

Jurisprudence en matière d'assistance administrative internationale

**Christian Bovet, Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Genève***

* Le texte de cette contribution se fonde sur la présentation faite à la Journée des juristes de la FINMA, le 14 novembre 2012, au Centre Paul Klee, à Berne (« Evaluation de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral en matière de droit administratif depuis 2009 concernant le droit des marchés financiers »). Le style oral a été en partie conservé. Le contenu des notes de bas de page est aussi réduit. Etat des sites internet au 22 mars 2013.

Sommaire

1	Introduction	112
2	Base légale extraordinaire	114
3	Développements jurisprudentiels	115
3.1	Examen avec (grande) retenue	115
3.2	Qualité pour recourir	116
3.2.1	Gérant de fortune	116
3.2.2	Employé du gérant de fortune	118
3.3	Droit d’être entendu	119
3.3.1	Accès au dossier	119
3.3.2	Motivation de la décision	124
3.4	Entraide spontanée et utilité potentielle	125
3.5	Extension à la lutte contre la corruption ?	127
4	Conclusion	128

L'assistance administrative internationale en matière bancaire et financière repose sur des bases solides élaborées au cours de plusieurs années intenses de pratique et de jurisprudence, mais aussi grâce à des modifications législatives. Ces trois sources ont renforcé le rôle de l'autorité de surveillance, étendu les possibilités d'échange d'informations avec l'étranger et offert une certaine sécurité juridique aux intermédiaires financiers. La modification de l'art. 38 de la loi sur les bourses¹ en 2005² a ainsi levé des obstacles importants au transfert de renseignements vers des pays tels que les Etats-Unis et le Canada ; quant à l'adoption de l'art. 42 de la loi sur la FINMA³, elle a donné une base légale générale à l'entraide administrative accordée par le régulateur à ses contreparties étrangères⁴.

Confrontés à une telle procédure, les praticiens peuvent d'abord se référer à la publication de la FINMA sur « L'entraide administrative boursière internationale »⁵. Cette brochure leur donnera une première orientation très utile. L'autorité met ici en œuvre l'objectif de « transparence du processus de réglementation »⁶, au stade de l'exécution toutefois.

En mettant l'accent sur la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (TAF) la présente contribution tend, d'une part, à compléter cette première approche et, d'autre part, à offrir une évaluation des principaux arrêts rendus par cette juridiction dans ce domaine. La période choisie – i.e. de 2009 à 2012 – est importante à plusieurs égards : après un temps d'assimilation de la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral (TF)⁷, le TAF a pu traiter de nouvelles questions juridiques, généralement en dernière instance⁸. Nous nous trouvons par ailleurs à l'orée de nouveaux développements que la jurisprudence courante du TAF dans le secteur de l'entraide influera sans aucun doute également. En particulier, la nouvelle politique suisse en matière d'échange d'informations dans le cadre de conventions de double imposition⁹ générera vraisemblablement un contentieux administratif qui profitera, de plusieurs façons, de la casuistique que nous allons aborder¹⁰.

¹ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) ; RS 954.1).
² Modification entrée en vigueur le 1^{er} février 2006 (RO 2006 197).
³ Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA) ; RS 956.1).
⁴ On se bornera à rappeler ici que selon l'art. 2 al. 1 LFINMA : « La présente loi est applicable pour autant que les lois sur les marchés financiers n'en disposent pas autrement. » Il en résulte en particulier que des règles spéciales telles que l'art. 38 LBVM l'emportent sur l'art. 42 LFINMA.
⁵ Cette publication est disponible sur le site internet de la FINMA à l'adresse : http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Amtshilfbericht_20090916_f.pdf.
⁶ Art. 7 al. 4 LFINMA.
⁷ Rappelons brièvement que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTF) ; RS 173.32) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.
⁸ Art. 83 lit. h de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) ; RS 173.110). S'agissant de l'exception relative à l'assistance administrative internationale en matière fiscale figurant à la fin de cette disposition, voir l'art. 84a LTF. Sur l'intervention du TF dans l'affaire UBS, voir la section II ci-dessous.
⁹ A ce propos, BOVET C./LIÉGEAIS F., « Cross-Border Tax Administrative Assistance: 'For The Times They Are a-Changin'' », paraître dans le numéro spécial de la RSDA 2013 consacré à la Journée 2012 de droit bancaire et financier.
¹⁰ Pour une présentation générale du nouveau cadre légal, BETI D., « La nouvelle loi sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale : une vue d'ensemble », Archives de droit fiscal suisse, 81 (2012/2013), p. 181 ss. Eg. BOVET/LIÉGEAIS (n. 9). On ajoutera à cela d'autres projets qui, vraisemblablement, devraient prochainement aboutir. En particulier, le projet de nouveaux art. 30-32 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant

La saga des données de l'UBS (2), dont nous ne traiterons que de l'épisode le plus marquant¹¹, avant les enseignements que l'on peut tirer de la jurisprudence du TAF (3), anticipait déjà cette évolution.

la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (LBA; RS 955.0), FF 2012 6449 (Message du Conseil fédéral) et FF 2012 6497 (projet de modification de la LBA). Ce projet a été adopté par le Conseil des Etats le 11 décembre 2012 (BO 2012 E 1157 [12.065]). Il s'agira également d'observer les développements en relation avec la conclusion d'un accord entre l'Union européenne et la Confédération suisse concernant la coopération en matière d'application de leur droit de la concurrence. A ce propos, voir la proposition de décision du Conseil du 1^{er} juin 2012 (COM [2012] 245 final – 2012/0127 [NLE]), disponible sur internet à l'adresse: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52012PC0245:FR:NOT>. Sur cet accord, voir TOBLER C., «*Bilaterales Wettbewerbsrecht Schweiz-EU: Uneinheitlich, ineffizient und irrelevant?*», RDS 132/2013 I, p. 3. Voir enfin l'avant-projet de loi fédérale sur la collaboration avec des autorités étrangères et la protection de la souveraineté suisse (LCPS), en consultation jusqu'au 31 mai 2013 et disponible avec son rapport explicatif à l'adresse internet: <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/pendent.html>.

¹¹ Pour plus de détails, voir p.ex. BOVET C./GUGGENHEIM A., «*Surveillance des marchés financiers: rétrospective pour des perspectives II*», in Thévenoz L./Bovet C. (édit.), Journée 2009 de droit bancaire et financier, Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2010, p. 101, 112-124; BOVET C./LIÉGEOIS F., «*Répondre à la crise: activité irréprochable, transparence des marchés, entraide internationale et autres développements de la pratique et de la jurisprudence*», in Thévenoz L./Bovet C. (édit.) Journée 2010 de droit bancaire et financier, 2011 Genève/Zurich/Bâle (Schulthess), p. 143, 159-164.

