

Août 2009

L'entraide administrative boursière internationale

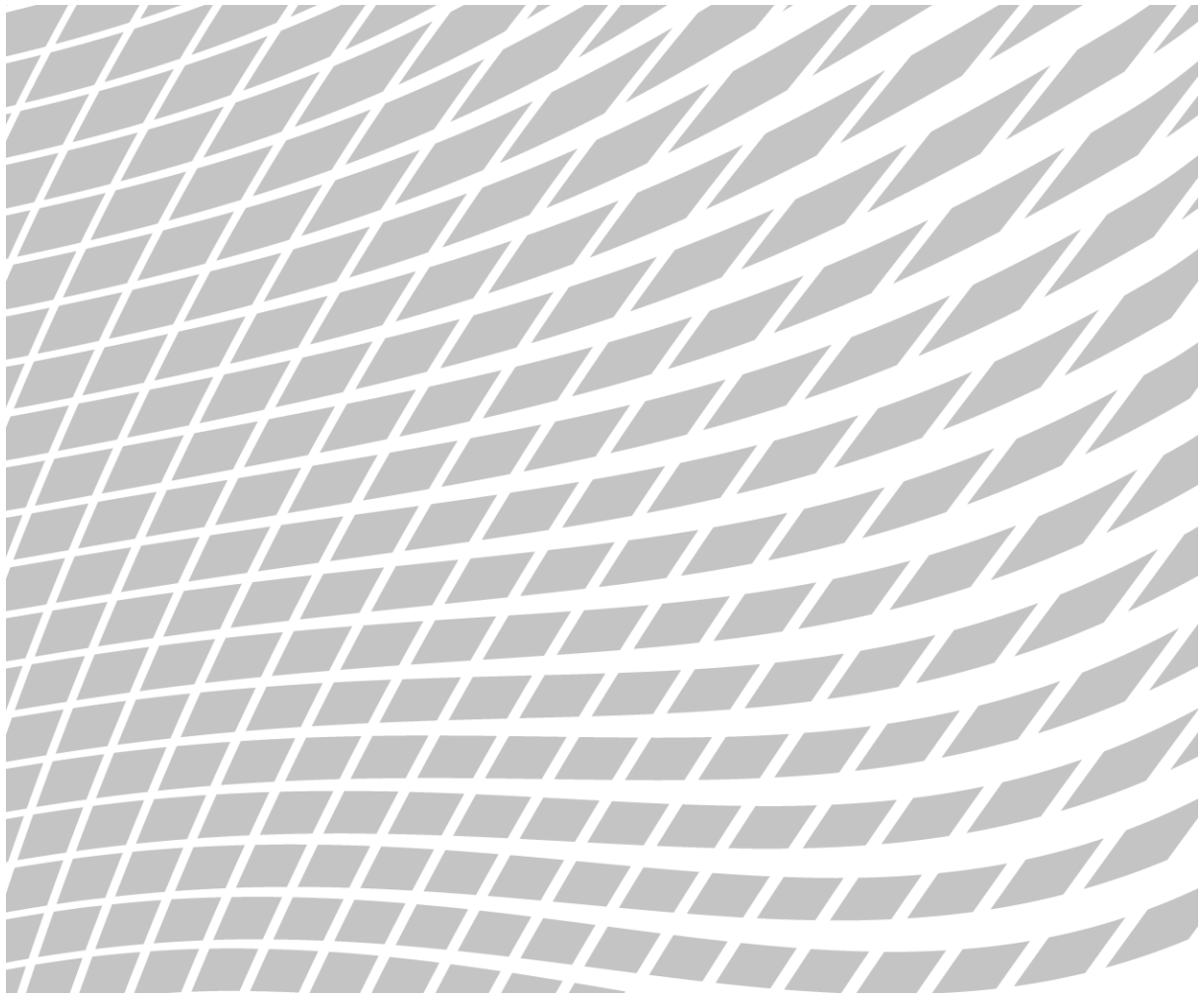


Table des matières

Résumé.....	6
1 Introduction	7
2 Contexte international	8
3 Cadre juridique de l'entraide boursière suisse.....	10
3.1 Art. 38 de la loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières	10
3.2 Problèmes rencontrés sous l'ancien droit	11
4 Entraide active demandée par la FINMA	12
5 Description d'une procédure d'entraide type.....	13
5.1 Origine d'une requête d'entraide	13
5.2 Contenu de la requête.....	13
5.3 Contrôle des conditions formelles par la FINMA.....	14
5.4 Obligation de renseignements vis-à-vis de la FINMA	15
5.5 Informations prudentielles et informations relatives aux clients.....	16
5.6 La procédure contre le client.....	16
5.7 Pratique du Tribunal administratif fédéral	17
6 Quelques problématiques particulières	18
6.1 Soupçon initial	18
6.2 Notion de tiers non impliqué.....	19
6.3 Entraide spontanée	21
6.4 Défense du client.....	21
7 Quelques chiffres.....	22

8	L'art. 38 LBVM en pratique et au regard du MMoU de l'OICV	23
9	Approche stratégique de la FINMA	24
10	Conclusions.....	25

Sélection de contributions récentes

Honegger Peter / Kolb Andreas, Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen, ASA online du 5.3.2009, http://www.nkf.ch/de/attorneys/peterc_honegger.php

Lombardini Carlo, Droit bancaire suisse, 2^{ème} édition, Zurich 2008

Nobel Peter, Schweizerisches Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick, 2^{ème} édition, Berne 2004

Schaad Hans-Peter in Basler Kommentar zum Börsengesetz (Watter / Vogt Hrsg.), art. 38, Bâle 2007

Tsimaratos Jean-Louis / Sutter Frédéric, Entraide administrative internationale en matière boursière: état de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral au 30 juin 2009, SZW/RSDA 4/2009, p. 294 ss.

Décisions récentes du Tribunal administratif fédéral

Arrêt du TAF B-3703/2009 du 3 août 2009 en allemand

Arrêt du TAF B-994/2009 du 13 mai 2009 en allemand

Arrêt du TAF B-997/2009 du 5 mai 2009 en français

Arrêt du TAF B-1023/2009 du 5 mai 2009 en français

Arrêt du TAF B-7195/2008 du 27 janvier 2009 en allemand

Arrêt du TAF B-6039/2008 du 8 décembre 2008 en allemand

Arrêt du TAF B-6040/2008 du 8 décembre 2008 en allemand

Abréviations

CFB	Commission fédérale des banques
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
IOSCO	voir OICV
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1)
LFINMA	Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.1)
LTAF	Loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
MMoU	Multilateral Memorandum of Understanding
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
OBVM	Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.11)
OéM-FINMA	Ordonnance réglant la perception d'émoluments et de taxes par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.122)
OICV	Organisation internationale des commissions de valeurs (www.iosco.org)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative (RS 172.021)
SEC	U.S. Securities and Exchange Commission (www.sec.gov)
TAF	Tribunal administratif fédéral

Résumé

Le présent rapport, publié par la FINMA, a été rédigé en grande partie par la CFB. Afin que le texte reflète la situation juridique actuelle, la FINMA a effectué des adaptations relatives aux modifications des dispositions de la loi sur les banques et de la loi sur les bourses, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2009 avec la loi sur la surveillance des marchés financiers.

L'entraide administrative internationale en matière boursière permet d'établir un pont essentiel entre les activités de plus en plus globales des acteurs des marchés financiers et la surveillance, elle, toujours nationale. La FINMA a toujours démontré une claire volonté de collaborer de manière efficace avec les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers afin de les assister dans la mise en œuvre de leurs réglementations nationales. La FINMA a les mêmes attentes à l'égard de ces autorités de surveillance lorsqu'elle leur demande des informations, ce qu'elle fait régulièrement.

Le modèle d'affaires global et transfrontière de beaucoup de banques et négociants en valeurs mobilières, de même que la nécessité d'investir les fonds gérés par ceux-ci auprès d'importants marchés des capitaux à l'étranger, a pour conséquence que ces intermédiaires effectuent de nombreuses transactions sur des marchés étrangers, que ce soit pour compte propre ou (surtout) pour le compte de leurs clients. Ces transactions peuvent faire l'objet d'enquêtes menées par des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers. La FINMA est ainsi un interlocuteur important de ces autorités de surveillance étrangères. L'art. 38 de la loi sur les bourses permet une entraide administrative boursière efficace qui tient compte tant des intérêts des autorités de surveillance étrangères que de ceux des clients concernés par l'entraide administrative boursière.

