qu'une réserve de la FINMA selon l'art. 42c al. 3 ne serait que l'exception.

Swiss Re demande par ailleurs de préciser que la qualité de faits importants devrait être appréciée à la date de la transmission d'informations.

Le Forum-OAR et l'OAR/ASSL critiquent le fait que l'énoncé légal de l'art. 42c al. 3 LFINMA s'appuie sur la communication de faits importants, c'est-à-dire sur des événements, et non, comme prévu dans le projet de circulaire, également sur les faits importants en eux-mêmes.

Appréciation

Il est rappelé que l'art. 42c al. 3 LFINMA institue une obligation de déclaration, et non une réserve comme l'exprime un participant à l'audition. L'apport d'une réserve de la voie de l'assistance administrative par la FINMA est régi à l'al. 4 et est indépendant de l'obligation de déclaration selon l'al. 3. En d'autres termes : lorsque des faits sont soumis à l'obligation de déclarer selon l'al. 3, cela ne signifie pas automatiquement que la FINMA réserve la voie de l'assistance administrative pour la transmission d'informations. Inversement, il n'est pas uniquement fait usage de la réserve de la voie de l'assistance administrative pour les faits soumis à l'obligation de déclarer. Toutefois, la voie de l'assistance administrative entre en principe en ligne de compte seulement dans les cas régis par l'art. 42c al. 1 LFINMA, soit dans lesquels elle serait au moins formellement autorisée.

Le point essentiel de l'art. 29 al. 2 LFINMA est la qualité de faits importants pour la surveillance qui n'est pas plus détaillée dans la loi. Par conséquent, il faut déterminer dans chaque cas concret quels faits sont importants. La circulaire procède à cette détermination en lien avec la transmission d'informations non publiques à l'étranger. Elle indique à titre d'exemple les informations dont la transmission doit nécessairement être portée à la connaissance de la FINMA afin qu'elle puisse assumer sa fonction de surveillance, notamment en sa qualité de *home regulator*.

Par l'art. 29 al. 2 LFINMA, le législateur entendait instituer une obligation de déclarer à la FINMA pour les cas qui n'auraient pas été traités, ou seulement tardivement, lors de rapports réguliers et dans lesquels la FINMA doit avoir la possibilité de réagir immédiatement.

Du point de vue de la FINMA, la circulaire donne un nombre suffisant d'exemples de cas issus de la pratique concernant des faits soumis ou non à déclaration.

La communication de faits importants, dans le cadre de l'activité de surveillance de la FINMA, comporte en fin de compte deux aspects : l'un relatif au processus de transmission d'informations en lui-même et l'autre à la teneur même de l'information. En effet, pour garantir le bon fonctionnement de la FINMA dans son rôle de surveillance, il ne peut être fait abstraction de la teneur des faits importants devant être communiqués à l'étranger.

L'évaluation concernant la qualification d'une transmission d'informations comme soumise ou non à déclaration n'aura pas lieu ex post. Ce sera inscrit explicitement dans la circulaire.

Conclusion

L'art. 29 al. 2 LFINMA retient le critère de l'importance pour la surveillance. En lien avec l'art. 42c LFINMA, c'est le fait important de la transmission d'informations en elle-même ou les faits importants que contiennent les informations à transmettre qui sont décisifs pour l'activité de surveillance de la FINMA.

3.5.2 Marche à suivre dans le cadre de l'art. 42c al. 3 LFINMA (Cm 67 ss)

Prises de position

Les assujettis apportent de nombreuses suggestions concernant la marche à suivre pour les déclarations en vertu de l'art. 42c al. 3 LFINMA.

L'Association de banques privées suisses considère que le délai de cinq jours est trop long. De plus, pour Raiffeisen, il ne ressort pas clairement du texte si le délai doit être calculé en jours calendaires ou en jours ouvrables bancaires.

Différents participants à l'audition demandent que la transmission d'informations soit admise également sans retour de la FINMA, en particulier lorsque le délai de cinq jours est échu, selon les prises de position de Homburger et de Zurich, ou s'il ressort des documents que la transmission d'informations est exigée avant l'expiration du délai de cinq jours, selon l'ASB et UBS. Homburger fait valoir que cela déboucherait sur une insécurité juridique intolérable pour les assujettis en raison de la durée indéfinie du délai et qu'une interdiction de transmission d'informations avant l'obtention de la réponse de la FINMA n'est par ailleurs pas couverte par l'énoncé de la loi.

L'Association de banques privées suisses demande une simplification de la marche à suivre et une adresse de réception centralisée. L'ASB et UBS demandent, quant à elles, que la marche à suivre soit concrétisée pour les cas suivants : a) la FINMA ne se prononce pas dans le délai de cinq jours ou prolonge le délai de cinq jours en raison de la complexité du cas ou b) l'assujetti doit réagir dans les 24 heures. Parallèlement, il faudrait préciser dans la circulaire que la FINMA communiquerait elle-même à l'autorité de surveillance étrangère tout prolongement de la durée du délai de réponse de sa part.

