



I.	<b>Objet</b>	Cm	1
II.	<b>Champ d'application</b>	Cm	2
III.	<b>Généralités</b>	Cm	3–4
IV.	<b>Art. 42c al. 1 LFINMA – Transmission d'informations non publiques aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont dépend l'assujetti et à d'autres services étrangers chargés de la surveillance</b>	Cm	5–31
A.	Définitions	Cm	5–17
B.	Conditions applicables à la transmission d'informations non accessibles au public aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont dépend l'assujetti et à d'autres services étrangers chargés de la surveillance (art. 42c al. 1 let. a en relation avec l'art. 42 al. 2 LFINMA)	Cm	18–29
C.	Garantie des droits des clients et des tiers (art. 42c al. 1 let. b LFINMA)	Cm	30–31
V.	<b>Art. 42c al. 2 LFINMA – Transmission à des autorités étrangères et aux services mandatés par celles-ci d'informations qui ne sont pas publiques et qui se rapportent à des opérations réalisées par des clients et des assujettis</b>	Cm	32–42
A.	Délimitation par rapport à l'art. 42c al. 1 LFINMA	Cm	32–33
B.	Définitions	Cm	34–38
C.	Informations pouvant être transmises sur la base de l'art. 42c al. 2 LFINMA	Cm	39–41
D.	Garantie des droits des clients et des tiers	Cm	42
VI.	<b>Art. 42c al. 3 LFINMA – Obligation de déclaration préalable à la FINMA</b>	Cm	43–71
A.	Définition des informations selon l'art. 42c al. 3 LFINMA	Cm	43–66
B.	Marche à suivre	Cm	67–71
VII.	<b>Art. 42c al. 4 LFINMA – Réserve de la voie de l'assistance administrative</b>	Cm	72–75

## I. Objet

En interprétant l'art. 42c al. 1 à 4 de la loi sur la surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (LFINMA ; RS 956.1), la présente circulaire concrétise les conditions auxquelles les assujettis ont le droit de transmettre des informations non publiques à des autorités et services étrangers, et définit les circonstances dans lesquelles la transmission d'informations envisagée nécessite une déclaration préalable à la FINMA.

1

## II. Champ d'application

La présente circulaire s'adresse à tous les assujettis de la FINMA selon l'art. 3 LFINMA.

2

## III. Généralités

L'art. 42c LFINMA se réfère à toutes les transmissions d'informations non accessibles au public par des assujettis. Les transmissions d'informations basées sur l'art. 42c LFINMA peuvent avoir lieu spontanément ou sur demande des autorités ou services étrangers.

3

L'art. 42c LFINMA ne s'applique qu'aux cas de transmissions d'informations transfrontières, de la Suisse vers l'étranger. Si les représentants des autorités et services étrangers en question se trouvent sur le territoire suisse, aucune transmission d'informations à ceux-ci ne peut avoir lieu sur la base de l'art. 42c LFINMA. Si des informations doivent être communiquées, sur le territoire suisse, à des autorités ou services étrangers, ce sont les dispositions de l'art. 43 LFINMA (contrôles sur place) qui s'appliquent.

4

## IV. Art. 42c al. 1 LFINMA – Transmission d'informations non publiques aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont dépend l'assujetti et à d'autres services étrangers chargés de la surveillance

### A. Définitions

#### a) Assujettis

L'art. 3 LFINMA considère comme « Assujettis » a. les personnes qui, selon les lois sur les marchés financiers, doivent obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement de l'autorité de surveillance des marchés financiers ; et b. les placements collectifs de capitaux. Par conséquent, les gestionnaires de fortune affiliés à un organisme d'autorégulation et dont l'activité n'est pas soumise à l'obligation d'obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement directement de la FINMA, ne sont par exemple pas considérés comme des assujettis au sens de la LFINMA.

5

L'art. 42c LFINMA ne s'applique donc pas à ceux-ci.

**b) Autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont dépend l'assujetti**

Les destinataires possibles des informations transmises en vertu de l'art. 42c al. 1 LFINMA sont notamment les « autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont [...] dépend [l'assujetti] ». 6

Une autorité est un organe de l'Etat ou d'une unité administrative autonome, qui se charge des tâches de l'administration publique et qui représente l'Etat ou l'unité administrative dans son domaine de compétence envers l'extérieur. 7