L'art. 38 LBVM prévoit la possibilité d'un contrôle judiciaire avant que des informations relatives à des clients puissent être communiquées à des autorités étrangères. Il en découle certains droits procéduraux dont la mise en œuvre exige des ressources importantes de la FINMA. Un grand nombre de clients fait usage de ce contrôle judiciaire, même si l'entraide a déjà été accordée par les tribunaux dans des cas similaires. Cela ralentit de manière évidente l'échange des informations. En moyenne, la FINMA est toutefois à même de fournir l'entraide demandée dans un délai comparable à d'autres autorités de surveillance.

Sur le plan international, la volonté de coopération de la FINMA est reconnue. Certains aspects du système suisse qui sont intrinsèquement liés à la « procédure client », comme la notification de ce dernier de l'existence d'une demande d'entraide et le risque de collusion qui peut en découler, sont toutefois critiqués. La FINMA s'emploie activement à trouver des solutions dans le cadre des droits procéduraux applicables.

1 Introduction

Alors que les investisseurs et leurs placements ne connaissent aujourd'hui (presque) plus de frontières, les réglementations et les systèmes de surveillance des marchés financiers sont encore pour l'essentiel nationaux et régis par le principe de la souveraineté. Ainsi, quand bien même les intermédiaires financiers sont de plus en plus actifs sur des marchés autres que ceux des pays où ils sont incorporés, chaque autorité nationale ne peut surveiller, dans la plupart des cas, que le marché et les entités relevant de sa juridiction. En outre, à la différence de la Suisse, les dispositifs réglementaires de surveillance de beaucoup d'états limitent fortement l'accès libre des investisseurs qui y sont établis aux banques, négociants et conseillers financiers étrangers.

L'entraide entre autorités de surveillance des marchés financiers établit un pont entre ces deux mondes afin de permettre la mise en œuvre des réglementations nationales et d'assurer ainsi la stabilité du système financier dans son ensemble. Sans cette coopération entre les autorités des différents marchés financiers, une surveillance des marchés financiers et un respect des règles par ses acteurs est illusoire dans la mesure où il n'existe pas d'autorité de vigilance supranationale.

Ce rapport décrit le fonctionnement de l'entraide administrative boursière depuis la Suisse. Dans ce cadre, les points suivants seront abordés :

- le contexte dans lequel s'inscrit la coopération boursière internationale (chapitre 2);
- les règles applicables à l'entraide octroyée par la FINMA aux autorités de surveillance étrangères et les modifications apportées par la révision de l'art. 38 LBVM (chapitre 3);
- l'entraide demandée par la FINMA/CFB à ses homologues étrangères (chapitre 4);
- le déroulement pratique d'une procédure d'entraide (chapitre 5);
- certains problèmes spécifiques auxquels la FINMA a été confrontée et leur analyse par les tribunaux d'appel (chapitre 6);
- les données statistiques de l'entraide boursière en Suisse (chapitre 7);
- les difficultés rencontrées par la FINMA sur le plan international (chapitre 8);
- les grandes lignes de l'approche stratégique de la FINMA en matière de coopération internationale (chapitre 9).

2 Contexte international

La position des autorités de surveillance dans le cadre de la coopération internationale diffère de manière importante d'une juridiction à l'autre. Il y a, d'une part, les demandeurs (ou requérants) d'informations qui sont avant tout les autorités de surveillance des marchés boursiers importants, comme les Etats-Unis ou les grands pays européens. D'autre part, on trouve les juridictions requises, comme la Suisse ou le Royaume-Uni, qui sont souvent caractérisées par la présence de très nombreux intermédiaires financiers sur leur territoire ainsi qu'une clientèle étrangère importante. Ces circonstances les amènent à avoir une très forte activité sur les marchés financiers à l'étranger, directement ou par le biais de leurs clients.

La capacité d'une juridiction à fournir des informations dans le cadre de la coopération internationale est essentielle pour son accès aux marchés des capitaux à l'étranger. Certains états exigent que les intermédiaires financiers actifs sur leurs marchés leur indiquent sans délai, sur demande, pour qui ils acquièrent ou détiennent des titres d'entreprises cotées sur leurs bourses respectives. Un intermédiaire financier souhaitant accéder à ces marchés doit être en mesure de transmettre sans délai les informations requises par l'autorité de surveillance concernée sous peine de se voir retirer son autorisation d'exercer. Il en découle pour les clients souhaitant effectuer des transactions sur ces marchés l'obligation contractuelle d'autoriser l'intermédiaire financier à fournir directement les informations demandées. Ces Etats veulent par ce biais s'assurer que les participants à leur marché financier respectent les règles de transparence qui y sont en vigueur, que ce participant soit local ou étranger.

Pour assurer un niveau minimum de coopération entre les différents pays, des réglementations concernant l'échange d'informations entre places financières ont été conclues dans le cadre d'organes supranationaux. L'Union européenne a édicté la directive 2003/6/CE sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) du 28 janvier 2003, qui prévoit une coopération et un échange immédiat des informations entre les autorités compétentes des Etats membres, sous réserve d'une atteinte à leur souveraineté, leur sécurité ou à l'ordre public¹.

L'organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), qui compte avec la FINMA 121 autorités membres, a élaboré l'accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations entre les commissions de valeurs mobilières (Multilateral Memorandum of Understanding - MMoU)². Ce MMoU constitue l'un des axes importants de l'activité de l'OICV. A ce jour, plus de 50 autorités différentes ont signé ce MMoU. En 2010, tous les membres de l'OICV devraient être signataires à part entière (membres A) ou avoir pris l'engagement de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour devenir signataires (membres B). Le MMoU décrit les conditions de base de la coopération entre autorités de surveillance. Il définit notamment :

- les cas dans lesquels l'entraide doit être accordée (les délits d'initiés, les manipulations de cours, l'escroquerie au placement, l'enregistrement et l'offre de valeurs mobilières, la surveillance des intermédiaires de marché, des bourses, du clearing et du settlement, le fonctionnement des marchés eux-mêmes, etc.) (par. 4 et 7 MMoU) ;

¹ Art. 16 de la directive 2003/6/CE du 28 janvier 2003.

² <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD126.pdf>.

- l'étendue de l'assistance à fournir, qui inclut notamment la transmission de documents bancaires (par. 8 MMoU) ;
- l'utilisation qui peut être faite des informations et documents fournis (par. 10 MMoU). Outre l'objectif présenté dans la demande d'assistance même, cela inclut également la conduite d'une procédure civile ou administrative, la participation aux activités de surveillance d'organisme d'autorégulation, la participation à des poursuites pénales ou la conduite d'une enquête pour toute charge liée à une violation du droit de la surveillance des marchés. L'utilisation envisagée peut comprendre des procédures d'enquête à caractère public. Elle ne peut pas avoir des fins autres que l'application du droit de la surveillance des marchés ;
- le traitement confidentiel des demandes présentées et des informations transmises dans le cadre de l'entraide (11 MMoU). Il est précisé ici qu'une autorité requise ne peut divulguer le fait qu'une autorité requérante a présenté une demande qu'après consultation de celle-ci et seulement si cette révélation est nécessaire pour mener à bien la requête.

La FINMA entretient des contacts plus ou moins réguliers avec d'autres autorités de surveillance bancaire et boursière. Dans ce cadre, il est parfois indiqué de régler, dans un cadre bilatéral, les modalités techniques de l'échange d'informations³. Ces accords ne sont pas des traités internationaux. Il s'agit de déclarations d'intention n'ayant aucune force contraignante pour les autorités participantes au sens strictement juridique. Elles leur permettent néanmoins de s'informer mutuellement dans le cadre de leurs missions respectives et facilitent de ce fait l'entraide administrative. Ces accords peuvent prendre différentes formes comme une déclaration conjointe (Memorandum of Understanding – MoU), un échange de lettres ou une déclaration unilatérale.