Swiss Re soulève la question des modalités selon lesquelles l'évaluation des possibles conséquences et risques devra intervenir concernant les transmissions d'informations dans les cas urgents.

Appréciation

En réglant dans la circulaire la marche à suivre relative aux déclarations, la FINMA crée justement de la sécurité juridique. Les assujettis, tout comme l'autorité ou le service étrangers, ont connaissance de la date butoir à laquelle la réponse doit intervenir. L'alternative consisterait à renoncer à tout délai. Cela aurait un effet indésirable pour toutes les parties puisque l'insécurité juridique temporaire qui prévaut jusqu'à la réponse serait prolongée pour une durée indéterminée au lieu d'être limitée à la date butoir. Dans la majorité des cas, la réponse aura lieu dans le délai de cinq jours. Seuls dans des cas isolés et dans l'intérêt des assujettis, la FINMA se réserve le droit de prolonger le délai afin de lui permettre de ne pas devoir réserver dans la précipitation la voie de l'assistance administrative. La circulaire règle la procédure standard. L'urgence sera notamment donnée lorsque la nécessité de la transmission rapide d'informations n'était pas prévisible et que l'assujetti doit réagir à une demande à très bref délai, c'est-à-dire dans les 24 heures. La FINMA passera outre toute bureaucratie pour traiter ces cas particuliers. Que les exigences pour une déclaration dans ce type de cas soient moindres tient à la nature même de l'affaire.

Une fiction d'approbation telle que l'exigent certains participants à l'audition lorsque la réponse n'intervient pas dans le délai serait contraire au but de l'al. 3. La déclaration a pour but de vérifier une transmission d'informations prévue et, le cas échéant, de l'assortir d'une réserve de la voie de l'assistance administrative. Ceci n'est possible que si la transmission d'informations n'a pas encore eu lieu. Les prises de position montrent en outre que les conceptions divergent quant au moment où le délai commence à courir. Pour cette raison, la FINMA précise désormais dans la circulaire, après l'avoir déjà fait dans le rapport explicatif, que la réception de la déclaration par la FINMA est décisive et marque le début du délai. La date de réception de la requête d'une autorité étrangère par l'assujetti ne l'est par exemple pas. Il est également précisé que la déclaration doit être adressée à la personne compétente pour l'assujetti au sein de la FINMA. Enfin, l'assujetti peut lui-même communiquer une éventuelle prolongation du délai de cinq jours à l'autorité ou au service étrangers compétents.

La déclaration, laquelle doit être explicitement décrite comme telle, verra par ailleurs son contenu être précisé dans la circulaire: en présence d'une quantité substantielle d'informations, il est possible, en concertation avec la FINMA, de ne joindre qu'une description des données correspondantes au lieu de transmettre les documents eux-mêmes.

Conclusion

La concrétisation de la procédure de déclaration crée de la sécurité juridique pour les assujettis.

La déclaration doit être adressée à l'interlocuteur compétent pour l'assujetti au sein de la FINMA.

L'assujetti ne peut pas considérer qu'il y a approbation tacite lorsqu'il n'a pas reçu de réponse à la date qu'il aura communiquée ou après l'expiration du délai. Le délai de cinq jours commence à courir à réception de la déclaration par la FINMA.

Si la FINMA prolonge exceptionnellement le délai de cinq jours, l'assujetti peut le communiquer à l'autorité ou au service étrangers.

Si les informations à transmettre représentent un gros volume, en concertation avec la FINMA, seul un résumé des documents peut être transmis au lieu de ceux-ci.

3.5.3 Exemples de faits soumis ou non soumis à l'obligation de déclaration (Cm 43 ss)

Les participants à l'audition saluent les précisions concernant l'obligation de déclaration apportées par les exemples. L'ASB demande davantage de clarté, en plaidant pour un degré de précision accru.

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

Prises de position

L'ASB, Swiss Re, UBS ainsi que l'Association de banques privées suisses se prononcent en faveur de la suppression du Cm 47. La seule absence de la liste de la FINMA ne peut pas conduire à une obligation de déclaration et contredit la logique de la circulaire.

Appréciation

L'obligation de déclaration selon le Cm 47 concerne exclusivement les transmissions d'informations aux autorités de surveillance des marchés financiers visées à l'al. 1. Elle concerne donc les transmissions d'informations non publiques pour l'exécution du droit des marchés financiers à une autorité à laquelle la FINMA elle-même n'a encore jamais fourni, au cours de sa longue pratique, une assistance administrative soit parce qu'aucune requête en ce sens n'avait été reçue, soit parce que les conditions de l'assistance administrative n'étaient pas données. Afin de pouvoir remplir ses tâches de surveillance, il est important que la FINMA ait connaissance du projet de transmission d'informations par un assujetti à une autorité de la sorte. La FINMA peut ainsi intervenir lorsqu'elle a, sur la base de sa propre expérience, des doutes fondés concernant la capacité à recevoir l'assistance administrative de l'autorité étrangère. C'est pourquoi le Cm 47 ne sera pas supprimé, contrairement à la demande exprimée.