Se servir des art. 25 ss de la loi sur les banques¹² comme base légale pour autoriser le transfert de données requises de l'UBS par les autorités fiscales américaines n'apparaissait pas comme une évidence. En effet, ces normes permettent à la FINMA d'ordonner des mesures protectrices «s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou qu'elle ne souffre de problèmes de liquidité importants, ou si la banque n'a pas rétabli une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres dans le délai imparti par la FINMA»¹³. Se trouvant face à un dilemme politico-juridique, l'autorité de surveillance a néanmoins fondé substantiellement sa décision sur ces dispositions. Au terme d'un jugement détaillé¹⁴, le TAF a refusé de suivre la FINMA sur cette voie. Plus particulièrement, il a considéré à juste titre que les art. 25 ss LB n'offraient pas une précision et une prévisibilité suffisantes pour servir de base légale à un transfert de données bancaires à des autorités étrangères. Outre les interprétations littérale¹⁵ et historico-téléologique¹⁶, la première juridiction de recours a souligné que :

«Auch unter systematischen Aspekten legen Art. 25 und 26 BankG den Schluss nicht nahe, eine Kompetenznorm für den Eingriff in bestehende Kundenverhältnisse zu sein: Davon ausgehend, dass der Vorinstanz eine ganze Palette von gesetzlichen Instrumenten zur Verfügung steht, um Einfluss auf die Verhältnisse des Gläubigers zur Bank zu nehmen, kann die Legitimation von Art. 25 und 26 BankG nur in einer Verfügungskompetenz bestehen, die sich auf direkte Wirkungen gegenüber der Bank beschränkt. Denn wie die Beschwerdeführer korrekt vorbringen, kann die Vorinstanz im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens nach Art. 42 Abs. 2 FINMAG ohne Weiteres in das Verhältnis des Gläubigers zu seiner Bank eingreifen und seine Bankkundendaten an eine ausländische Behörde übermitteln»¹⁷.

Excluant par ailleurs, également, l'application de la règle générale de l'art. 31 LFINMA¹⁸, le TF a pleinement confirmé l'analyse du TAF sur ces points¹⁹: tout en rappelant l'important pouvoir d'appréciation («Ermessensspielraum») dont dispose la FINMA dans ce domaine²⁰, notre Haute Cour a insisté sur le respect du principe de légalité dans ce type de circonstances²¹. Elle a néanmoins admis la transmission

¹² Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0).

¹³ Art. 25 al. 1 lit. a LB, qui renvoie à l'art. 26 LB pour une liste non exhaustive de ces mesures.

¹⁴ Arrêt TAF B-1092/2009 UBS AG, du 5 janvier 2010.

¹⁵ Idem, c. 6.4.1.

¹⁶ Idem, c. 6.4.2.

¹⁷ Idem, c. 6.4.1.

¹⁸ ATF 137 II 431, c. 2.3. Eg. arrêt TAF UBS AG (note 14), c. 7.

¹⁹ ATF 137 II 431, c. 2.2.

²⁰ Idem, c. 2.2.3.

²¹ Ibidem et idem, 2.3.

des données aux autorités américaines et légitimé la décision de la FINMA, sur la base de la clause générale de police de l'art. 36 de la Constitution fédérale²². Elle a toutefois relevé que sous réserve des compétences du Parlement fédéral, cette faculté n'appartenait qu'au Conseil fédéral et qu'en conséquence, aucune autorité administrative ne pouvait agir à sa place. Le gouvernement n'avait dès lors pas délégué cette compétence constitutionnelle à la FINMA mais l'avait plutôt mandatée d'intervenir – y compris par des mesures de surveillance – dans le sens des indications qu'il lui avait fournies lors de leurs différents échanges de communications. Toutes les conditions du cas de rigueur visé par l'art. 36 Cst. – « danger sérieux, direct et imminent » – étaient remplies en l'espèce. L'action de la FINMA était en outre conforme au principe de proportionnalité, l'intérêt collectif du fonctionnement continu du système financier suisse l'emportant sur les intérêts individuels des clients à la préservation de la confidentialité de leurs données bancaires, celles-ci ne faisant d'ailleurs pas l'objet d'une protection absolue selon le droit suisse²³.

3 Développements jurisprudentiels

La jurisprudence du TAF a pour l'essentiel repris celle du TF qu'elle a parfois développée et précisée. La richesse des situations en matière d'assistance administrative a aussi permis à la première juridiction d'explorer de nouveaux domaines. Les thèmes choisis tendent à illustrer ces constats.

3.1 Examen avec (grande) retenue

De façon constante, le TF et le TAF font preuve d'une certaine retenue lorsqu'ils revoient les décisions d'instances inférieures spécialisées – telles la FINMA – et disposant d'un certain pouvoir d'appréciation, notamment, comme en matière d'assistance administrative internationale, pour évaluer l'ensemble des circonstances politiques entourant le secteur boursier ; le tribunal n'interviendra dès lors que dans les limites nécessaires pour déterminer s'il y a eu ou non un excès, voire un abus dudit pouvoir d'appréciation²⁴. L'application de ce principe a parfois fait l'objet de critiques doctrinales²⁵.

Alors que le TAF se réfère habituellement en allemand à une «gewisse Zurückhaltung»²⁶, cette juridiction semble vouloir faire

²² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101).

²³ ATF 137 II 431, c. 4.4.

²⁴ Arrêt TAF B-5469/2010, du 7 décembre 2010, c. 4.2.6 (en italien: «*L'analisi dei rischi che la Svizzera incontrerebbe nel caso di una violazione dello IOSCO-MMoU esige conoscenze specialistiche e si fonda in parte su una valutazione delle condizioni politiche nell'ambito dell'assistenza amministrativa internazionale nel settore borsistico. Quando si tratta di valutare simili circostanze, il Tribunale amministrativo federale s'impone un certo riserbo ed un intervento s'impone solo laddove vi è un abuso od un eccesso del potere d'apprezzamento*»).

²⁵ En particulier, FELLER R. / MÜLLER M., «*Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung. Dargestellt am Urteil BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009*», ZBl 2009, p. 442.

²⁶ P.ex. arrêt TAF B-5272/2009 Quadrant AG, du 30 novembre 2010 (ATAF 2011/47), c. 5.1. Souligné par l'auteur.

un pas de plus en matière d'assistance administrative internationale puisque, dans un arrêt de mars 2012, elle utilise l'adjectif «*grosse Zurückhaltung*»²⁷. On pourrait penser à une rédaction un peu rapide. Toutefois, le TAF réaffirme dans le même considérant sa volonté de respecter une autonomie aussi large que possible de la FINMA, en indiquant qu'il n'entendait ni donner au recourant directement l'accès au dossier ni ordonner à l'autorité de première instance de procéder de la sorte en lui renvoyant le dossier²⁸. Celle-ci restait ainsi libre de statuer à nouveau, tout en prenant en compte les considérants de l'arrêt du TAF²⁹.