L'autorité étrangère doit être dotée d'une « compétence de surveillance » sur le marché financier en vertu d'un mandat légal. Elle ne doit toutefois pas nécessairement être investie de prérogatives strictement identiques à celles de la FINMA. Il est essentiel que les tâches qu'elle assume soient de véritables tâches de surveillance même si celles-ci ne constituent que des fonctions accessoires, comme cela peut par exemple être le cas pour les banques centrales. La qualité d'autorité de surveillance des marchés financiers n'exclut pas que l'autorité puisse également avoir des compétences pénales. 8

Du point de vue matériel, la « surveillance » englobe l'application des lois sur les marchés financiers, c'est-à-dire en particulier l'application des exigences prudentielles relatives à la solvabilité et à l'organisation, des exigences concernant la garantie d'une activité irréprochable et de toutes les règles de conduite spécifiques. Du point de vue fonctionnel, elle recouvre notamment les procédures d'autorisation, la surveillance courante – y compris l'application du droit (*enforcement*) –, les mesures à prendre en situation de crise et les procédures de liquidation. 9

Les autorités pénales et fiscales étrangères, notamment, ne sont pas considérées comme des autorités de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 42c al. 1 LFINMA. Par conséquent, aucune information non publique ne doit être transmise à celles-ci en vertu de l'art. 42c al. 1 LFINMA. La transmission d'informations à ces autorités par des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers ou d'autres services étrangers chargés de la surveillance est exclue si les informations ne sont pas utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers (art. 42c al. 1 let. a en relation avec l'art. 42 al. 2 let. a LFINMA, cf. Cm 18 ss). 10

On entend par « autorité dont dépend l'assujetti » une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers qui, en vertu du droit étranger applicable, est investie de la mission de surveillance pour laquelle elle sollicite des informations dans un cas donné. 11

**c) Autres services étrangers chargés de la surveillance**

Selon l'art. 42c al. 1 LFINMA, les informations non accessibles au public peuvent également être transmises « à d'autres services étrangers chargés de la surveillance ». 12

Sont désignées comme telles les entités qui ne sont pas des autorités au sens du Cm 8, mais qui assument des fonctions de surveillance en vertu de lois étrangères ou sur la base de tâches qui lui ont été déléguées par une autorité de surveillance des marchés financiers dont dépend l'assujetti.

Les services qui assument exclusivement des tâches dans le domaine du droit fiscal ou pénal ne font par exemple pas partie des services auxquels des informations peuvent être transmises en vertu de l'art. 42c al. 1 LFINMA. 13

#### **d) Clients**

Les « clients » sont les personnes physiques et morales que la LFINMA et les lois sur les marchés financiers ont pour but de protéger, à savoir les créanciers, les investisseurs et les assurés (cf. art. 5 LFINMA). 14

#### **e) Tiers**

Par « tiers », il faut entendre toutes les autres personnes physiques et morales citées dans les informations à transmettre ou identifiables à partir desdites informations. En font notamment partie les collaborateurs des assujettis et les ayants droit économiques. 15

Les informations relatives aux organes des assujettis ne sont pas assimilées à des données relatives aux tiers si elles se réfèrent aux personnes considérées dans leur fonction d'organe ou en leur qualité de personne devant présenter la garantie d'une activité irréprochable. 16

#### **f) Transmission d'informations**

La « transmission d'informations » désigne le processus par lequel une information est portée à la connaissance d'un autre service, quel que soit le mode de transmission utilisé (papier, électronique, oral, téléphonique, etc.) et que la transmission ait lieu directement ou par l'intermédiaire de tiers. 17

### **B. Conditions applicables à la transmission d'informations non accessibles au public aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont dépend l'assujetti et à d'autres services étrangers chargés de la surveillance (art. 42c al. 1 let. a en relation avec l'art. 42 al. 2 LFINMA)**

La transmission d'informations non accessibles au public aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont dépend l'assujetti ainsi qu'à d'autres services étrangers chargés de la surveillance ne peut avoir lieu que si les conditions de l'art. 42 al. 2 LFINMA sont remplies. A cet effet, il convient de s'assurer que 18

- ces informations sont utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou or- 19

ganes (principe de spécialité) ; et que

- les autorités requérantes sont liées par le secret de fonction ou par le secret professionnel, les dispositions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées (principe de confidentialité). 20

La FINMA publie une liste des autorités de surveillance des marchés financiers auxquelles elle a déjà fourni une assistance administrative par le passé. Pour certaines d'entre elles, il a en outre été constaté par voie judiciaire qu'elles remplissent les conditions de spécialité et de confidentialité, ou plus exactement qu'elles remplissaient ces conditions pour le cas d'application concerné au moment où la décision a été rendue. 21

Dès lors qu'une autorité ou un service figure sur cette liste, les assujettis peuvent partir du principe que celle-ci ou celui-ci remplit les conditions de confidentialité et de spécialité. 22