La portée juridique des déclarations faites par les autorités étrangères dans le cadre susmentionné a été examinée par le Tribunal fédéral et plus récemment, par le Tribunal administratif fédéral (TAF)⁴. De jurisprudence constante, ces deux instances ont jugé que l'engagement de « best efforts » d'une autorité requérante de respecter les conditions fixées pour l'octroi de l'entraide par la FINMA ne doit en principe pas être mis en doute : « *Auch im internationalen Verkehr darf ein Verhalten nach Treu und Glauben vermutet werden* »⁵. Ces engagements n'ont pas non plus à être renouvelés à intervalles réguliers⁶.

³ La CFB a déjà en son temps fixé les principes de sa coopération avec les autorités de surveillance étrangères de 17 juridictions différentes (<http://www.finma.ch/f/finma/internationales/amtshilfe/pages/vereinbarungen-mit-auslaendischen-aufsichtsbehoerden.aspx>).

⁴ Depuis le 1^{er} janvier 2007, le Tribunal administratif fédéral est l'instance de recours unique pour les décisions de la Commission des banques en matière d'entraide administrative (art. 38 al. 5 LBVM, art. 83 let. h LTF).

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.153/2003, consid. 3.1 et jurisprudence citée.

⁶ Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-652/2008 consid. 3.

3 Cadre juridique de l'entraide boursière suisse

3.1 Art. 38 de la loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières

L'entraide internationale en matière boursière est réglée en Suisse à l'art. 38 LBVM (RS 954.1) dont le texte figure en annexe. Les caractéristiques essentielles de l'entraide sont les suivantes :

- L'entraide n'est possible qu'avec des autorités de surveillance des marchés financiers (art. 38 al. 2 LBVM).
- La FINMA peut transmettre des **informations et/ou des documents** non accessibles au public dans le cadre de l'exécution d'une demande d'entraide (art. 38 al. 2 LBVM). Ceci a été confirmé à de nombreuses reprises par le Tribunal fédéral⁷.
- Les informations transmises sont utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation (étrangère) sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières ou retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (art. 38 al. 2 let. a LBVM). Il s'agit du principe de **spécialité**. Celui-ci a pour conséquence que la retransmission à des autorités pénales dans le but de poursuivre des infractions relevant du droit des marchés financiers (délit d'initié, manipulation de cours, activités sans autorisation, systèmes de boule de neige (*ponzi schemes*), etc.) est possible sans autorisation de la FINMA. Une telle retransmission d'informations à une autorité tierce n'exige pas qu'il y ait double incrimination⁸. En application du principe de spécialité, l'utilisation des informations transmises à des fins fiscales ou dans le cadre de procédure pénales non liées à l'application du droit de la surveillance des marchés n'est pas possible sans le consentement préalable de la FINMA. Celle-ci décide en accord avec l'Office fédéral de la justice. Dans ce cas, les conditions mises à l'octroi de l'entraide judiciaire doivent être réalisées. Ceci implique entre autres qu'il y ait double incrimination (art. 38 al. 6 LBVM).
- L'autorité requérante doit être liée par un secret de fonction ou un secret professionnel. Il s'agit ici du principe de **confidentialité**. Celui-ci ne couvre pas les dispositions applicables, dans certaines juridictions, à la publicité des procédures et à l'information au public sur de telles procédures (art. 38 al. 2 let. b LBVM). Le principe de confidentialité n'est pas violé par la publication de communiqués sur le fait qu'une procédure a été introduite (« litigation release »). Le Parlement suisse était en effet parfaitement conscient de la politique d'information de certaines autorités de surveillance et de la perte de contrôle de l'information transmise qu'elle implique au moment de l'adoption de l'art. 38 al. 2 let. b LBVM⁹. Cette disposition n'implique en outre pas que la FINMA examine si les autorités auxquelles des informations sont retransmises en application de l'art. 38 al. 2 let. a LBVM respectent également le principe de confidentialité¹⁰.
- L'art. 38 LBVM introduit une particularité par rapport à la procédure applicable dans la plupart des autres juridictions : l'application de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) lorsque des informations concernant des clients de négociants sont susceptibles d'être transmises (art. 38 al. 3 LBVM). Ceci implique pour la FINMA d'informer le client concerné de la procédure d'entraide

⁷ Voir par exemple ATF 128 II 407 c. 6.2 ou arrêt du Tribunal fédéral 2A.246/2006, consid. 5.4.

⁸ FF 2004 p. 6359 et Arrêt du Tribunal fédéral 2A.170/2006 consid. 2.1.2.

⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.13/2007 consid. 8.

¹⁰ FF 2004 p. 6359 et arrêt du Tribunal fédéral 2A.649/2006 consid. 5.

et la possibilité pour ce dernier d'exiger de la FINMA qu'elle rende une décision de transmission des informations à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers. Cette décision est susceptible de recours devant le Tribunal administratif fédéral en instance unique (art. 38 al. 5 LBVM). Cette « **procédure client** » est contestée sur le plan international dans la mesure où elle retarde la transmission des informations et implique un risque de collusion et de destruction des preuves (voir *infra* 8).

- Lorsque les informations devant être transmises à l'autorité requérante ne concernent pas des clients de négociants, la procédure administrative n'est pas applicable (art. 38 al. 3 LBVM a contrario). Dans ces circonstances, les informations peuvent être transmises à l'autorité requérante sans procédure particulière.
- La procédure d'entraide doit être menée avec **diligence** (art. 38 al. 4 LBVM). Cette diligence se traduit entre autres par un délai de recours court de dix jours et l'inapplicabilité des fêtes judiciaires (art. 38 al. 5 LBVM).
- La procédure d'entraide doit respecter le principe de **proportionnalité**. Cela implique que la requête d'entraide laisse apparaître un soupçon initial de violation du droit de la surveillance (voir *infra* 5.1). Ce principe exclut par ailleurs la transmission d'informations concernant des personnes qui, manifestement, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête (notion de « tiers non impliqué » prévue à l'art. 38 al. 4 LBVM). Selon la pratique développée par la FINMA, cela peut comprendre, à certaines conditions strictes, les données relatives à des clients sous gestion (voir *infra* 6.2). Cette exception constitue une autre particularité du système d'entraide boursière suisse, qui n'est pas nécessairement comprise par les autorités étrangères (voir *infra* 8).

3.2 Problèmes rencontrés sous l'ancien droit

L'art. 38 LBVM a fait l'objet d'une révision entrée en vigueur le 1er février 2006. Pour mémoire, l'ancienne mouture de cette disposition mettait des conditions à l'octroi de l'entraide qui entravait une coopération efficace avec les autorités étrangères de surveillance des marchés¹¹.

D'une part, l'ancien art. 38 LBVM posait des exigences irréalistes en matière de confidentialité. Cela a eu pour conséquence de rendre impossible la coopération avec les autorités de surveillance américaines, notamment l'U.S. Securities and Exchange Commission (SEC). Celles-ci sont en effet susceptibles d'utiliser les informations transmises dans le cadre de procédures publiques introduites devant les tribunaux américains. Le Tribunal fédéral avait jugé que, dans ces circonstances, aucune entraide administrative ne pouvait être accordée à la SEC dans la mesure où cela constituait une atteinte évidente à la confidentialité¹².

D'autre part, le principe dit du « long bras » impliquait que la CFB contrôle et consente à toute retransmission des informations à d'autres instances de surveillance ou à des autorités pénales d'un même pays. Cela avait pour corollaire que chaque retransmission devait faire l'objet d'une demande spécifique, objet à son tour d'une « procédure client » spécifique. Par ailleurs, la transmission à des fins de poursuites pénales impliquait que l'Office fédéral de la justice vérifie si les dispositions

¹¹ Rapport de gestion CFB 2002 ch. I.3 p. 18.

¹² ATF 2A.349/2001.

d'entraide judiciaire étaient été respectées et que les conditions de la double incrimination soient réunies. Etant donné l'acception étroite donnée au délit d'initié selon l'ancienne teneur de l'art. 161 du code pénal suisse¹³, la transmission d'informations à des autorités pénales étrangères était parfois empêchée alors que le délit d'initié était avéré. Cette réglementation posait particulièrement problème lorsque des autorités de surveillance étrangères sont légalement obligées de dénoncer toute apparence de délit aux autorités pénales compétentes, sans concertation avec la CFB.