Conclusion

Le Cm 47 n'est pas supprimé et n'est pas adapté.

3.5.3.2 Caractère indispensable et proportionnalité (Cm 48)

Prises de position

L'ASB et UBS demandent que le Cm 48 soit supprimé. Swiss Re exige que ce chiffre marginal soit au moins précisé. L'Association de banques privées suisses donne à réfléchir sur le fait que, d'après la formulation du projet, il faudrait obtenir l'avis de la FINMA pour chaque cas. L'ASB note en outre que si une information n'est pas requise ou que la proportionnalité n'est pas garantie, la transmission

d'informations serait d'ailleurs *per se* déjà illicite selon l'art. 42c al. 1 LFINMA. UBS attire l'attention sur le fait que seule l'autorité étrangère pourrait déterminer quelles informations seraient nécessaires pour atteindre le but.

Appréciation

Le Cm 48 vise les cas dans lesquels l'assujetti, de son propre avis, a l'impression de se voir manifestement demander plus d'informations que cela n'est nécessaire aux fins évoquées dans le cas concret ou qu'il y a une violation manifeste du principe de proportionnalité. Les cas limites dans lesquels seule l'autorité étrangère peut évaluer si la nécessité et/ou la proportionnalité sont garanties ne doivent pas conduire à une obligation de déclaration. Le chiffre marginal sera adapté en conséquence.

Quant aux précisions requises, les nombreux cas de figure possibles ne permettent pas de donner une description plus détaillée et valable au niveau général des principes de nécessité et de proportionnalité. Ce sont donc les principes généraux du droit administratif qui s'appliquent.

Conclusion

Le Cm 48 est conservé et limité aux cas dans lesquels l'information n'est manifestement pas nécessaire à la réalisation du but dont s'est prévalu l'autorité requérante ou dans lesquels l'étendue des informations demandées n'est manifestement pas conforme au principe de proportionnalité.

3.5.3.3 Investigations préliminaires et procédures étrangères (Cm 49)

Prises de position

L'ASB demande la suppression du Cm 49 car les notions juridiques de « procédures » et « procédures préliminaires » seraient utilisées dans le monde entier avec un sens différent et ne se prêteraient donc pas à une délimitation. Toutefois, si l'on s'en tenait aux notions ainsi qu'aux explications du chiffre marginal, il faudrait au moins circonscrire les faits susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'assistance administrative ou d'entraide judiciaire du point de vue de la Suisse.

Par ailleurs, il est avancé que pratiquement n'importe quelles informations et données pourraient conduire à l'ouverture d'une procédure. Selon l'Association de banques privées suisses, il faudrait presque avoir des dons de voyance pour savoir que les informations ne serviront jamais à des investigations préliminaires qui pourraient se solder par des sanctions. Zurich fait observer qu'il ne serait pas possible d'exclure que l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers estime qu'une information comporte une violation de la loi dont l'assujetti n'a pas connaissance à la date du transfert. Le Cm 49 serait donc à limiter aux cas qui, d'après Zurich et de manière similaire pour Homburger, pourraient conduire « selon une forte probabilité, du fait des expériences à ce sujet ou d'une évaluation réaliste, à des sanctions » à l'encontre de l'assujetti.

UBS note de plus qu'il n'y aurait pas d'obligation de dénonciation spontanée dans le cadre de l'art. 29 al. 2 LFINMA, cette dernière n'existant que dans les cas régis par l'art. 27 al. 3 LFINMA. Par

conséquent, l'obligation de déclaration visée au Cm 49 devrait elle aussi être limitée aux faits pour lesquels il y aurait un risque de sanctions significatives.

Appréciation

Les notions d'« investigations préliminaires » (et non procédures préliminaires) et de « procédures » mentionnées en relation avec la limitation y afférente et qui peuvent donner lieu à des sanctions décrivent avec suffisamment de précision quels cas sont visés. La compréhension suisse des termes doit être appliquée par analogie à la procédure étrangère.

Concernant la critique selon laquelle il ne serait pas possible de prévoir si, du point de vue de l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers, une information comporterait éventuellement une infraction, il est renvoyé au nouveau chiffre marginal de la circulaire (cf. ch. 3.5.1 ci-avant). Conformément à ce dernier, l'évaluation de la conformité au droit d'une transmission d'informations selon l'art. 42c FINMA ne peut justement pas faire l'objet d'une considération ex post, mais doit être faite à la date de la transmission d'informations. Comme l'expression « devant servir » le laisse entendre, le chiffre marginal se rapporte par conséquent aux transmissions d'informations intervenant dans le cadre d'investigations préliminaires et de procédures initiées ou au moins envisagées et qui ont été portées à la connaissance de l'assujetti.

Le Cm 49 sera adapté en précisant que parmi toutes les sanctions potentielles, seules celles qui pourraient essentiellement avoir des effets sur les risques d'un assujetti sont déterminantes.