3.2 Qualité pour recourir

La qualité pour recourir contre des décisions d'entraide a fait l'objet d'une jurisprudence relativement abondante du TF³⁰. Il restait dès lors peu de questions nouvelles à trancher. L'apport du TAF dans ce domaine n'est cependant pas négligeable car il contribue à la sécurité juridique (1) et pose des limites claires à un mouvement qui pourrait paralyser en partie l'échange international d'informations (2).

3.2.1 Gérant de fortune

Comme le souligne cette juridiction, le TAF a « sans autre formalité »³¹ reconnu la qualité pour recourir du gérant de fortune indépendant s'opposant à la divulgation de l'ayant droit économique d'un compte visé par une demande d'assistance administrative internationale et pour lequel il dispose d'un mandat de gestion. En effet :

« Le devoir de garder le secret couvre toutes les informations qui résultent de la relation d'affaires directe existant entre le client et sa banque, ainsi que le point de savoir si et en faveur de qui existe un mandat de gestion de fortune. Le gérant de fortune indépendant agit, en tant que conseiller ou représentant, dans le cadre des pouvoirs qui lui ont été conférés par son client. Si son identité est révélée à l'étranger par le biais d'une entraide administrative, la relation particulière existant avec le client est touchée, que le gérant ait agi comme collaborateur d'un organe d'une banque ou d'un négociant de valeurs mobilières soumis à la surveillance, ou du client lui-même »³².

Lorsque le TAF a laissé la question ouverte, ce n'était que pour des motifs procéduraux³³.

²⁷ Arrêt TAF B-6062/2011, du 22 mars 2012, c. 6.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ A ce sujet, p. ex. BOVET C., « L'entraide administrative dans le domaine financier », in Bellanger F./Tanquerel T. (édit.), *L'entraide administrative*, Genève/Zürich/Bâle (Schulthess) 2005, p. 151.

³¹ Arrêt TAF B-1023/2009, du 5 mai 2009 (ATAF 2009/16), c. 2.3.1.

³² Ibidem.

³³ Arrêt TAF B-2537/2008, du 10 juillet 2008 (ATAF 2008/66), c. 3.2 (considérant non reproduit aux ATAF et faisant en outre référence à un considérant 1.3 lui-même non publié de l'ATF 129 II 484 [arrêt TF 2A.136/2003, du 26 août 2003], cité par le TAF dans son arrêt B-1023/2009 [note 31], c. 2.3.2).

Pour se voir reconnaître la qualité pour recourir, le gérant de fortune doit remplir quatre conditions, telles que systématisées et développées par le TAF et formant en pratique un tout cohérent :

- Le gérant de fortune indépendant doit disposer d'un mandat de gestion discrétionnaire écrit, clair et sans équivoque³⁴. Cet élément permet de distinguer le gérant de fortune du « simple » fondé de procuration. En effet, comme le relevait le TF déjà en 2001 : *«Im Gegensatz zum bloss Bevollmächtigten, der das Konto nicht autonom bewirtschaftet und nicht die Verantwortung für die einzelnen Investitionsentscheide trägt [...], hat der unabhängige Vermögensverwalter – wie der Kunde – ein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung eines förmlichen «Übermittlungsverfahrens», zumal wenn damit [...] die Bewilligung verbunden wird, die entsprechenden Angaben an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten»*³⁵.
- La transmission de renseignements à l'autorité étrangère doit être de nature à porter atteinte à la *relation de confiance* existant entre le client et le gérant de fortune, « si bien que ce dernier se trouve dans un rapport plus étroit avec l'objet de la contestation que n'importe quel autre tiers »³⁶. Bien que ce lien particulier soit généralement admis, car inhérent au mandat de gestion, ce n'est pas le cas lorsque les informations requises concernent en première ligne non le gérant ou ses organes ayant agi en leur qualité spécifique, mais un client du gérant ; le rapport de confiance n'est alors atteint que de manière indirecte, et la qualité pour recourir doit être déniée au gérant³⁷.
- Le gérant de fortune doit pouvoir faire valoir un intérêt propre à recourir. Celui-ci lui sera généralement refusé dans la situation qui vient d'être évoquée. Il est par ailleurs (très) douteux lorsque le gérant et son client déposent un seul acte de recours et que, dès lors, les intérêts du premier se confondent avec ceux du second³⁸. Il doit en revanche être pleinement reconnu lorsque, bien que la transaction ait eu lieu économiquement en faveur du détenteur du compte, l'identité de celui-là n'est pas dévoilée à l'autorité requérante, mais celle du gérant l'est ; la mesure d'entraide est en effet alors dirigée directement contre ce dernier³⁹.
- Conformément à l'art. 48 al. 1 lit. a de la loi fédérale sur la procédure administrative⁴⁰, le gérant doit en outre avoir pris part à la procédure devant la FINMA ou avoir été privé de la possibilité de

³⁴ Arrêt TAF B-1023/2009 (note 31), c. 2.3.2.

³⁵ ATF 127 II 323, c. 3b/bb, cité par le TAF. Eg. arrêt TF 2A.3/2004, du 19 mai 2004, c. 5.3.3, en italien, mais se référant expressément en français au « mandat de gestion discrétionnaire » (aussi cité par le TAF dans son arrêt B-1023/2009 [note 31], c. 2.3.2).

³⁶ Arrêt TAF B-1023/2009 (note 31), c. 2.3.1.

³⁷ Idem, c. 2.3.3

³⁸ Arrêt TAF B-2537/2008 (note 33), c. 3.2.

³⁹ Arrêt TAF B-1023/2009 (note 31), c. 2.3.3.

⁴⁰ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

le faire. Le fait que le gérant de fortune ait accepté que son identité – mais pas des informations concernant sa relation juridique avec son client⁴¹ – soit communiquée à l'autorité requérante ou que l'autorité de première instance ait renoncé à mentionner le gérant comme destinataire de la décision n'a pas d'impact négatif sur cette dernière condition⁴².

Cette jurisprudence pose des conditions relativement strictes à la qualité pour recourir du gérant de fortune indépendant. On observera avec intérêt sa mise en œuvre dans d'autres cas, pour déterminer en particulier si l'accès à la juridiction de recours est ainsi rendu plus difficile⁴³.