La révision de l'art. 38 LBVM avait ainsi pour but de faciliter l'entraide administrative en matière boursière sur ces deux points essentiels¹⁴. Par conséquent, l'autorité étrangère qui reçoit des informations de la FINMA peut désormais les remettre à toute autre autorité, y compris pénale, dans le but d'appliquer la législation sur les marchés financiers. D'autre part, l'autorité étrangère est habilitée à utiliser les informations dans ses procédures d'« enforcement », même si l'action de l'autorité est largement rendue publique.

Le Tribunal fédéral a admis que les conditions mises à la transmission d'informations sont désormais pleinement réalisées pour les deux autorités avec lesquelles la coopération n'était pas possible sous l'ancien droit, c'est-à-dire la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa italienne (CONSOB)¹⁵ et la Securities and Exchange Commission américaine (SEC)¹⁶. La FINMA peut désormais accorder l'entraide à l'ensemble de ses contreparties étrangères.

4 Entraide active demandée par la FINMA

La FINMA demande également la coopération des autorités de surveillance étrangères dans le cadre de ses enquêtes et de ses procédures. Depuis 1999, elle a adressé environ 300 demandes d'entraide à ses homologues étrangères. Les requêtes d'entraide de la FINMA sont souvent liées à des procédures portant sur l'exercice non autorisé d'une activité bancaire ou de négociant ou à de possibles violations d'obligations d'annonce de participations. Les enquêtes sur de possibles délits d'initiés ou de manipulation de cours débouchent a priori moins souvent sur les demandes de coopération internationale que dans certaines juridictions étrangères. Cela paraît refléter la structure relativement locale du marché boursier suisse.

La FINMA obtient en règle générale des réponses satisfaisantes à ses requêtes. Le temps d'attente est d'ordinaire de quelques semaines. Dans certains cas, il peut arriver que les renseignements demandés ne soient communiqués qu'après plusieurs mois. Récemment, la FINMA a rencontré des problèmes à obtenir des informations dans le cadre de procédure portant sur des violations des obli-

¹³ La révision de la norme pénale sur le délit d'initié est entrée en vigueur le 1er octobre 2008. Ladite norme pénale punit désormais l'exploitation de faits confidentiels susceptibles d'influencer les cours. Précédemment, la notion de fait confidentiel susceptible d'influencer les cours s'appliquait uniquement à l'émission imminente de nouveaux droits de participation, au regroupement d'entreprises et à tout fait analogue d'importance comparable. La suppression du ch. 3 de l'art. 161 du CP abolit cette limitation.

¹⁴ FF 2004 p. 6348.

¹⁵ Voir Bulletin CFB 50/2007 p. 104 ss et ATF 2A.371/2006.

¹⁶ cf. Bulletin CFB 50/2007 p. 91 ss et ATF 2A.13/2007.

gations d'annonce de participations, l'autorité requise ne disposant pas des bases légales nécessaires pour accorder l'entraide pour ce type d'infraction.

5 Description d'une procédure d'entraide type

5.1 Origine d'une requête d'entraide

A l'origine d'une procédure d'entraide, il y a toujours la rencontre de deux éléments:

Premièrement, **une enquête d'une autorité étrangère** portant sur des transactions effectuées sur le marché dont elle assure la surveillance¹⁷. Pour des raisons qui varient, mais qui on trait souvent au moment où ces transactions sont intervenues, l'autorité étrangère ouvre une enquête afin d'examiner si lesdites transactions ont été effectuées en respect des règles applicables sur son marché¹⁸. L'enquête de l'autorité étrangère concerne en général toutes les transactions effectuées sur le titre concerné pendant une certaine période, quelle que soit l'origine, locale ou étrangère, des transactions effectuées.

Ensuite, **l'intervention d'un négociant en valeurs mobilières** (par exemple une banque suisse) **sur le marché étranger** pendant la période sous enquête. Si un intermédiaire financier étranger a effectué des transactions pendant la période qui intéresse l'autorité étrangère, cette dernière, n'aura en principe pas accès aux informations utiles (comme par exemple, le bénéficiaire des transactions effectuées) lui permettant de vérifier si les règles de marché ont été respectées. Elle devra donc s'adresser à l'autorité du siège de l'intermédiaire financier concerné (dans l'exemple, à la FINMA, autorité de surveillance des négociants en valeurs mobilières en Suisse).

5.2 Contenu de la requête

La majeure partie des requêtes adressées à la FINMA concerne des enquêtes portant sur de possibles délits d'initiés ou, moins fréquemment, des manipulations de cours. Au cours des dernières années, la FINMA a été confrontée à un nombre croissant de requêtes liées à des soupçons de violations d'obligations d'annonce ou de fraudes contre des investisseurs, liées souvent à l'exercice d'une activité non autorisée.

¹⁷ Il n'est pas nécessaire que la FINMA dispose absolument d'une compétence identique, qui est à l'origine de l'enquête étrangère (Lombardini, p. 1098).

¹⁸ A titre d'exemple, lorsque, avant l'annonce d'une OPA, des titres de la société cible ont été acquis, l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers ouvre fréquemment une (pré)enquête pour vérifier que des règles relatives à l'utilisation d'une information privilégiée n'ont pas été violées.

Dans un cas de possible délit d'initié ou manipulation, la requête adressée à la FINMA par l'autorité étrangère contient en général les questions suivantes:

- Détail des transactions effectuées pendant la période sous enquête;
- Identité des bénéficiaires finaux des transactions effectuées;
- Identité des donneurs d'ordres, à savoir des personnes ayant pris la décision d'investissement;
- Motivation à l'origine des transactions.

Selon les circonstances, d'autres questions peuvent également être posées, comme le pourcentage que représentent les transactions en question par rapport à l'ensemble du portefeuille, ou l'utilisation du bénéfice découlant des transactions ou encore le financement de celles-ci.

Lorsque l'autorité étrangère a des doutes quant à la compétence légale de la FINMA de fournir l'entraide administrative, celle-ci prend contact avec la FINMA afin d'éviter de soumettre des requêtes auxquelles cette dernière ne pourrait pas donner suite. Il arrive également que la FINMA reçoive des requêtes sous la forme de projet qu'elle discute ensuite avec l'autorité étrangère concernée. Au cours de ces discussions, seuls les aspects légaux et techniques sont traités. Aucune donnée de clients n'est échangée dans ce cadre¹⁹.

5.3 Contrôle des conditions formelles par la FINMA

A réception de la requête d'entraide administrative, la FINMA contrôle le respect des conditions formelles, notamment en ce qui concerne les conditions de spécialité et de confidentialité, et l'existence d'un soupçon initial (voir *infra* ch. 6.1). Si les conditions formelles ne sont pas remplies, la FINMA retourne la requête à l'autorité requérante pour correction. Si un soupçon initial n'existe pas, la FINMA ne donne pas suite à la requête et en informe l'autorité requérante. Dans les faits, l'absence de tout soupçon initial à l'origine d'une requête est extrêmement rare. Le soupçon initial doit être examiné à la lumière d'une possible contravention à une disposition légale. Dans le cadre d'une enquête relative à un délit d'initié, il suffit par exemple que les transactions aient été effectuées durant une période en corrélation avec la publication d'informations ou la survenance d'événements initialement non publics qui ont eu une influence sur le cours du titre concerné. Il n'est en revanche pas nécessaire que les transactions aient conduit à un gain particulier ou paraissent logiques au regard de l'événement en question. Par exemple, non seulement l'achat, mais également la vente de titres avant la publication d'un communiqué de presse qui a eu pour conséquence la hausse du titre en question peut faire l'objet d'une procédure d'entraide administrative²⁰. Il faut cependant garder à l'esprit que les transactions effectuées par un négociant suisse (pour lequel la FINMA est compétente) représentent bien souvent une partie seulement des transactions effectuées sur le titre en question et que la FINMA ne dispose pas d'un aperçu général d'un titre particulier sur le marché.