Contrairement à l'avis des participants à l'audition, l'art. 29 al. 2 LFINMA peut tout à fait, selon les circonstances, aboutir à une déclaration de ses propres fautes. Une déclaration dans le cadre de l'art. 42c al. 3 LFINMA ne doit pas être assimilée d'emblée à une dénonciation spontanée, même si elle comprend de potentielles violations de la loi selon le droit étranger. L'objectif de la déclaration est d'informer la FINMA de l'essentiel en temps réel. Si le Cm 49 était supprimé, les autorités étrangères seraient informées des potentielles atteintes au droit et pourraient, le cas échéant, mener une enquête sans que la FINMA n'en ait eu connaissance au préalable. Ce serait d'autant plus fâcheux qu'il s'agit, en vertu du chiffre marginal remanié, de sanctions qui pourraient avoir des effets essentiels sur les risques d'un assujetti. En outre, il est renvoyé d'une part à l'obligation de renseigner la FINMA selon l'art. 29 al. 1 LFINMA. D'autre part, les assujettis ne sont pas tenus de transmettre des informations à l'étranger, si bien qu'ils ne sont pas contraints à une « dénonciation spontanée ».

Conclusion

Le Cm 49 est limité aux cas susceptibles d'entraîner des sanctions qui pourraient avoir essentiellement des effets sur les risques d'un assujetti.

3.5.3.4 Infractions au droit suisse (Cm 50)

Prises de position

L'ASB demande de concrétiser le Cm 50 en précisant que l'obligation de déclaration vaut exclusivement en cas d'infractions de la part des assujettis. Pour UBS, cette obligation de déclaration n'est en outre prise en compte qu'en cas de violations graves des dispositions relevant du droit de la surveillance au sens de l'art. 27 al. 3 LFINMA. Sinon, c'est une obligation de dénonciation spontanée qui aurait été instituée à l'art. 29 al. 2 LFINMA.

Appréciation

Le Cm 50 se réfère en première ligne aux infractions des assujettis. Il peut néanmoins aussi s'appliquer aux infractions des clients. L'exemple ci-après en est l'illustration : une banque remplit parfaitement ses obligations de diligence mais un de ses clients commet un délit d'initié au sens de l'art. 154 al. 1 LIMF, lequel n'est toutefois pas qualifié d'infraction préalable au blanchiment d'argent en raison du faible montant délictueux. La banque transmet les informations correspondantes à une autorité étrangère. Dans ce cas, l'assujetti court un risque dont la FINMA devrait être informée. La FINMA doit, dans ces cas, disposer du même niveau d'informations que l'autorité étrangère afin de pouvoir assumer sa propre fonction de surveillance. A des fins de clarification, le chiffre marginal sera adapté pour préciser qu'il doit s'agir d'infractions qui pourraient avoir essentiellement des effets sur les risques d'un assujetti.

Concernant l'objection selon laquelle le Cm 50 instituerait une obligation de dénonciation spontanée de l'assujetti, il est renvoyé à l'appréciation ci-dessus portant sur le Cm 49.

Conclusion

Le Cm 50 est pertinent pour les infractions à l'encontre du droit suisse commises tant par l'assujetti que par ses clients. Il est toutefois limité aux cas qui pourraient essentiellement avoir des effets sur les risques d'un assujetti.

3.5.3.5 Documents pertinents dans le cadre des relations de surveillance (Cm 51)

Prise de position

Swiss Re demande de remplacer le terme « mandataires » par « sociétés d'audit » pour offrir une terminologie uniforme avec le Cm 53.

Appréciation

Dans la circulaire, les termes « mandataires » et « sociétés d'audit prudentiel » ne sont pas utilisés comme synonymes. Les mandataires au sens du Cm 51 n'englobent pas seulement les sociétés d'audit, mais aussi les chargés d'enquête et les chargés d'audit. C'est pourquoi l'énoncé du Cm 51 ne sera pas adapté comme cela a été demandé.

Conclusion

Le Cm 51 n'est pas adapté comme demandé car mandataires et sociétés d'audit ne peuvent pas être assimilés.

3.5.3.6 Bilan et compte de résultats ou risques (Cm 52)

Prises de position

Swiss Re demande de supprimer les informations relatives au risque puisque le chiffre marginal ne devraient se référer qu'aux chiffres financiers et que l'analyse du risque est déjà prise en compte au Cm 53.

L'ASB et UBS proposent de supprimer ce chiffre marginal dans son entier. D'après l'ASB, la raison pour laquelle ces informations devraient être déclarées en amont ne ressort pas clairement. UBS soumet à réflexion le fait que la pratique existante considère qu'une déclaration a posteriori à la FINMA, le cas échéant consolidée, s'avère suffisante. Cette pratique ne saurait être remise en cause, ne serait-ce qu'en raison de la quantité de déclarations.