Certains considérants pourraient éventuellement suggérer le contraire : d'une part, le TAF se réfère à un gérant qui aurait « agi comme collaborateur d'un organe d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières soumis à la surveillance, ou du client lui-même »⁴⁴; d'autre part, il opère des parallèles entre la situation du négociant en valeurs mobilières (assujéti à la surveillance de la FINMA) et celle du gérant de fortune indépendant (en l'état, généralement non assujéti)⁴⁵. L'arrêt que nous allons brièvement aborder établit une volonté claire du TAF de ne pas élargir le cercle des personnes ayant qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide.

3.2.2 Employé du gérant de fortune

Avec raison, le TAF a déclaré irrecevable le recours formé par un employé d'un gérant de fortune qui avait passé les ordres à la salle des marchés du négociant en valeurs mobilières et dont le nom allait être transmis à la *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC), en même temps que d'autres informations sur les transactions et des données bancaires. On peut se borner à citer ici l'argumentation de la juridiction administrative :

« [L'employé] n'est touché que de manière indirecte par la mesure d'entraide. En effet, celui-ci n'a fait qu'exécuter les ordres donnés par le gérant de fortune indépendant [...], son employeur. Uniquement ce dernier – qui gère les comptes concernés de manière autonome et qui supporte la responsabilité de chaque décision d'investissement – dispose d'un intérêt légitime à prendre part à la procédure d'entraide en qualité de partie [...]. [L]e Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que même si la transmission des

⁴¹ Le gérant ne peut alors plus se prévaloir d'être atteint directement dans ses rapports particuliers avec son client. Il appartient alors au client de mener seul la procédure de recours. A ce propos, arrêt TAF B-5053/2010, du 29 septembre 2010, c. 2.3.1.

⁴² Implicite dans l'arrêt TAF B-1023/2009 (note 31), c. 2.3.1 et 2.3.2, est parfaitement rassurant.

⁴³ Sur ce plan, l'arrêt TAF B-5053/2010 (note 41), c. 2.3.1 et 2.3.2, est parfaitement rassurant.

⁴⁴ Arrêt TAF B-1023/2009 (note 31), c. 2.3.1

(souligné par l'auteur).
⁴⁵ Idem, c. 2.3.3.

renseignements requis entraîne la révélation de l'identité d'un tiers titulaire d'une procuration (de fait) sur le compte bancaire, ce dernier n'est pas légitimé, tout comme l'ayant droit économique, à recourir contre la mesure d'entraide [...]. Une solution contraire conduirait à un élargissement excessif du cercle des personnes habilitées à s'opposer à l'octroi de l'entraide et entraînerait dans de nombreux cas l'entrave, voire la paralysie de la collaboration internationale, en contradiction avec le but de la loi et des traités internationaux souscrits par la Suisse dans ce domaine »⁴⁶.

Dans ce type de situation, il est clairement préférable de négocier avec la FINMA pour éviter que le nom de l'employé n'apparaisse, la pertinence de cette information pour l'autorité étrangère semblant a priori limitée. Toutefois, il n'est pas exclu que l'implication apparemment forte du gérant de fortune/employeur dans les transactions incriminées ait empêché l'employé de trouver un arrangement avec la FINMA.

3.3 Droit d'être entendu

La violation du droit d'être entendu est une objection courante des plaideurs. Au fil des affaires et des années, la loi, la jurisprudence et la pratique des autorités ont cependant relativement bien défini le cadre dans lequel ce droit s'exerce⁴⁷. L'accès au dossier (1) et la motivation de la décision (2) en constituent deux facettes importantes.

3.3.1 Accès au dossier

L'entraide administrative est un moyen de coopération essentiel de la FINMA au niveau international. D'une part, elle constitue un instrument de surveillance consolidée des marchés financiers. D'autre part et plus généralement, elle permet de montrer la bonne volonté de la Suisse dans des dossiers où des auteurs d'infractions aux règles boursières pensent pouvoir utiliser impunément un compte ou les services d'établissements bancaires et financiers de notre pays. Certaines prescriptions élaborées en dehors des cercles législatifs habituels («*soft law*») entraînent cependant parfois une confrontation entre ces dispositions, présentées comme des standards internationaux, et les règles de la procédure administrative.

Le TAF a eu l'occasion de se pencher sur ce type de situation dans trois arrêts similaires, rédigés dans chacune de nos langues officielles⁴⁸. On peut donc parler d'une jurisprudence clairement affirmée.

⁴⁶ Arrêt TAF B-5053/2010 (note 41), c. 2.4.

⁴⁷ L'un des ouvrages habituels de référence dans ce domaine est ALBERTINI M., «*Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates: eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*», Berne (Stämpfli) 2000.

⁴⁸ Arrêts TAF B-5469/2010 (note 24; en italien), B-6062/2011 (note 27; en allemand) et B-6980/2011, du 3 juillet 2012 (ATAF 2012/19; en français).

Plus particulièrement, la FINMA est membre ordinaire de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), plus connue sous son acronyme anglais : IOSCO (*International Organization of Securities Commissions*)⁴⁹. C'est dans ce cadre qu'a été adopté un accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations⁵⁰ (*Multilateral Memorandum of Understanding [MMoU]*)⁵¹. La FINMA est un « membre A » (« *full signatory* ») de cet accord, les « membres B » étant désignés en tant que : « *Members [having] committed to seeking the legal authority necessary to enable them to become full signatories to the IOSCO MMoU (Appendix A). For these members, cooperation in accordance with the standards set out in the IOSCO MMoU will begin on the date of its signing to Appendix A* »⁵². Or, les membres à part entière ont notamment accepté d'appliquer les prescriptions de l'art. 11 lit. a du MMoU qui restreignent sensiblement la capacité d'information des autorités de surveillance :

« Chaque Autorité préservera le caractère confidentiel des demandes présentées dans le cadre du présent Accord, leur contenu et tous les éléments découlant du présent Accord, y compris les consultations entre Autorités et l'assistance fournie spontanément. Après avoir consulté l'Autorité requérante, l'Autorité requise pourra divulguer le fait que l'Autorité requérante a présenté une demande, si cette révélation est nécessaire pour mener à bien la requête »⁵³.

Sur cette base, la FINMA a remis à des personnes visées par des procédures d'assistance administrative internationale une copie du dossier les concernant, mais pas la requête d'entraide, qualifiée de confidentielle par l'autorité ; celle-ci « a toutefois résumé les faits tels qu'ils ressortent de ladite requête »⁵⁴. La FINMA a rejeté les diverses objections de ces personnes et a rendu une décision permettant la transmission des informations bancaires à l'autorité étrangère. Dans le cadre de la procédure d'instruction du recours portant sur le troisième cas, le TAF a invité l'autorité de surveillance à indiquer si elle souhaitait réexaminer sa position à la lumière de l'arrêt rendu par le tribunal quelques mois plus tôt. La FINMA a persisté dans sa position antérieure.