¹⁹ Honegger/Kolb (ch. 21) considèrent cette assistance technique comme illégale. A tort. Il incombe à la FINMA de part la loi de fournir l'entraide administrative et non pas de l'empêcher. Ces échanges informels facilitent les contacts et favorisent la compréhension réciproque. Des données de clients ne sont en aucun cas échangées.

²⁰ Arrêt du TAF B-6039/20008 du 8 décembre 2008.

Bien que l'argument relatif aux requêtes qualifiées de « fishing expedition » (ou recherche indéterminée de preuves) soit fréquemment soulevé afin d'empêcher la mise en œuvre de l'entraide administrative, celui-ci n'a jamais été confirmé par les tribunaux à ce jour. La FINMA n'entre pas en matière sur de telles requêtes. Les autorités étrangères connaissent dans tous les cas la condition du soupçon initial. Ainsi, celles-ci ne soumettent en règle générale pas de requêtes « fishing expedition ».

Lorsque les conditions formelles sont remplies et qu'un soupçon initial existe, la FINMA transmet la requête d'entraide au négociant concerné. A la requête expresse de certaines autorités étrangères, la FINMA est susceptible ne pas transmettre la requête mais uniquement un résumé de celle-ci, qui en reprend les éléments essentiels sans contenir des informations confidentielles relatives à la procédure étrangère. Il est fréquent que la FINMA complète la requête étrangère avec ses propres questions afin de se faire une meilleure idée du contexte dans lequel les transactions sont intervenues. Depuis quelque temps, la FINMA invite en général également le négociant concerné à remplir un tableau contenant, pour chaque client, toutes les informations idoines (comme par exemple la quantité de titres échangés, le cours, le pourcentage représenté par l'investissement dans un titre, le donneur d'ordre ou le bénéficiaire) afin de faciliter son travail de dépouillement et d'analyse.

5.4 Obligation de renseignements vis-à-vis de la FINMA

L'obligation de renseignement vis-à-vis de la FINMA se base sur l'art. 29 LFINMA et impose de « *fournir à la FINMA les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches* ». L'assistance administrative à l'égard des autorités de surveillance étrangères fait partie des tâches de la FINMA (art. 42 al. 2 LFINMA). Dans ce contexte, il faut noter que la transmission de fausses informations à la FINMA constitue, selon l'art. 45 LFINMA, une infraction pénale. Le fait de donner de fausses informations est poursuivi de manière systématique et sévère par la FINMA²¹.

Les établissements non soumis à la surveillance de la FINMA, comme par exemple les gestionnaires de fortune indépendants ou les investisseurs privés concernés, sont également tenus de lui donner les renseignements lui permettant de fournir l'entraide administrative à une autorité étrangère requérante. Le Tribunal administratif fédéral l'a rappelé récemment²²: « *[En] Suisse, la CFB [aujourd'hui FINMA] dispose d'un véritable droit à l'information vis-à-vis de toutes les personnes physiques ou morales soumises à sa surveillance (art. 35 al. 2 LBVM). Elle peut également requérir des informations de la part d'entités non assujetties à autorisation (Sansonetti, op. cit., p. 583 ; Althaus, PJA 1999, p. 943-944 ; cf. également décision du TF 2A.128/2001 du 20 mars 2001, publié in : Bulletin CFB 42/2002, p. 56 ss). En effet, dans la mesure où la CFB est chargée de l'assistance administrative (art. 38 LBVM), il lui appartient de recueillir toutes les informations utiles à l'exécution de sa tâche. Or, la LBVM a précisé pour but d'assurer non seulement la surveillance des bourses et des négociants, mais également la surveillance en général du commerce de valeurs mobilières (cf. Lombardini, op. cit., p. 715 s. ; cf. art. 38 al. 2 lit. a LBVM). Par cette formulation plus large, la surveillance peut avoir pour objet les marchés en général. Aussi, toute personne qui intervient sur le marché est soumise à ce titre à la surveillance de la CFB et, par conséquent, à l'obligation de la renseigner (cf. Nobel, Journée 1999 de droit bancaire et financier, p. 133 s.).* »

²¹ Par exemple, décision de la CFB du 27 mai 2004, parue dans le Bulletin CFB 46/2004, p. 46

²² Arrêt B-2537/2008 du 10 juillet 2008.

Pendant cette phase de récolte des informations, la FINMA interdit aux établissements financiers concernés d'informer d'éventuels clients concernés. Cette interdiction est dans l'intérêt des banques qui se trouvent ainsi dans une situation juridique claire à l'égard de leurs clients²³. Cette interdiction a pour but de permettre à la FINMA de décider de la suite de la procédure sans alarmer les clients concernés. Cela permet également à la FINMA de prendre les mesures nécessaires si elle venait à conclure qu'un risque de collusion existe, que des preuves puissent être détruites ou que des témoins puissent être influencés.

5.5 Informations prudentielles et informations relatives aux clients

Une fois en possession des informations demandées, la FINMA distingue entre celles qui sont de nature prudentielle et celles qui sont relatives à des clients, dont la transmission implique l'application de la loi fédérale de procédure administrative (art. 38 al. 3 LBVM).

Les informations qui ne concernent pas des clients (informations de nature prudentielle) ont trait au négociant en tant qu'institut, au commerce de valeurs mobilières pour son propre compte (nostro), à son organisation, ses organes ou ses collaborateurs. Elles peuvent être transmises sans formalités à l'autorité requérante dans la mesure où les conditions légales de l'entraide administrative sont remplies²⁴. A titre d'exemple, la FINMA considère que les transactions effectuées par les établissements surveillés pour leur propre compte (nostro) sont des informations de nature prudentielle, y compris les informations relatives aux collaborateurs qui sont intervenus dans les transactions pour compte propre de la banque²⁵. Sont également considérés comme prudeniels les renseignements relatifs aux activités de personnes morales ou physiques qui exercent des activités non autorisées, même si ces personnes sont clientes d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières.

Pour les informations relatives à des clients, la FINMA prie le négociant en valeurs mobilières de contacter chaque client concerné afin que celui-ci prenne position sur la transmission des informations le concernant. S'il accepte, la FINMA transmet à l'autorité étrangère les informations requises, accompagnées généralement, en accord avec le client, des explications concernant les transactions effectuées. Lesdites explications sont susceptibles d'être utiles à l'autorité requérante qui peut ainsi déjà se faire une première opinion concernant les transactions effectuées.

5.6 La procédure contre le client

Le client qui refuse que des informations le concernant soient transmises se voit notifier une décision de la FINMA. Elle entraîne des émoluments de décisions allant jusqu'à CHF 15'000.- par personne

²³ Certains auteurs sont en revanche d'avis qu'une telle interdiction met les banques dans une situation délicate (Honegger, ch. 30). Ceci ne reflète pas l'expérience de la FINMA en la matière. Les banques préfèrent une telle interdiction.

²⁴ Kommentar zum Börsengesetz, p. 724, n° 122.

²⁵ La CFB a ainsi, durant l'année 2008, fourni l'assistance administrative dans le cadre d'une enquête de la U.S. SEC et du U.S. DoJ (Department of Justice) pour violation par les collaborateurs de UBS du droit des valeurs mobilières et du droit pénal américains, ceci avec l'accord de l'Office fédéral de la justice (et celui de UBS). Elle a transmis aux autorités américaines de nombreux documents concernant également des collaborateurs de UBS (Rapport de gestion CFB 2008, p. 37ss).

concernée²⁶. La décision de la FINMA peut être portée dans les 10 jours dès sa notification devant le Tribunal administratif fédéral (TAF)²⁷. Le TAF statue en dernière instance²⁸. La banque ou le négociant n'est pas partie à la procédure. Après réception de l'arrêt du TAF, si celui-ci confirme la décision de la FINMA, cette dernière transmet sans délai les informations requises à l'autorité requérante.