Appréciation

Le Cm 53 se rapporte uniquement aux rapports relatifs à la situation en matière de risque. Les informations relatives aux risques évoquées au Cm 52 ne concernent pas seulement celles figurant dans les rapports correspondants, mais aussi les informations relatives aux risques qui vont au-delà, comme les définit le Cm 52.

Le Cm 52 ne sera pas supprimé contrairement au souhait exprimé par les participants à l'audition. Il ne traite justement pas que des informations qui concernent les entités locales (par ex. les informations relatives au bilan et au compte de résultats ou aux risques). En vertu du Cm 59, ces informations peuvent aussi être transmises sans communication préalable.

Le Cm 52 a trait à la constellation exceptionnelle dans laquelle un service étranger compétent pour la surveillance d'une filiale ou d'une succursale exige, hors du cadre de sa pratique normale, des informations non publiques relatives au siège principal ou au groupe qui n'est pas surveillé par ses soins. Ceci est une situation importante dont la FINMA doit être informée.

Concernant la pratique selon laquelle une déclaration a posteriori à la FINMA, le cas échéant consolidée, suffit et sur laquelle il ne serait pas possible de revenir, ne serait-ce qu'en raison de la quantité de déclarations devant être effectuées, il est renvoyé au Cm 66. Ce dernier donne la possibilité de faire une déclaration unique en cas de transmissions répétées d'informations de même nature.

Conclusion

Le Cm 52 est conservé et n'est pas adapté.

3.5.3.7 Rapports soumis à l'obligation de communication (Cm 53).

Prises de position

Un participant à l'audition demande de supprimer la mention des rapports prudentiels de la société d'audit au titre d'exemple d'obligation de communiquer dans la mesure où les sociétés d'audit n'entraient pas dans le champ d'application de l'art. 42c en relation avec l'art. 1 al. 1 LFINMA.

L'ASB et UBS demandent la suppression du chiffre marginal, dans la mesure où, comme cela a déjà été expliqué pour le Cm 52, il existe une pratique consistant à n'annoncer qu'a posteriori la livraison d'*audit reports* à la FINMA et qu'un retour sur cette pratique serait inenvisageable en raison de la quantité de déclarations.

Appréciation

Le Cm 53 de la circulaire restera inchangé concernant les rapports d'audit, l'art. 42c LFINMA concernant la remise de ces rapports par les assujettis eux-mêmes – et non par les sociétés d'audit. Le Cm 53 n'étend pas le champ d'application de cette réglementation aux sociétés d'audit. Concernant la transmission des rapports d'audit, il est renvoyé à l'appréciation du Cm 52.

Conclusion

Le Cm 53 n'est pas adapté.

3.5.3.8 Procédures juridiques en cours (Cm 54)

Prise de position

UBS avance que l'obligation de déclarer devrait être limitée aux procédures juridiques portant sur « des violations graves du droit de la surveillance ». L'art. 29 al. 2 LFINMA ne prévoirait pas d'obligation de dénonciation spontanée, cette dernière découlerait uniquement des conditions d'application de l'art. 27 al. 3 LFINMA.

Appréciation

Sur le plan de la surveillance, il est évidemment de l'intérêt de la FINMA d'être informée des procédures juridiques en cours concernant ses assujettis dans la même mesure que ne le sont les autorités et services étrangers. La qualité de faits importants pour la surveillance en relation avec l'art. 29 al. 2 LFINMA est ainsi donnée. En outre, la FINMA a intérêt à savoir quelles autorités étrangères demandent à être informées de ces procédures, et ce, dans quelle mesure. Par ailleurs, il n'existe aucune obligation de transmettre des informations à l'étranger. Néanmoins si les assujettis souhaitent informer les autorités et services étrangers, la FINMA doit aussi en avoir connaissance. De plus, en vertu de l'art. 29 al. 1 LFINMA, la FINMA pourrait exiger elle-même à tout moment un rapport de ce type sur les procédures en cours.

Conclusion

Le Cm 54 ne sera pas supprimé. Pour des raisons de clarté, il n'est toutefois plus question d'informations, mais de rapports établis sur les procédures juridiques en cours.

3.5.3.9 Informations pour la direction ou le conseil d'administration (Cm 55)

Prises de position

L'ASB et UBS demandent à ce que seules les informations établies ou collectées pour la direction ou pour le conseil d'administration qui concernent un des faits cités aux chiffres marginaux précédents soient soumises à l'obligation d'annoncer. Le seul fait que les documents aient été établis pour la direction ou pour le conseil d'administration ne dirait rien de la qualité de faits importants de leur teneur concrète.

Appréciation

Si le Cm 55 n'est applicable que s'il concerne déjà un des faits visés par les chiffres marginaux précédents, la spécificité de la règle énoncée dans ce chiffre marginal ne serait pas identifiable.

Si des informations non publiques, déterminantes pour les plus hauts niveaux de conduite des assujettis (direction et/ou conseil d'administration), sont transmises à une autorité ou un service étrangers, la FINMA doit en être informée pour exercer sa fonction de surveillance.

Conclusion

Le Cm 55 est conservé et n'est pas adapté.