La question centrale était la compatibilité de cette politique de confidentialité avec l'art. 27 al. 1 et 2 PA, selon lesquels :

⁴⁹ Voir le site internet de cette organisation à l'adresse : http://www.iosco.org/lists/display_members.cfm?CurrentPage=2&orderBy=jurSortName&alpha=s&memID=1&rows=10.

⁵⁰ En français (version de mai 2002) : <http://iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD126-French.pdf>.

⁵¹ En anglais (version de mai 2002, révisée en mai 2012) : <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD386.pdf>.

⁵² Voir la liste complète des signataires sur le site d'IOSCO (http://www.iosco.org/library/index.cfm?section=mou_siglist), sur laquelle figurent à ce jour (30 mars 2013) 94 « membres A » et 25 « membres B ».

⁵³ En anglais : « *Each Authority will keep confidential requests made under this Memorandum of Understanding, the contents of such requests, and any matters arising under this Memorandum of Understanding, including consultations between or among the Authorities, and unsolicited assistance. After consultation with the Requesting Authority, the Requested Authority may disclose the fact that the Requesting Authority has made the request if such disclosure is required to carry out the request.* » Le texte anglais de la version révisée de mai 2012 (note 51) est en tout point conforme au texte français de la version de mai 2002 (note 50).

⁵⁴ Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), « Faits », B. c. Eg. explicite dans l'arrêt TAF B-5469/2010 (note 24), « Fatti », E et H.

- «¹L'autorité ne peut refuser la consultation des pièces que si :
- a. des intérêts publics importants de la Confédération ou des cantons, en particulier la sécurité intérieure ou extérieure de la Confédération, exigent que le secret soit gardé;
 - b. des intérêts privés importants, en particulier ceux de parties adverses, exigent que le secret soit gardé;
 - c. l'intérêt d'une enquête officielle non encore close l'exige.

²Le refus d'autoriser la consultation des pièces ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes ».

Ces principes sont complétés par l'art. 28 PA, à teneur duquel : « Une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves ».

On peut déduire de ces règles et de la jurisprudence du TAF quatre conditions :

- En premier lieu, il faut un intérêt public ou privé prépondérant, l'emportant sur le droit d'accès (complet) au dossier, ce principe faisant lui-même partie intégrante du droit (plus large) d'être entendu. Dans chacun de ces arrêts, le tribunal rappelle que « [l']énumération des intérêts figurant à l'art. 27 al. 1 let. a PA se présente de manière non exhaustive »⁵⁵. La juridiction administrative reconnaît que le respect des engagements internationaux et le maintien de bonnes relations avec les Etats étrangers appartiennent à ces intérêts, sous l'angle de la sécurité et, plus largement, de la politique extérieure de la Suisse⁵⁶. Outre les éléments connexes évoqués ci-dessous, le TAF constate que « rien dans l'argumentation avancée par l'autorité inférieure [...] ne laisse encore présager, avec un degré de vraisemblance suffisamment élevé, une telle dégradation des relations entre les deux pays en raison de la transmission de certaines données de la requête touchant les recourants »⁵⁷. Contrairement à ce que le TAF avait retenu dans le premier cas qu'il avait eu à juger dans ce contexte⁵⁸, aucune « situation singulière dangereuse »⁵⁹ n'a pu être considérée comme établie dans les deux autres arrêts, y compris une détérioration des relations qui aurait pour effet

⁵⁵ Arrêts TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.1, B-6062/2011 (note 27), c. 4.1, et B-6980/2011 (note 48), c. 4.1.

⁵⁶ Arrêts TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.1, B-6062/2011 (note 27), c. 4.1.2, et B-6980/2011 (note 48), c. 4.1.2.

⁵⁷ Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 6. Eg. arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), c. 5.1.3.

⁵⁸ Voir arrêt TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.2 ss. Les « gravi conseguenze » évoquées au c. 4.2.6 de cet arrêt se résument – mais de manière concrète et spécifique, non générale – au refus de la Banque centrale italienne d'accorder une autorisation de type « LPS » à dix établissements de crédit suisses (« *Ciò potrebbe avvenire ad esempio se la Banca Centrale d'Italia si rifiutasse di rilasciare a dieci istituti di credito svizzeri una licenza LPS, come lascia intendere l'articolo contenuto in <[nome della rivista]> del [data]* »).

⁵⁹ Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 5.1. En allemand : « *gesuchsspezifische Gefahrenlagen* » (arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), c. 5.1.1. Des trois expressions linguistiques, c'est probablement la version allemande qui exprime le mieux la pensée générale du TAF sur ces questions.

de restreindre l'accès au marché anglais aux intermédiaires financiers suisses⁶⁰. Le tribunal a exclu pour les mêmes raisons l'application de l'art. 27 al. 1 lit. c PA⁶¹.

- Le principe de proportionnalité impose à l'autorité de n'exclure du droit d'accès que les pièces, voire seulement les passages de celles-ci qu'il y a lieu de garder secrets⁶². Pour la juridiction de recours, « [i] est douteux que [l'art. 11 lit. a du MMoU] puisse ou doive être interprétée de telle manière que l'autorité inférieure ne serait en aucun cas habilitée à octroyer l'accès à la demande d'entraide – même en caviardant les éléments sensibles – à défaut de quoi le Memorandum of Understanding serait violé. La teneur de la clause dudit memorandum n'exclut a priori pas que l'autorité inférieure dispose de la faculté d'accorder le droit de consultation à la personne idoine d'une manière conforme à l'art. 27 PA après avoir consulté l'autorité requérante »⁶³.
- L'autorité doit communiquer aux parties les éléments essentiels des pièces ou des passages dont la consultation a été refusée (art. 27 al. 2 *cum* 28 PA)⁶⁴. Le droit d'être entendu prend ici une double dimension : d'une part, les parties doivent pouvoir se prononcer sur ce résumé et offrir des contre-preuves ; d'autre part, les éléments communiqués par l'autorité doivent être suffisants pour permettre aux parties d'exercer pleinement leurs droits⁶⁵.

⁶⁰ Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 6.