Lorsqu'un client domicilié à l'étranger ne désigne pas de domicile en Suisse au cours de la procédure, la décision relative à la transmission des informations lui est notifiée via la banque ou le négociant qui a effectué les transactions pour lui²⁹. Ces derniers sont contractuellement obligés d'informer le client de la décision rendue. Cette obligation s'éteint lorsque la relation contractuelle prend fin. La banque ou le négociant n'est dès lors plus tenu de chercher son ancien client et de l'informer de la procédure menée à son encontre. Inversement, l'ancien détenteur d'un compte domicilié à l'étranger n'a plus de prétention à obtenir notification de son ancienne banque après fermeture de sa relation bancaire³⁰. En outre, les banques ou négociants n'ont pas l'obligation légale de surveillance ou d'entraide administrative de veiller à l'information du client en qualité de « bras armé » de l'autorité. C'est pourquoi cette information n'a pas lieu selon les circonstances³¹. Il est laissé à la banque, respectivement au négociant concerné le soin de choisir la forme avec laquelle il veut informer son client afin que celui-ci puisse faire recours le cas échéant.

Le Tribunal fédéral, respectivement le Tribunal administratif fédéral ont depuis la fin 2002 systématiquement rejeté les recours déposés à l'encontre des décisions d'entraide internationale de la CFB, respectivement de la FINMA. Malgré les chances de succès ténues compte tenu de ce qui précède, des recours sont toujours interjetés. Un des motifs pourrait résider dans la volonté de retarder la transmission des informations. La FINMA envisage de retirer à l'avenir l'effet suspensif du recours dans des cas clairs et de demander au Tribunal administratif fédéral de soutenir cette décision³².

5.7 Pratique du Tribunal administratif fédéral

Le TAF a rendu 20 décisions depuis son entrée en fonction comme tribunal d'appel de dernière instance en matière d'entraide administrative, le 1^{er} janvier 2007. La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral dure environ deux à trois mois. Le TAF fait preuve d'une grande célérité et ses arrêts sont très détaillés.

²⁶ Ch. 8.2 de l'annexe, selon l'art. 8 al. 1 Oém-FINMA.

²⁷ Art. 38 al. 5 LBVM. Jusqu'au 31 décembre 2006, c'était le Tribunal fédéral qui était compétent pour connaître des décisions de la CFB en matière d'entraide administrative en matière boursière.

²⁸ Art. 83 let. h LTF.

²⁹ Kommentar zum Börsengesetz, p. 734, n° 155. La FINMA notifie directement à l'étranger auprès des pays dans lesquels la notification par voie postale est possible (art. 11b PA).

³⁰ Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 1.A. Berne, 2004, p. 302 et références citées ; arrêt du Tribunal pénal fédéral du 8 mai 2007, consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal pénal fédéral du 20 novembre 2008, consid. 2.2.

³¹ Maurice Harari, Dix ans de pratique de l'EIMP : un état des lieux in : Journée 1994 de droit bancaire et financier / éd. par Luc Thévenoz, Berne 1994, p. 91.

³² Kommentar zum Börsengesetz, p. 734, n° 157

Dans sa pratique, le TAF a repris et enrichi les grandes lignes développées par le Tribunal fédéral, notamment en ce qui concerne l'interprétation du principe de proportionnalité dans le domaine de l'entraide administrative en matière boursière. Il a en particulier analysé de manière approfondie la notion de tiers non impliqué (voir *infra* ch. 6.2).

6 Quelques problématiques particulières

6.1 Soupçon initial

Les enquêtes en matière d'abus de marché impliquent toujours pour les autorités concernées de récolter quantité d'informations relatives à l'ensemble des transactions ayant été effectuées pendant une période sensible. Cela peut couvrir les semaines, voire les mois ayant précédé une annonce susceptible d'influer le cours d'un titre pour un délit d'initié ou toute une phase d'évolution anormale d'un titre pour une manipulation de cours. Les informations relatives aux intervenants sur le marché sont ensuite comparées avec les renseignements relatifs aux personnes détenant des informations confidentiels (initiés) ou aux autres intervenants déjà connus. Une enquête ne peut ainsi avoir une chance d'aboutir que si l'autorité qui la mène peut déterminer qui a agi sur le marché d'un titre, sans erreur ni omission, une opération mineure pouvant parfois conduire à des résultats intéressants. La FINMA procède également de cette façon dans le cadre de ses propres enquêtes pour abus de marchés.

Dans le cadre de la coopération internationale, l'autorité requérant l'entraide doit exposer un état de fait qui laisse apparaître un soupçon initial d'une possible violation des règles de marché. Les parties qui s'opposent à l'entraide font souvent valoir l'insuffisance des indices avancés par l'autorité requérante, parfois en utilisant avec quelque facilité le terme de « fishing expedition ». Le tribunal administratif fédéral d'appel, conscient du fonctionnement des investigations dans le domaine des abus de marchés, ne se montre pas exagérément exigeant pour admettre l'existence d'un soupçon initial dès lors que l'autorité requérante se trouve en général au début de son enquête. A ce stade, on ne saurait en effet exiger que l'état de fait ne souffre d'aucune lacune ou contradiction. Une telle exigence serait contraire aux buts de l'entraide administrative, dès lors qu'elle vise précisément à clarifier, au moyen des informations obtenues des autorités requises, les circonstances encore floues dans lesquelles les transactions ont été réalisées³³.

Ainsi, selon la jurisprudence, la FINMA, en tant qu'autorité requise, doit uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles distorsions du marché justifiant la demande d'entraide, en particulier si les transactions concernées sont en relation temporelle avec un développement suspect du marché³⁴. L'importance de l'évolution du cours ou du volume des transactions n'est en revanche pas relevant. En outre, le fait que la requête d'entraide ne porte pas sur un volume de transactions ou un

³³ Arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008

³⁴ Selon les circonstances, la période considérée comme sensible qui précède l'annonce d'une information confidentielle peut s'étendre à plus d'une année (Arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008, consid. 6.3 et 6.4).

gain importants n'est pas de nature à éliminer l'existence du soupçon initial. En outre, il ne constitue pas non plus une violation du principe de la proportionnalité³⁵.

6.2 Notion de tiers non impliqué

Selon l'art. 38 al. 4, 2ème phrase, LBVM, la transmission d'informations concernant des personnes qui, manifestement, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête (tiers non impliqués) est exclue.

La notion de tiers non impliqué fait l'objet d'une jurisprudence importante. C'est en effet un argument très souvent utilisé par les clients pour s'opposer à l'entraide. Pourtant, force est de constater que le Tribunal administratif fédéral, comme avant lui le Tribunal fédéral, a toujours confirmé la pratique restrictive de la FINMA en la matière. On cherchera donc en vain un arrêt qui fait droit à une partie sur ce sujet. Il faut y chercher principalement deux raisons. Premièrement, la FINMA reconnaît d'elle-même la situation d'un tiers non impliqué et ne transférera pas son identité dans ce cas. Ensuite, admettre la qualité de tiers non impliqué d'un client signifie in fine ne pas transmettre à l'autorité étrangère requérante l'entier des informations demandées, partant décevoir les attentes légitimes de celle-ci. Il importe de relever à cet égard que lorsqu'une autorité enquête, par exemple, sur un possible délit d'initié – cas de loin le plus fréquent – l'identité des bénéficiaires des transactions effectuées est le moyen principal, voire parfois le seul, qui lui permet d'établir des liens entre les différents intervenants, in fine de prouver (ou d'écarter) le délit d'initié. Si la FINMA ne transmet pas l'identité du bénéficiaire des transactions effectuées depuis la Suisse, elle doit pouvoir être certaine qu'elle ne retient pas ainsi un élément important pour l'enquête à l'étranger. C'est pourquoi, dans le doute, elle doit toujours transmettre l'identité du bénéficiaire, à condition bien entendu que les autres conditions soient remplies.

La jurisprudence a précisé que, d'une manière générale, la simple éventualité qu'un compte pourrait avoir servi, même à l'insu des personnes titulaires, à commettre une infraction, suffit, en principe, à exclure la qualité de tiers non impliqué³⁶. Le principe est ainsi clairement posé par la jurisprudence. La pratique pragmatique de la FINMA, suivie en cela par les tribunaux supérieurs, a toutefois permis d'assouplir quelque peu ledit principe, en ce sens que la transmission de données concernant les clients d'une banque peut être limitée s'il existe un mandat de gestion de fortune (écrit) clair et sans équivoque et qu'aucune autre circonstance n'indique que le client, sur le compte duquel les transactions suspectes ont été effectuées, pourrait avoir été mêlé lui-même, d'une manière ou d'une autre, à ces transactions litigieuses³⁷. Le Tribunal fédéral a posé l'exigence d'un rapport de gestion de fortune clair, écrit et sans équivoque afin d'éviter les difficultés et les malentendus dans la détermination des relations entre les personnes en cause³⁸. Il appartient toutefois au client concerné de démontrer qu'il n'a nullement été mêlé d'une manière ou d'une autre aux transactions sous enquête, celles-ci ayant été effectuées à son insu dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire³⁹.