3.5.3.10 Informations concernant une entité locale (Cm 59)

Prise de position

Swiss Re propose à des fins de simplification de reformuler le Cm 59 comme suit : « informations relatives au bilan et au compte de résultats ou aux risques, par exemple, pour une filiale, et destinées à l'autorité de surveillance des marchés financiers ou au service local(e) dont dépend ladite entité ».

Appréciation

Au Cm 59 de la circulaire, les « informations relatives au bilan et au compte de résultats ou aux risques » ne sont citées qu'à titre d'exemple pour les informations concernant les entités locales. La formulation proposée par la participante à l'audition rendrait cette énumération exhaustive. Dans la conception de la FINMA, toutes les transmissions d'informations concernant des entités locales doivent être exclues de l'obligation de déclaration dès lors que les conditions mentionnées dans le chiffre marginal sont réunies.

Conclusion

Le Cm 59 est conservé et n'est pas adapté.

3.5.3.11 Ratios de fonds propres et de liquidités (Cm 60)

Prises de position

Swiss Re demande d'intégrer également le SST au Cm 60 car ce dernier ne devrait pas énumérer seulement les rapports sur les ratios publiés périodiquement dans le domaine bancaire.

Pour plus de clarté, Zurich propose une nouvelle formulation plus complète : « ratios de fonds propres, de solvabilité et de liquidités reconnus à l'échelle internationale et devant être publiés périodiquement (par ex., fonds propres de base (CET), ratio de levier, ratio de liquidité à court terme (LCR), ratio structurel de liquidité à long terme (NSFR), etc.), même si ces derniers n'ont pas encore été publiés à la date de la transmission d'informations ».

Appréciation

Le SST n'est pas mentionné comme exemple de ratio publié périodiquement car, bien que la Circulaire de la FINMA 2016/2 « Publication – assureurs (*public disclosure*) » soit entrée en vigueur, la publication qu'elle prévoit en vertu des Cm 116 s. n'est pas encore effective à l'heure actuelle. Dès que les assujettis publieront le SST sur la base de cette circulaire, il s'agira d'un nouveau cas d'application d'une transmission d'informations non soumise à l'obligation de déclarer en vertu du Cm 60.

Les ratios de solvabilité ne sont pas mentionnés séparément car ils sont déjà pris en compte de la manière requise dans les autres ratios visés par ce chiffre marginal.

Que les informations ne soient pas encore publiées, respectivement prêtes à être publiées, à la date de la transmission, ne sera pas repris comme demandé dans le chiffre marginal. En effet, si elles étaient déjà rendues publiques, elles ne tomberaient plus dans le champ d'application de l'art. 42c LFINMA, lequel régit la transmission d'informations non publiques.

Conclusion

A l'heure actuelle, le SST n'est pas soumis à publication et n'est donc pas intégré au chiffre marginal. Il n'y a pas non plus d'ajout concernant les ratios de solvabilité.

3.5.3.12 Organisation et gouvernance (Cm 62)

Prise de position

Swiss Re demande de préciser le Cm 62 en citant des exemples concrets tels que le règlement d'organisation.

Appréciation

L'exemple du « règlement d'organisation » sera repris au Cm 62.

Conclusion

L'ajout demandé est apporté.

3.5.3.13 Obligations de *reporting* (Cm 65) ou nouveau chiffre marginal relatif aux déclarations standardisées.

Prises de position

Comme certains rapports relatifs à l'activité commerciale étrangère seraient importants pour le droit de la surveillance local, voire soumis à l'obligation de déclarer, Zurich demande de compléter le chiffre marginal en lui ajoutant la proposition suivante : « (...) ou qui concernent l'activité dans la juridiction correspondante ».

L'ASB et UBS invitent, pour plus de clarté et une meilleure sécurité juridique, d'ajouter dans le catalogue des Cm 58 ss, en plus du Cm 65, d'autres constellations typiques qu'ils ont exposées en détail dans leur prise de position⁴. L'attention est notamment attirée sur le fait qu'une déclaration préalable ne serait ni adéquate ni praticable s'agissant des déclarations de transactions aux référentiels centraux. Et ce, en raison du fait que la FINMA recevrait un nombre de déclarations impossible à traiter.

L'ASB et UBS proposent qu'en plus du Cm 65, un nouveau chiffre marginal soit en conséquence ajouté, dont la formulation serait la suivante : « les déclarations standardisées selon les principes internationaux généralement reconnus, faites afin de garantir la transparence ou l'intégrité du marché, correspondent aux prescriptions réglementaires (par ex. déclarations de transactions sur dérivés au référentiels centraux, obligations de déclarer selon l'art. 26 MiFIR ou *Dodd Frank Act*) ».

Appréciation

L'exemple donné des faits non soumis à l'obligation de déclaration dans le cadre du Cm 65 se verra ajouter (1) les activités dans une juridiction, dans laquelle l'assujetti n'est, de manière légale, ni titulaire d'une autorisation, ni enregistré et (2) les déclarations aux autorités ainsi qu'aux services mandatés par ces dernières. Pour ce qui est desdits services mandatés, il s'agit notamment aussi des référentiels centraux et des entreprises cotées (cf. Cm 36).