Les assujettis doivent notamment procéder à des vérifications supplémentaires et prendre des mesures de précaution lorsque 23

- l'autorité de surveillance des marchés financiers ou le service requérant(e) ne figure pas sur la liste selon le Cm 21, ou 24

- l'autorité de surveillance des marchés financiers ou le service requérant(e) ne précise pas l'usage auquel sont destinées les informations, ou 25

- il existe des indices laissant supposer que, dans le cas en question, l'autorité de surveillance des marchés financiers ou le service requérant(e) n'utilisera pas les informations de façon confidentielle ou ne les utilisera pas exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou qu'elles ne seront pas retransmises exclusivement à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes. 26

La confidentialité et la spécialité peuvent par exemple être garanties par le biais d'un engagement qui lie l'autorité ou le service destinataire des informations, ou d'une autre manière appropriée. En l'absence de certitude quant au respect des exigences de confidentialité et de spécialité, il convient de renoncer à la transmission d'informations. 27

Si un assujetti détient des indices selon lesquels une autorité de surveillance des marchés financiers ou un service ne remplit pas les conditions de spécialité et/ou de confidentialité, il doit en informer la FINMA indépendamment du fait que l'autorité en question figure sur la liste mentionnée au Cm 21. 28

Que le respect du principe de confidentialité et de spécialité pour le traitement des informations transmises soit assuré conformément au Cm 22, ou que des vérifications supplémentaires et des mesures de précaution soient nécessaires (Cm 23 à 26), les assujettis sont tenus d'aviser l'autorité ou le service par écrit, à chaque transmission d'informations, que les informations transmises doivent être traitées de façon confidentielle et utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou être 29

retransmises exclusivement à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (art. 42c al. 1 let. a en relation avec l'art. 42 al. 2 LFINMA).

### C. Garantie des droits des clients et des tiers (art. 42c al. 1 let. b LFINMA)

Eu égard aux droits des clients et des tiers, les assujettis doivent notamment respecter le secret d'affaires et le secret bancaire ainsi que les dispositions relatives à la protection des données et les droits découlant des rapports de travail. 30

Les mesures de précaution devant être prises dans un cas de figure concret sont dictées par le droit applicable. Le respect de ces conditions légales relève de la responsabilité des assujettis. 31

## V. **Art. 42c al. 2 LFINMA – Transmission à des autorités étrangères et aux services mandatés par celles-ci d'informations qui ne sont pas publiques et qui se rapportent à des opérations réalisées par des clients et des assujettis**

### A. Délimitation par rapport à l'art. 42c al. 1 LFINMA

La règle définie à l'art. 42c al. 2 LFINMA vise à permettre aux assujettis de transmettre directement à l'étranger (à un référentiel central ou au service d'une bourse étrangère chargée de réceptionner les notifications, par exemple), par leurs propres moyens, des informations devant être fournies en vue de la réalisation de transactions par des clients et des assujettis et qui sont en relation avec celles-ci. 32

L'art. 42c al. 2 LFINMA vient élargir le champ d'application de l'art. 42c al. 1 LFINMA, tout en lui étant subsidiaire. Une information ne peut être transmise en vertu de l'art. 42c al. 2 LFINMA que si les conditions prévues par ledit article sont remplies et que, en outre, une transmission selon l'art. 42c al. 1 LFINMA n'est pas possible. 33

### B. Définitions

#### a) **Autorités étrangères**

Les autorités (cf. Cm 7) auxquelles des informations peuvent être transmises en vertu de l'art. 42c al. 2 LFINMA pour autant que les autres conditions soient remplies sont celles habilitées à recueillir ces informations en vertu du droit applicable. 34

La transmission d'informations aux autorités étrangères pénales ou fiscales en vertu de l'art. 42c al. 2 LFINMA n'est pas autorisée. La transmission d'informations à des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers ou aux services mandatés par celles-ci 35

entre habituellement dans le champ d'application de l'art. 42c al. 1 LFINMA.