³⁵ Arrêt du TAF B-4675/2008 du 29 août 2008.

³⁶ Arrêt du TF 2A.701/2005 du 9 août 2006 consid. 4.2; ATF 126 II 126 consid. 6a/bb.

³⁷ Arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 6.1; ATF 127 II 323 consid. 6b/aa; arrêt du TF 2A.12/2007 du 17 avril 2007 consid. 4.2 et les réf. cit.

³⁸ Arrêt du TF 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.3.2.

³⁹ Arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 6.1 ; arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 7.1.

On peut ainsi résumer à trois conditions, l'admission de la qualité de tiers non impliqué d'un client :

- Le client a conclu avec son gérant un contrat écrit de gestion de fortune discrétionnaire bien avant les transactions litigieuses⁴⁰;
- Les transactions ont été faites à l'insu du client. La FINMA demande une déclaration idoine et non équivoque du gérant)⁴¹;
- Aucune autre circonstance n'indique que le client sur le compte duquel les transactions ont été effectuées pourrait avoir été mêlé d'une manière ou d'une autre aux transactions.

Cette troisième et dernière condition a récemment généré une riche jurisprudence. Voici un florilège de circonstances examinées récemment par le TAF excluant la qualité de tiers non impliqué d'un client :

- Client ayant des responsabilités élevées au sein de la société de gestion de fortune en faveur de laquelle il avait signé un contrat de gestion de fortune discrétionnaire⁴²;
- Plusieurs requêtes conduisant au même client⁴³;
- Formation et activité du client dans le domaine financier⁴⁴;
- Importance des transactions effectuées en faveur du client⁴⁵;
- Risques pris par le gérant en termes de produits d'investissement choisis (en l'espèce des CFD (contrats sur différence)⁴⁶;
- Gérant ayant investi dans les titres concernés pour un seul client⁴⁷.

En outre, et d'une manière générale, la FINMA estime que lorsqu'un client investit plus du 10 % de son portefeuille dans un titre, cela sort de l'ordinaire. Elle laisse toutefois la possibilité au gérant et à son client de démontrer que cela n'a rien d'inhabituel pour ce dernier.

Enfin, en fonction du cas d'espèce et des informations fournies par les autorités requérantes, la FINMA se laisse également guider par d'autres critères, tel que par exemple le nom, la nationalité, la profession. En résumé, il doit être manifeste pour la FINMA que le client n'a pris aucune part aux transactions ayant éveillé les soupçons de l'autorité requérante⁴⁸, la charge de cette démonstration (par la négative) appartenant au client.

⁴⁰ Une simple procuration permettant d'agir sur un compte n'est pas admise par la FINMA comme valant un contrat de gestion de fortune discrétionnaire.

⁴¹ A noter que la transmission de fausses informations à la FINMA est une infraction pénale selon l'art. 45 LFINMA.

⁴² Arrêt du TAF B-2921/2008 du 17 juillet 2008, consid. 6.

⁴³ Arrêt du TAF B-2537/2008 du 10 juillet 2008, consid. 7.

⁴⁴ Arrêt du TAF B-2537/2008 du 10 juillet 2008, consid. 7.

⁴⁵ Arrêt du TAF B-2537/2008 du 10 juillet 2008, consid. 7.

⁴⁶ Arrêt du TAF B-2537/2008 du 10 juillet 2008.

⁴⁷ Arrêt du TAF B-2537/2008 du 10 juillet 2008, consid. 7.

⁴⁸ Arrêt du TAF B-2537/2008 du 10 juillet 2008, consid. 7.5.

6.3 Entraide spontanée

Il est assez rare que la FINMA transmette spontanément des informations à ses homologues étrangères. La raison principale est que la FINMA, avant de recevoir la requête d'entraide de l'autorité requérante, n'a pas connaissance des informations susceptibles d'intéresser cette dernière. La réception d'une telle requête ne constitue cependant pas une condition pour octroyer l'assistance administrative⁴⁹.

Il arrive que dans le cadre d'une requête d'entraide, la FINMA reçoive des négociants en valeurs mobilières des informations qui paraissent utiles à l'autorité requérante pour son enquête, mais qui ne sont pas couvertes par les questions posées par celle-ci. En pratique, la FINMA élargit dans ces cas d'elle-même le champ des questions posées par l'autorité étrangère afin d'avoir une meilleure vue et impression des circonstances dans lesquelles les transactions ont eu lieu. Si certaines des informations ainsi obtenues par la FINMA apparaissent comme utiles à l'autorité requérante, la FINMA sera amenée à les lui transmettre.

Le Tribunal fédéral a, à réitérées reprises, reconnu que la FINMA était habilitée à fournir spontanément des informations en lien direct avec une requête d'assistance même en l'absence d'une demande spécifique⁵⁰.

6.4 Défense du client

Les clients qui s'opposent à la transmission des informations les concernant à une autorité étrangère le font souvent au motif qu'ils estiment n'avoir commis aucune infraction, par exemple que les investissements effectués ne l'ont été que sur la base d'informations publiques. La FINMA, bien qu'elle ne mette généralement aucunement en doute les déclarations des clients, ne peut entrer en matière sur une telle argumentation.

En effet, l'enquête à l'origine de la requête d'entraide est étrangère et porte sur un marché étranger. La FINMA n'a en Suisse ni les moyens, ni le mandat légal de contrôler que les personnes touchées par l'entraide pourraient effectivement avoir commis une infraction à des règles étrangères. La FINMA doit se contenter de vérifier que les conditions pour octroyer l'entraide sont remplies. Elle ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité étrangère chargée de l'enquête, comme la jurisprudence le rappelle fréquemment⁵¹. La FINMA a les mêmes attentes à l'égard de ses homologues étrangers dans le cadre de l'exécution de ses requêtes d'entraide.

A cet égard, la nombreuse documentation (analyses fondamentale et graphique, études, avis, articles de presse) que reçoit souvent la FINMA et qui porte sur le titre faisant l'objet de la requête étrangère ne lui est pas utile dans le cadre de son examen des conditions d'octroi de l'entraide. L'existence d'informations publiques avant l'annonce d'une information ayant des conséquences sur le cours d'un titre n'empêche nullement la possibilité de la commission d'une infraction telle le délit d'initié. En re-

⁴⁹ Honegger, ch. 42

⁵⁰ ATF 126 II 409 consid. 6c/aa; ATF 125 II 65 consid. 7; arrêt du TF 2A. 162/2001 du 10 juillet 2001 consid. 4c.

⁵¹ Arrêt du TAF B-1589/2008, consid. 2.3

vanche, la FINMA transmet volontiers, avec l'accord du client, de telles informations à l'autorité étrangère en vue de clarifier les circonstances et les raisons pour lesquelles les titres ont été acquis.

7 Quelques chiffres

	1997-2007	2006	2007	2008
Requêtes reçues	653	102	93	121
Autorités requérantes	36	23	18	22
Demandes d'information adressées	Non disponible	148	167	220
Banques impliquées	116 (depuis 2005)	64	64	63
Relations bancaires concernées	1600	329	510	580
Durée moyenne écoulée entre la réception de la requête d'entraide et la transmission d'information	Moyenne 2005-2008 3,9 mois	4.2 mois	2,8 mois	2,6 mois
Nombre de décisions rendues en matière d'entraide	201	22	3	12
Nombre de décision du Tribunal fédéral	110			
Nombre de décision du Tribunal administratif fédéral (dès 1.1.2007)			2	11

La révision de l'art. 38 LBVM a eu pour corollaire une forte augmentation des requêtes d'entraide adressées à la FINMA dès 2006⁵². En 2007, le nombre de requêtes est resté constant par rapport à l'année précédente (une centaine environ). Par contre le nombre de demandes d'informations adressées et de clients concernés a augmenté de manière sensible. Cette hausse doit être mise en lien avec la complexité toujours plus grande des requêtes qui sont adressées à la FINMA, notamment en raison du nombre d'intermédiaires financiers et/ou d'autorités requérantes impliqués, des faits en cause ou du type d'informations demandées. Par ailleurs, les autorités requérantes font de plus en plus souvent appel à la FINMA afin d'organiser des auditions de témoins ou de parties à la procédure d'entraide ou d'obtenir l'accès à des informations telles que des listes d'appels téléphoniques ou des

⁵² Entre 2002 et 2005, le nombre de requêtes d'entraide adressées à la CFB s'était stabilisé à une cinquantaine par année.

informations d'ordre général sur des personnes privées. L'année 2008 confirme la tendance à la hausse décrite ci-dessus.