⁶¹ C'était en particulier difficile dans le cas de l'arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), puisque comme le relève le TAF au c. 5.2 : «*Der Wortlaut des Amtshilfeersuchens vom 25. August 2010 wird in der angefochtenen Verfügung wörtlich wiedergegeben; die Vorinstanz hat lediglich wenige sprachliche Veränderungen vorgenommen, die rein kosmetischer, somit untergeordneter Natur sind. Es sind keine zusätzlichen oder weiterführenden Angaben bzw. Ausführungen darin enthalten, welche die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vorenthalten hätte*». Eg. arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 7

⁶² Arrêts TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.4.2, B-6062/2011 (note 27), c. 4.2, et B-6980/2011 (note 48), c. 4.2.

⁶³ Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 5.2. Eg. arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), c. 5.1.2.

⁶⁴ Arrêts TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.7, B-6062/2011 (note 27), c. 4.3, et B-6980/2011 (note 48), 4.3.

⁶⁵ En général, arrêt TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.7.

- Le TAF a donné une importance marquée à une quatrième condition : l'appréciation de l'intérêt public ou privé prépondérant doit se faire concrètement, non en termes généraux⁶⁶. Le tribunal revient à plusieurs reprises sur ce point, pour en souligner la signification⁶⁷ : faute d'une base légale spéciale, dérogeant au régime des art. 27 et 28 PA⁶⁸, l'autorité de première instance doit démontrer qu'un tel intérêt existe dans le cas d'espèce. Or, tant la FINMA que les recourants admettent que le MMoU a un caractère non contraignant⁶⁹; on n'est donc pas en présence d'une règle de droit international qui l'emporterait sur notre droit national⁷⁰. Le TAF propose par ailleurs – à nouveau – une interprétation divergente du MMoU, cette fois de son art. 6 : la juridiction de recours relève que la dernière phrase de cette norme, selon laquelle le MMoU n'a pas pour objectif « de créer des obligations ayant force de loi, ni de remplacer les législations nationales », permet une application du MMoU conforme à l'art. 27 PA⁷¹.

Même si les conséquences de ces trois arrêts ne sont pas encore entièrement connues, il convient d'en saluer le contenu dans la mesure où il repose sur de solides fondements juridiques. L'autorité de surveillance doit parfois faire des choix qui ont en partie une coloration « politique », dans le sens où ceux-ci s'inscrivent dans le contexte plus large des relations de la FINMA avec ses contreparties étrangères et des discussions menées dans le cadre d'organismes internationaux. De son côté, le TAF doit toutefois exercer pleinement son rôle de juridiction de recours de dernière instance en matière d'assistance administrative internationale⁷²; il l'a d'ailleurs fait avec une retenue particulière sur le plan des effets procéduraux⁷³, tout en semblant inviter diplomatiquement la FINMA à réfléchir à une éventuelle modification du droit actuellement applicable⁷⁴.

⁶⁶ Idem, c. 4.4.2.

⁶⁷ A titre d'illustration, *idem*, c. 6 : « Il s'agit cependant de considérations générales valant pour l'ensemble des autorités de surveillance signataires du MMoU, excluant ainsi d'une manière toute générale la transmission de l'ensemble des requêtes d'entraide administrative internationale émanant desdites autorités. [...] Or, concrètement, rien dans l'argumentation avancée par l'autorité inférieure dans le cas d'espèce » (souligné par l'auteur).

⁶⁸ Arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), c. 5.1.1. Le TAF relève notamment que (arrêt TAF B-6980/2011 [note 48], c. 5.2) : « Rien, à la lecture des déterminations de l'autorité inférieure, ne suggère que les autorités compétentes entreprendraient actuellement de modifier la réglementation dans ce sens ».

⁶⁹ Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 3. Eg. arrêt TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.6.

⁷⁰ Art. 26 et 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS O.111), ainsi que les art. 5 al. 4 et 190 Cst.

⁷¹ Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 5.2. Eg. arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), c. 5.1.2.

⁷² Voir supra note 8.

⁷³ Supra section 3.1.

⁷⁴ Supra note 68.

3.3.2 Motivation de la décision

L'arrêt du TAF du 15 février 2010⁷⁵ concernant des requêtes d'en-taide émanant respectivement de la *US Securities and Exchange Commission* (SEC) et de la *British Columbia Securities Commission* (BCSC)⁷⁶ a offert au tribunal l'occasion de rendre un véritable jugement de fond en matière de droit d'être entendu. Sans revenir sur les rappels – toutefois essentiels – relatifs aux décisions incidentes n'imposant pas à l'autorité d'entendre les parties⁷⁷ ou au défaut de notification⁷⁸ et à l'effet guérisseur de la procédure de recours⁷⁹, il nous paraît utile de présenter ici l'argumentation du TAF sur l'étendue du devoir de motivation de la décision de première instance.

Avant de rendre sa décision, l'autorité doit entendre les parties⁸⁰ et apprécier tous les allégués importants et présentés en temps utile⁸¹. La pleine réalisation de ces devoirs n'est possible que si l'autorité informe suffisamment les personnes concernées, d'une part, du fait qu'une décision sera rendue au terme de la procédure et, d'autre part, au moins en termes généraux («*in groben Zügen*»), du contenu de cette décision; les parties doivent ainsi pouvoir saisir l'étendue et la portée des clarifications relatives à l'état de fait⁸².

Ces prémisses procédurales se répercutent dans la rédaction de la décision :

«Die Behörde hat die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidfindung zu berücksichtigen. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde ist indessen nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Partei zu äussern. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken»⁸³.

Les deux dernières phrases allègent quelque peu le travail de la FINMA, qui peut donc laisser de côté certains arguments des parties. Elle préférera cependant, généralement, les traiter brièvement, en se référant le cas échéant à la jurisprudence bien établie dans ce domaine. On ne

⁷⁵ Arrêt TAF B-7107/2009, du 15 février 2010 (ATAF 2010/26).

⁷⁶ Sur la qualification de cette autorité en tant que requérante au regard de la réglementation canadienne, voir *idem*, c. 3.2.

⁷⁷ Art. 30 al. 2 PA. Voir arrêt TAF B-7107/2009 (note 75), c. 4.1).

⁷⁸ *Idem*, c. 4.1.1 à 4.1.3.

⁷⁹ *Idem*, c. 4.2.

⁸⁰ Art. 30 al. 1 PA.

⁸¹ Art. 32 al. 1 PA. Sur les allégués tardifs, voir art. 32 al. 2 PA.

⁸² Arrêt TAF B-7107/2009 (note 75), c. 4.1, avec d'autres références.

⁸³ *Idem*, c. 4.3.1 (souligné par l'auteur).

⁸⁴ Supra note 8.

⁸⁵ A ce propos, voir p. ex. Moreillon L. (édit.), *Entraide internationale en matière pénale*, Commentaire, Bâle/Genève/Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2004, art. 67a EIMP.

⁸⁶ Art. 67a al. 1 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1).