#### **b) Services mandatés par des autorités étrangères**

Les services mandatés par des autorités étrangères sont des entités qui ne sont pas des autorités au sens du Cm 7, mais qui recueillent des informations soit en vertu de lois étrangères, soit sur la base de tâches qui leur ont été déléguées par une autorité dont dépend l'assujetti. Peuvent notamment répondre à cette définition les organismes d'autorégulation, les bourses, les services de réception des notifications, les banques depositaires, les contreparties centrales et les référentiels centraux. 36

S'il existe des indices qu'un tel service a été mandaté par des autorités fiscales ou pénales étrangères, la transmission d'informations à ceux-ci sur la base de l'art. 42c al. 2 LFINMA n'est pas autorisée. 37

#### **c) Clients, tiers, transmission d'informations**

En ce qui concerne la définition des notions « clients », « tiers » et « transmission d'informations », il est renvoyé aux Cm 14 à 17. 38

### **C. Informations pouvant être transmises sur la base de l'art. 42c al. 2 LFINMA**

Les informations pouvant être transmises par les assujettis en vertu de l'art. 42c al. 2 LFINMA sont exclusivement des informations qui se rapportent directement à des opérations réalisées par des clients et des assujettis. Il faut entendre par « opérations » les transactions que les assujettis effectuent habituellement à l'étranger pour des clients, pour eux-mêmes ou au sein du groupe, dans le cadre de leur activité commerciale ayant fait l'objet d'une autorisation, telles que des transactions sur valeurs mobilières. 39

La transmission de ces informations en vertu de l'art. 42c al. 2 LFINMA doit être absolument indispensable pour la réalisation ou l'approbation des transactions, selon le droit étranger applicable. 40

Si l'étendue des informations devant être transmises dépasse le strict cadre nécessaire à la réalisation immédiate des transactions selon le droit étranger applicable, leur transmission sur la base de l'art. 42c al. 2 LFINMA n'est pas autorisée. Dans un tel cas, seule une transmission fondée sur l'art. 42c al. 1 LFINMA est envisageable pour autant que les conditions requises à cet effet soient remplies. 41

### **D. Garantie des droits des clients et des tiers**

En ce qui concerne la garantie des droits des clients et des tiers, il est renvoyé aux Cm 30 s. 42



## VI. Art. 42c al. 3 LFINMA – Obligation de déclaration préalable à la FINMA

### A. Définition des informations selon l'art. 42c al. 3 LFINMA

La transmission d'informations envisagée nécessite une déclaration préalable à la FINMA dans la mesure où	43
<ul style="list-style-type: none"><li>les informations constituent en elles-mêmes un fait important au sens de l'art. 29 al. 2 LFINMA qui serait soumis à l'obligation d'informer indépendamment d'une éventuelle transmission ; ou</li></ul>	44
<ul style="list-style-type: none"><li>la transmission en tant que telle est un fait important ; cela signifie qu'une information peut constituer un fait important du fait même que sa transmission à l'étranger est envisagée.</li></ul>	45
Les informations dont la transmission nécessite dans tous les cas une déclaration préalable à la FINMA sont par exemple les suivantes :	46
<ul style="list-style-type: none"><li>informations qui, selon l'art. 42c al. 1 LFINMA, doivent être transmises à des autorités de surveillance des marchés financiers et à des services qui ne figurent pas sur la liste des autorités auxquelles la FINMA a déjà fourni une assistance administrative (Cm 21) ;</li></ul>	47
<ul style="list-style-type: none"><li>informations qui ne sont pas indispensables eu égard à l'utilisation que l'autorité requérante prévoit d'en faire ou dont l'étendue est disproportionnée ;</li></ul>	48
<ul style="list-style-type: none"><li>informations devant servir à des investigations préliminaires et des procédures étrangères susceptibles de donner lieu à des sanctions à l'encontre des assujettis ;</li></ul>	49
<ul style="list-style-type: none"><li>informations portant sur d'éventuelles infractions au droit suisse ;</li></ul>	50
<ul style="list-style-type: none"><li>documents pertinents ayant trait à la surveillance et à l'<i>enforcement</i> dans le cadre des relations de surveillance avec la FINMA et avec ses assujettis, tels que rapports concernant les <i>supervisory reviews</i> de la FINMA, informations liées aux audits effectués par la FINMA (art. 24 LFINMA), correspondance échangée avec la FINMA ou avec ses mandataires au sujet d'investigations et de procédures ;</li></ul>	51
<ul style="list-style-type: none"><li>informations relatives au bilan et au compte de résultats ou aux risques, qui ne concernent pas directement l'activité commerciale de l'entité (filiale à l'étranger, par ex.) subordonnée à l'autorité étrangère. Cela concerne les chiffres effectifs et prévisionnels ;</li></ul>	52
<ul style="list-style-type: none"><li>rapports concernant l'évaluation actuelle du système de contrôle interne existant (management) et de la situation en matière de risques, tels que rapports de l'audit</li></ul>	53

interne, rapports sur l'audit prudentiel effectué par la société d'audit et *own risk and solvency assessments* (ORSA ;évaluations internes des risques et de la solvabilité) ;