⁴ Entre autres : transmission d'informations à des sous-dépositaires aux USA, par ex. aux ayants droit économiques de portefeuilles de titres ou à des sous-dépositaires en Finlande aux ayants droit économiques des distributions finnoises de valeurs mobilières ; publication des actionnaires de la société cotée dans le cadre du *Hongkong Identity Rule*.

Conclusion

Le chiffre marginal adapté comprend également les transmissions d'informations qui ne sont pas adressées aux autorités de surveillance des marchés financiers et/ou qui interviennent à l'étranger en raison de l'activité des assujettis sans que ces derniers y soient titulaires d'une autorisation ou enregistrés.

3.5.3.14 Propositions pour compléter les exemples non soumis à l'obligation de déclarer

Divers participants à l'audition demandent d'intégrer à la circulaire d'autres faits à titre d'exemples pour les informations dont la transmission ne nécessite pas de déclaration préalable.

3.5.3.14.1 Transmissions d'informations hors du champ d'application de l'art. 271 CP

Prises de position

Homburger et Zurich demandent d'exempter de l'obligation de déclaration les informations et les documents dont la transmission intervient hors du champ d'application de l'art. 271 CP.

Appréciation

L'art. 271 CP se prête tout aussi peu à définir le champ d'application de l'art. 42c al. 1 et 2 LFINMA qu'il ne restreint le champ d'application de l'al. 3 (cf. ch. 3.1.3 ci-avant). Sur ce point, l'important n'est pas de savoir si, selon l'ancienne procédure, le DFF aurait dû être impliqué pour garantir la souveraineté de la Suisse mais que la FINMA soit informée de la transmission d'informations afin qu'elle puisse exercer son activité de surveillance (cf. également le rapport explicatif, p. 12).

Conclusion

Le champ d'application de l'art. 42c LFINMA n'est pas défini à l'art. 271 CP. L'ajout demandé n'est pas apporté.

3.5.3.14.2 Documents généraux

Prises de position

Deux participants à l'audition demandent que la circulaire précise que la transmission des documents suivants ne soit pas soumise à l'obligation de déclarer :

Les conditions générales, les formulaires anonymisés, les *termsheets* et les documents généraux similaires, d'une part, ainsi que les directives générales, les règlements internes, les lignes directrices et, globalement, les documents concernant la gouvernance d'entreprise, d'autre part, ne constitueraient pas des faits importants selon l'al. 3, selon Zurich. Homburger sélectionne plus restrictivement les

documents et demande que les directives générales, les conditions générales, les formulaires et les documents généraux semblables soient exclus de l'obligation de déclaration.

Appréciation

La FINMA donne son assentiment aux assujettis sur le fait que les conditions générales, les formulaires anonymisés de même que les directives générales et les autres documents qui sont remis aux clients et aux personnes intéressées au point de vente (*point of sale*) ne constituent pas des faits importants et que leur transmission n'est donc pas soumise à l'obligation de déclarer. La circulaire sera complétée par le chiffre marginal correspondant.

Conclusion

La circulaire retire de l'obligation de déclarer différents exemples de documents généraux.

3.5.3.14.3 Certificats et attestations des assujettis

Prise de position

Zurich décrit la pratique de certaines autorités de surveillance étrangères qui exigent par exemple une attestation d'un membre de la direction dans le cadre de la transmission formelle d'informations publiques (par ex. lors de la remise du *risk report* conformément à l'établissement du rapport annuel public). Dans ce contexte, il est demandé que la circulaire précise que « les certificats ou attestations des assujettis qui se réfèrent à des informations publiques, qui ont par exemple été publiées dans le cadre du *public exposure* » ne conduisent pas à une obligation de déclaration.

Appréciation

La proposition sera reprise dans la circulaire, sous un nouveau chiffre marginal. Toutefois, il convient de souligner une nouvelle fois que les Cm 58 ss mentionnent les transmissions d'informations qui ne sont pas soumises à l'obligation de déclarer uniquement à titre d'exemples et de manière non exhaustive.

Conclusion

La circulaire est complétée d'un chiffre marginal. Les certificats ou attestations qui se rapportent à des informations publiques et qui sont fournis par les assujettis à une autorité ou un service étrangers ne fondent pas d'obligation de déclaration.

3.5.3.14.4 Procédure juridique achevée

Prise de position

Swiss Re demande de compléter l'énumération des faits non soumis à l'obligation de déclarer en y ajoutant les informations relatives aux procédures juridiques closes. Cela contribuerait à la sécurité juridique.