⁸⁷ Souligné par l'auteur. Cette convention, dont la première version, rédigée sous l'égide du Conseil de l'Europe et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), date de 1988, a été modifiée par un protocole d'amendement de mai 2010. Elle a été signée sous cette forme révisée en novembre 2011, dans le cadre du G20 de Cannes; comme le souligne l'OCDE dans son communiqué de presse: « Avant la cérémonie de signature, la Convention amendée avait déjà été signée par 21 pays: la Belgique, la Corée, le Danemark, l'Espagne, les Etats-Unis, la Finlande, la France, la Géorgie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Mexique, la Moldavie, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Suède et l'Ukraine » (<http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/conventionconcernant-l'assistanceadministrative-mutuelleenmatierefiscale.htm>). Le texte actuel, avec le rapport explicatif, est disponible sur le site internet de l'OCDE à l'adresse: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/la-convention-multilaterale-concernant-l'assistance-administrative-mutuelle-en-matiere-fiscale_9789264115682-fr.

La convention est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2011.

⁸⁸ Comme le rappelle le § 67 du rapport explicatif (note 87): « Les échanges spontanés de renseignements s'avèrent souvent plus efficaces que les échanges automatiques, dans la mesure où ils concernent, la plupart du temps, des cas qui ont été décelés et sélectionnés par

peut en effet ignorer que la FINMA est l'autorité de première instance, qui joue par nature un rôle essentiel dans l'établissement des faits – même dans une procédure d'assistance administrative internationale, où elle a une fonction restreinte, puisque l'on se situe à une étape préliminaire d'une enquête menée avant tout par l'autorité requérante étrangère. Qui plus est, rappelons que le TAF est, pour sa part, la seule et ultime autorité de recours en l'espèce⁸⁴.

3.4 Entraide spontanée et utilité potentielle

En matière *pénale*, la « transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations » est expressément consacrée par la loi, qui permet à l'autorité de poursuite pénale suisse, moyennant le respect de certaines conditions⁸⁵, de communiquer à une autorité étrangère « des moyens de preuve qu'elle a recueillis au cours de sa propre enquête, lorsqu'elle estime que cette transmission: (a) est de nature à permettre d'ouvrir une poursuite pénale, ou (b) peut faciliter le déroulement d'une enquête en cours »⁸⁶. On retrouve cette notion d'« échange spontané de renseignements » à l'art. 7 al. 1 de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale⁸⁷ selon lequel: « Une Partie communique, sans demande préalable, à une autre Partie les informations dont elle a connaissance [notamment] dans les situations suivantes: (a) la première Partie a des raisons de présumer qu'il existe une réduction ou une exonération anormales d'impôt dans l'autre Partie [ou] (d) une Partie a des raisons de présumer qu'il existe une diminution d'impôt résultant de transferts fictifs de bénéficiaires à l'intérieur de groupes d'entreprises »⁸⁸. La Suisse n'est pas partie à cette convention.

Dans un arrêt de 1999, le TF avait déjà mis en relation, dans les termes suivants, sous l'angle de l'entraide spontanée, l'art. 67a EIMP, entré en vigueur le 1^{er} février 1997, et l'art. 38 LBVM:

«Die Änderung des Rechtshilfegesetzes vom 4. Oktober 1996 sieht nun allerdings, unter bestimmten Kautelen, auch die Möglichkeit spontaner Rechtshilfe vor (Art. 67a IRSG), so dass kein Anlass besteht, den erwähnten Grundsatz unbesehen auf die Amtshilfe zu übertragen. Die Amtshilfebestimmungen schliessen die Erteilung von spontaner Amtshilfe (ohne Ersuchen) nicht aus. Die Globalisierung der Märkte und die Internationalisierung der Finanzdienstleistungen machen eine umfassende Überwachung und damit eine enge Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden

unabdingbar [...] Rechtlich steht der Leistung von Amtshilfe, ob mit oder ohne Ersuchen, die Bindung an das Amtsgeheimnis entgegen; dieses tritt jedoch zurück, wenn die Voraussetzungen von Art. 38 BEHG erfüllt sind; danach ist die Erteilung der Amtshilfe aber gerade nicht von einem ausdrücklichen Gesuch abhängig. Die Bankenkommission ist daher befugt, Amtshilfe auch ohne ein solches, d.h. spontan zu leisten»⁸⁹.

Ces principes ont été confirmés et précisés par la jurisprudence du TF⁹⁰, telle que reprise par le TAF. Cette dernière juridiction a ainsi pu distinguer entre l'entraide spontanée indépendante ou anticipée («*selbständige oder antizipierte spontane Amtshilfe*») et l'entraide spontanée complémentaire («*ergänzende spontane Amtshilfe*»)⁹¹ : la première intervient en l'absence de toute requête et ne peut porter que sur des informations publiques⁹². La seconde tend, quant à elle, à « compléter une requête d'entraide administrative étrangère avec des informations apparaissant judiciaires dans la mesure où elles semblent utiles à la procédure étrangère et qu'elles demeurent dans un rapport de connexité avec celle-ci »⁹³.

Ce concept est intimement lié au principe d'utilité potentielle («*potentielle Erheblichkeit*») et parfois se combine, voire se confond avec ce dernier, dont l'origine se trouve, elle aussi, dans la jurisprudence sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale⁹⁴ :

«Massgeblich ist die potentielle Erheblichkeit der beschlagnahmten Aktenstücke: Den ausländischen Strafverfolgungsbehörden sind diejenigen Aktenstücke zu übermitteln, die sich möglicherweise auf den im Rechtshilfeersuchen dargestellten Sachverhalt beziehen können; nicht zu übermitteln sind nur diejenigen Akten, die für das ausländische Strafverfahren mit Sicherheit nicht erheblich sind».

Le principe de proportionnalité n'est ainsi pas violé lorsque la FINMA transmet spontanément à sa contrepartie étrangère, en complément de sa requête, des renseignements remplissant les deux conditions cumulatives précitées (utilité et connexité), y compris lorsque ceux-ci ont « seulement » une utilité potentielle pour l'enquête conduite à titre principal par l'autorité requérante.

un fonctionnaire des impôts de l'Etat qui transmet les renseignements au cours d'une vérification ou d'un contrôle fiscal.»

⁸⁹ ATF 125 II 65, c. 7.

⁹⁰ P.ex. arrêt TF 2A.170/2006,

du 8 mai 2006, c. 2.3.1 : «Danach konnte die Bankenkommission bereits bisher ein Ersuchen spontan mit ihr aufsichtsrechtlich sinnvoll erscheinenden Auskünften ergänzen, soweit diese für das ausländische Verfahren dienlich erschienen und damit in einem sachlichen Zusammenhang standen.»