- informations concernant les procédures juridiques en cours (*conduct, legal, litigation*) ; 54
  - informations établies ou recueillies pour l'accomplissement des tâches de la direction et/ou du conseil d'administration (y compris les procès-verbaux correspondants) ; 55
  - informations relatives à la planification des fonds propres, y compris les résultats des tests de résistance ; 56
  - informations relatives aux situations de crise et informations sur la gestion des crises, notamment informations relatives aux plans de stabilisation et d'assainissement ou de liquidation (*recovery and resolution plans*). 57
- Les informations dont la transmission ne nécessite pas de déclaration préalable à la FINMA sont par exemple les suivantes : 58
- informations concernant une entité locale (informations relatives au bilan et au compte de résultats ou aux risques, etc.) – par exemple une filiale – et destinées à l'autorité de surveillance des marchés financiers ou au service local(e) dont dépend ladite entité ; 59
  - ratios de fonds propres 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.) ; 60
  - certificats de solvabilité du siège social à l'égard d'une succursale étrangère ; 61
  - données relatives à la structure organisationnelle ainsi qu'aux aspects de gouvernance (attributions des comités du conseil d'administration et/ou de la direction, par ex.) ; 62
  - état actuel des résultats d'une unité commerciale (*business unit*, par ex.) dont la majeure partie de l'activité commerciale fait partie du domaine de compétences de l'autorité de surveillance des marchés financiers ou du service requérant(e) ; 63
  - politiques de gestion et directives ayant des conséquences directes sur l'entité étrangère ; 64
  - informations liées aux établissements et aux produits dans le cadre des obligations de *reporting* habituelles à l'égard des autorités de surveillance étrangères auprès desquelles les assujettis sont eux-mêmes directement enregistrés ou autorisés, 65

dans la mesure où ces informations ne sont pas mentionnées aux Cm 47 à 57.

Si un assujetti envisage de transmettre de manière répétée ou régulière à une autorité ou un service étranger des informations de même nature soumises à l'obligation de communication, la FINMA peut, d'elle-même ou sur demande, exempter l'assujetti de l'obligation de déclaration préalable pour les transmissions d'informations à venir. 66

## B. Marche à suivre

Si un assujetti a l'intention de communiquer des faits importants au sens de l'art. 42c al. 3 LFINMA, il doit le déclarer à la FINMA au moins cinq jours ouvrables avant la date de transmission envisagée. En cas d'urgence, l'assujetti doit prendre immédiatement contact avec la FINMA. 67

L'assujetti doit alors indiquer à la FINMA les informations qu'il envisage de communiquer et joindre les documents destinés à être transmis. En outre, il doit remettre à la FINMA une estimation des conséquences et des risques susceptibles de résulter de la transmission d'informations prévue ou d'une non-transmission. 68

Aucune transmission d'informations entrant dans le champ d'application de l'art. 42c al. 3 LFINMA ne doit avoir lieu tant que la FINMA n'a pas donné de réponse. 69

Par la suite, la FINMA communique à l'assujetti si elle réserve la voie de l'assistance administrative selon l'art. 42c al. 4 LFINMA ou si elle y renonce. Elle peut assortir sa renonciation de conditions (par exemple, que l'assujetti ne transmette directement qu'une partie des informations demandées). Par ailleurs, elle peut interdire la transmission de documents découlant de la relation de surveillance, conformément à l'art. 42c al. 5 LFINMA. 70

A la réception d'une déclaration selon l'art. 42c al. 3 LFINMA, la FINMA ne vérifie pas si les conditions d'une transmission selon l'art. 42c al. 1 et 2 LFINMA sont remplies, s'agissant notamment de la garantie des droits des clients et des tiers. La vérification du respect de ces conditions relève de la responsabilité des assujettis. 71

## VII. Art. 42c al. 4 LFINMA – Réserve de la voie de l'assistance administrative

La transmission d'informations directe en vertu de l'art. 42c al. 1 et 2 LFINMA est autorisée pour autant que la FINMA ne réserve pas la voie de l'assistance administrative. 72

La FINMA peut réserver la voie de l'assistance administrative à tout moment, y compris à titre préventif, c'est-à-dire indépendamment des transmissions ou déclarations concrètement envisagées selon l'art. 42c al. 3 LFINMA. 73

La FINMA informe les assujettis de la réserve de la voie de l'assistance administrative. 74  
Ladite réserve est valable jusqu'à sa révocation.

En lieu et place d'une réserve de la voie de l'assistance administrative, la FINMA peut 75  
exiger une déclaration préalable des transmissions d'informations envisagées, par  
application analogique de l'art. 42c al. 3 LFINMA.

Auditio