Appréciation

Il faut donner raison au participant à l'audition. La FINMA doit de toute façon être informée sans délai, avant même son achèvement, de toute procédure qui concerne soit des violations graves du droit de la surveillance, soit de graves irrégularités (art. 27 al. 3 LFINMA). Les autres constellations de cas sont couvertes par l'obligation de communiquer selon l'art. 29 al. 2 LFINMA. Les rapports portant sur des procédures qui sont closes par une décision entrée en force citeront par conséquent des procédures qui, soit, seront déjà connues de la FINMA, soit, concerneront des infractions moins graves dans la perspective de la surveillance. C'est pourquoi les rapports établis sur des procédures closes en force, par exemple, dans le cadre d'une *lawyer's letter*, seront considérés comme n'étant pas soumis à l'obligation de déclarer.

Conclusion

Les rapports établis sur des procédures closes en force sont repris dans la circulaire comme nouvel exemple de faits non soumis à l'obligation de déclarer.

3.6 Réserve de la voie de l'assistance administrative en vertu de l'art. 42c al. 4 LFINMA (Cm 72 ss)

Prises de position

L'ASB et UBS font observer que la transmission directe par les assujettis doit constituer la règle, et une réserve de la FINMA, l'exception. Le Forum-OAR, l'OAR/ASSL et l'OAR-ASA jugent étonnant, au contraire, qu'une réserve de la voie de l'assistance administrative ne doive être émise qu'en cas exceptionnels.

Les représentants du premier avis font valoir que la réserve de la voie de l'assistance administrative doit déjà être comprise comme une exception dans la mesure où une transmission d'informations selon l'art. 42c al. 2 LFINMA représente en quantité le cas le plus fréquent, pour lequel il convient de définir les exigences qualitatives les plus basses, ce qui en fait la règle et le réceptacle. Par conséquent, l'ASB estime que l'art. 42c al. 4 LFINMA doit donc être délimité de façon claire et univoque par rapport à l'art. 42c al. 2 LFINMA.

L'ASB et UBS demandent que, lorsque la FINMA se réserve la voie de l'assistance administrative, elle doive procéder dans les meilleurs délais à la transmission des informations à l'autorité étrangère sans que cette dernière n'ait à adresser une autre demande d'assistance administrative. Ce serait dans

l'intérêt même des assujettis qui pourraient subir à l'étranger de sévères préjudices, dont des sanctions directes ou indirectes, en cas de transmission d'informations hors délai.

Selon l'ASB et UBS, la circulaire devrait être complétée d'un ajout précisant qu'il incombe soit à l'assujetti de communiquer à l'autorité ou au service la réserve de la voie de l'assistance administrative, soit à la FINMA elle-même dans les meilleurs délais.

Les tenants du second avis, le Forum OAR, l'OAR/ASSL et l'OAR-ASA demandent la suppression pure et simple du Cm 75. La base légale ferait défaut pour réserver par ailleurs une déclaration préalable en lieu et place de la voie de l'assistance administrative.

Appréciation

Comme le rapport explicatif le mentionne au ch. 2, la FINMA fera usage avec circonspection de la possibilité qu'offre la réserve de la voie de l'assistance administrative.

Par ailleurs, l'application de l'al. 3 n'est possible en droit que dans des constellations limitées, puisque l'assistance administrative ne peut faire l'objet d'une réserve que dans les cas où la FINMA peut effectivement fournir une assistance administrative selon l'art. 42 al. 2 LFINMA. Ce n'est notamment pas le cas lorsque les informations doivent être transmises « à d'autres services étrangers chargés de la surveillance » en vertu de l'art. 42c al. 1 LFINMA et lorsque l'art. 42c al. 2 LFINMA est applicable.

La FINMA communique la réserve de la voie de l'assistance administrative à l'autorité de surveillance étrangère. Dans des cas exceptionnels, l'assujetti peut communiquer lui-même la réserve à l'autorité étrangère après concertation explicite avec la FINMA. Le Cm 72 sera adapté en conséquence.

Si la FINMA fournit l'assistance administrative à l'issue de la réserve, une demande d'assistance administrative séparée est en général nécessaire. Les exigences qui valent pour une requête adressée aux assujettis ne sont pas les mêmes que pour une demande formelle d'assistance administrative à la FINMA.

Le projet de circulaire prévoit au Cm 75 que la FINMA peut émettre une réserve exigeant une déclaration préalable des transmissions d'informations envisagées, par application analogique de l'art. 42c al. 3 LFINMA, en lieu et place d'une réserve de la voie de l'assistance administrative, c'est-à-dire seulement lors de la transmission d'informations à des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers. En procédant par un argument a maiore ad minus, l'émission de la réserve d'une déclaration préalable est couverte par l'autorisation relative à une réserve préventive de l'assistance administrative.

Conclusion

La FINMA fait usage avec circonspection de la possibilité qu'offre la réserve de la voie de l'assistance administrative. En règle générale, c'est la FINMA qui communique la réserve de la voie de l'assistance administrative à l'autorité étrangère. En principe, une demande d'assistance administrative formelle de l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers à la FINMA est nécessaire.

4 Prochaines étapes

La Circ.-FINMA 17/6 « Transmission directe » entre en vigueur le 1^{er} janvier 2017.