⁹¹ Arrêt TAF B-7107/2009 (note 75), c. 5.6.

⁹² Ibidem.

⁹³ Arrêt TAF B-997/2009, du 5 mai 2009, c. 5.1.

⁹⁴ ATF 122 II 367, c. 2.c.

3.5 Extension à la lutte contre la corruption ?

Le moins que l'on puisse dire est que la lutte contre la corruption n'est pas le cas d'assistance administrative le plus habituel au regard de l'art. 38 LBVM. Pourtant, aucune objection ne semble avoir été soulevée à ce propos, que ce soit du côté des parties et, en particulier, de la recourante, ou des autorités de première instance, au moment de la réception de la requête et de son examen, ou du recours, vraisemblablement faute de griefs à ce sujet.

L'arrêt du TAF du 5 octobre 2011⁹⁵ est donc intéressant à plus d'un titre.

Les faits sont relativement simples : une société cotée aux Etats-Unis a vraisemblablement obtenu, à la faveur d'actes de corruption d'agents publics, en violation des dispositions légales applicables, des contrats avec des entreprises d'Etat dans un autre pays. La société cotée a ainsi transféré de 2006 à 2010 près de deux millions de dollars US sur le compte bancaire suisse d'une autre société, se présentant depuis 2005 comme un agent local de la première. La SEC a présenté une requête à la FINMA tendant à obtenir diverses informations et documents relatifs à ce compte. L'autorité de surveillance suisse a répondu positivement à cette demande⁹⁶. Le titulaire du compte a recouru au TAF, qui a confirmé la décision de la FINMA.

La réserve que l'on pourrait formuler en rapport avec l'intégration de la lutte contre la corruption dans l'assistance administrative peut être levée déjà au niveau de l'admission de la SEC en tant qu'« autorité étrangère de surveillance des marchés financiers » selon l'art. 38 LBVM⁹⁷. S'il est vrai que la jurisprudence constante du TF et du TAF insiste à juste titre sur le fait que les autorités étrangères ne doivent pas correspondre trait pour trait à l'autorité de surveillance suisse⁹⁸, on doit tout de même sérieusement se demander si la lutte contre la corruption d'agents publics d'un Etat tiers entre véritablement dans le cadre de cette surveillance⁹⁹.

En l'espèce, on pouvait l'accepter dans une perspective à la fois formelle et matérielle. Sur le premier plan, le TAF relève en effet que le *Foreign Corrupt Practices Act* constitue un amendement au *Securities Exchange Act*¹⁰⁰. Matériellement, la SEC a fondé sa requête majoritairement sur une série de règles comptables du *Securities Exchange Act*¹⁰¹ et ses normes d'application¹⁰² ; la section 30A du *Securities Exchange Act* («*Prohibited foreign trade practices by issuers*») n'apparaît qu'à la fin de cette liste de dispositions. L'infraction de la société émettrice revêt donc une double dimension qui

⁹⁵ Arrêt TAF B-3894/2011, du 5 octobre 2011.

⁹⁶ Voir en particulier, idem, c. 6, sur l'ampleur de la documentation et des informations transmises.

⁹⁷ Idem, c. 4 et 6.2.

⁹⁸ A titre d'illustration, arrêt TF 2A.276/2002 *Euronext Brussels*, c. 1.1.

⁹⁹ Il est vrai que la formulation de l'art. 38 al. 2 lit. a LBVM est relativement large, puisque cette disposition se réfère à « la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières ».

¹⁰⁰ Arrêt TAF B-3894/2011 (note 95), c. 6.2. Voir ég. c. 6 au début.

¹⁰¹ Ce texte de loi est disponible sur le site internet de la SEC à l'adresse : <http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>.

¹⁰² Arrêt TAF B-3894/2011 (note 95), c. 6.2.

légitime ici l'octroi de l'entraide : (i) ces pratiques illicites en matière de commerce extérieur ont (ii) de fortes implications sur le plan des rapports boursiers et, plus largement, de la documentation et des contrôles comptables de la société soumise à la surveillance de la SEC. On doit cependant faire preuve d'une certaine prudence lorsque, comme dans le cas présent, d'une part, la démarche entreprise par l'autorité étrangère vise une société tierce¹⁰³ et, d'autre part, la voie de l'entraide judiciaire en matière pénale est ouverte pour les faits liés aux pratiques de corruption¹⁰⁴.

4 Conclusion

Seule autorité de recours en matière d'assistance administrative internationale, le TAF joue pleinement son rôle de « gardien du temple ». Dans ce domaine, sa jurisprudence souligne une volonté de faire respecter les principes de la procédure administrative, tout en respectant la qualité d'autorité spécialisée de la FINMA en insistant, en particulier, sur la retenue que cette juridiction entend observer. Si les affaires relatives à l'accès au dossier peuvent laisser un goût amer à l'autorité de surveillance confrontée à certains impératifs internationaux, la plupart des autres arrêts montrent une bonne compréhension du tribunal à l'égard des défis de la FINMA. On en veut notamment pour preuves l'interprétation souple de la notion de droit boursier dans le cadre de l'affaire relative aux soupçons de corruption et le refus justifié d'étendre la qualité pour recourir aux employés d'un gérant de fortune indépendant.

Fondés d'abord sur une reprise de la jurisprudence du TF, les arrêts du TAF ont rapidement construit leur propre système à la faveur de nouvelles problématiques. Cette jurisprudence a donc acquis une existence spécifique et une véritable maturité. Ces qualités justifieraient que, pour les questions ayant trouvé des réponses bien établies, le TAF rende des arrêts plus brefs, sur le modèle de la jurisprudence du TF dans les domaines où il n'y a guère de place pour de longues analyses et argumentations de fond. Le justiciable devrait comprendre que cette manière de procéder lui garantit un traitement rapide et efficace de son cas, même si ce n'est pas toujours l'objectif visé par les recourants en matière d'entraide.

¹⁰³ On ignore toutefois les liens structurels exacts de celle-ci avec la société émettrice. S'agissait-il d'une filiale ou d'une société sœur par exemple ?

¹⁰⁴ Notons dans ce contexte qu'alors que la procédure d'assistance administrative internationale était en cours, l'affaire a pris une tournure pénale aux Etats-Unis puisque, comme le souligne le TAF dans son arrêt (« Faits », B) : « A la suite d'un échange de correspondance portant sur la consultation du dossier, la FINMA a, en date du 14 janvier 2011, remis à [la société recourante] la requête de la SEC qui, ayant été portée à la connaissance des autorités pénales avec l'accord de cette dernière, avait perdu son caractère confidentiel ».