Les chiffres exposés ci-dessus ne tiennent par ailleurs pas compte des demandes d'information qui n'impliquent pas pour la FINMA de recueillir des informations auprès de tiers. Cela comprend par exemple les requêtes portant sur des établissements surveillés, la garantie d'une activité irréprochable de personnes domiciliées en Suisse qui entendent avoir une activité d'organe auprès d'un intermédiaire financier étranger ou la transmission de courriers adressés par des autorités étrangères à des résidents suisses. La FINMA reçoit chaque année plusieurs centaines de requêtes de ce type.

La FINMA, notamment grâce à la révision de l'art. 38 LBVM, est désormais à même de fournir des informations dans un laps de temps raisonnable, soit un peu plus de deux mois. Cette durée moyenne est considérablement rallongée lorsque le client concerné requiert de la FINMA qu'elle émette une décision susceptible de recours.

L'augmentation sensible du nombre de requêtes adressées à la FINMA met sous pression les ressources limitées mises à disposition de cette dernière pour mener à bien les procédures d'entraide (soit environ trois personnes jusqu'à présent). Une application correcte de l'art. 38 LBVM implique ainsi de gérer les contacts avec des centaines de clients concernés par des requêtes d'entraide, ce qui inclut de nombreux courriers, entretiens téléphoniques et parfois même, entretiens personnels. La communication avec les autorités requérantes, qui ne sont pas nécessairement au fait des spécificités du système d'entraide suisse, nécessite par ailleurs une approche très didactique afin de faire accepter à celles-ci le fait que les clients concernés vont devoir en principe être informés avant que les informations puissent être transmises.

8 L'art. 38 LBVM en pratique et au regard du MMoU de l'OICV

La FINMA estime que l'art. 38 LBVM, dans sa nouvelle teneur entrée en vigueur le 1^{er} février 2006, est un bon compromis entre une aide efficace apportée à l'autorité étrangère et l'information du client concerné par la transmission des informations le concernant. D'une part, elle permet de répondre rapidement à l'autorité étrangère, en moyenne dans les deux mois (voir *supra* 7), d'autre part, elle permet à la personne concernée de faire vérifier par le juge la conformité de la transmission des informations.

En pratique toutefois, la FINMA reconnaît quelques difficultés. Tout d'abord, de plus en plus de clients, souvent poussés par leur avocat, s'opposent à la transmission des informations nonobstant la quasi-absence de chances de succès, ce qui retarde d'autant la transmission des informations et accapare les ressources de la FINMA. Depuis cinq ans, aucun appel n'a connu de succès que ce soit auprès du Tribunal fédéral ou, depuis le 1^{er} janvier 2007, auprès du Tribunal administratif fédéral. Ensuite, la pratique de la FINMA, en particulier celle relative au tiers non impliqué (voir *supra* 6.2), fait dépendre la FINMA de la qualité et de la justesse des informations qui lui sont transmises par les banques. Bien que la FINMA soit intransigeante (et ouvre des procédures administratives contre les établissements défaillants), il arrive, même si très rarement, que les informations lui parvenant soient fausses ou in-

complètes. Ces informations inexactes sont ensuite susceptibles d'être transmises à l'étranger, avec un impact désastreux sur la crédibilité de la FINMA dans le cadre de la coopération internationale⁵³.

Enfin, la teneur actuelle de l'art. 38 LBVM ne satisfait pas les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers, même si elles admettent la volonté sincère et effective de collaborer de la FINMA. En l'état, la critique principale empêchant la FINMA de devenir signataire du MMoU de l'OICV (voir *supra* 2) a trait au fait que la FINMA doit informer le client bénéficiaire des transactions boursières sous enquête avant de pouvoir répondre à la requête d'entraide, si celle-ci implique la transmission d'informations relatives audit client. Cette information, selon les autorités étrangères, engendrerait des risques tels que la destruction de preuves ou la collusion. La FINMA estime que ces critiques ne sont pas justifiées dans la mesure où les informations relatives à des transactions boursières ou financières sont en soi indélébiles et ne peuvent être manipulées par le client. Il est toutefois exact que l'information du client de l'existence d'une enquête à l'étranger empêche tout effet de surprise et permet au client de préparer sa défense très tôt, avant même que l'autorité étrangère n'ait connaissance des informations le concernant.

A cet égard, on peut relever que, dans le cadre de ses enquêtes sur des délits d'initiés, la FINMA interdit aux banques auxquelles elle demande des informations d'informer les clients concernés. Dans le cadre de la coopération internationale, la FINMA demande aux autorités étrangères que les clients ne soient pas informés à ce stade de la procédure. La teneur de l'art. 38 LBVM ne permet donc pas à la FINMA d'offrir aux autorités étrangères ce qu'elle exige de ces dernières.

La FINMA étudie actuellement les possibilités offertes par le droit applicable de retarder l'information du client dans des cas exceptionnels clairement définis afin d'éviter tout risque de collusion ou de destruction des preuves.

9 Approche stratégique de la FINMA

Nous l'avons déjà dit, sans coopération entre les autorités prudentielles, une surveillance des marchés financiers et de ses acteurs est illusoire. La FINMA a par conséquent toujours témoigné d'une forte volonté de collaborer. Cette nécessité est d'autant plus avérée pour la Suisse en raison de sa situation de fournisseuse d'informations, liée à la forte présence des établissements suisses à l'étranger. Un soutien efficace aux enquêtes menées par les autorités de surveillance étrangères est un élément essentiel de la crédibilité de la place financière suisse comme participante aux marchés financiers.

Les intermédiaires financiers (en particulier les banques) ont un rôle important à jouer pour le bon fonctionnement de la coopération internationale. Cette fonction est multiple. D'une part, ils sont tenus de donner à la FINMA des informations complètes, correctes et dénuées d'ambiguïté. Par le passé, la FINMA a initié des procédures contraignantes contre des établissements financiers surveillés en raison des informations erronées que ceux-ci avaient fournies à la FINMA. L'intermédiaire financier joue un rôle délicat et parfois ingrat de courroie de transmission entre le client concerné par une requête

⁵³ Pour un exemple, voir la décision de la CFB du 27 mai 2004, parue dans le Bulletin CFB 46/2004, p. 46 ou encore l'ATF 2A.567/2001 du 15 avril 2002.

d'entraide et la FINMA. Dans ce cadre, il devrait se montrer neutre et expliquer au client la situation dans laquelle il se trouve, ni plus, ni moins. L'intermédiaire financier, pas plus que la FINMA, n'est à même de juger des raisons à l'origine d'une transaction. Il peut se révéler périlleux d'apparaître vis-à-vis de la FINMA comme le conseil du client concerné par une demande d'entraide. Enfin, dans une optique plus préventive, les intermédiaires financiers devraient informer leurs clients sur le fonctionnement de l'entraide en matière boursière et attirer leur attention sur le fait que toute activité sur un marché étranger les expose à l'application de la réglementation régissant ce marché et donc à une éventuelle demande de coopération de l'autorité étrangère compétente.

Le soutien de la FINMA aux enquêtes et procédures menées par les autorités de surveillance étrangères doit se faire dans le respect du cadre légal dessiné par l'article 38 LBVM. Cela implique notamment que les droits des parties à la procédure soient respectés et que les informations soient néanmoins fournies à l'autorité requérante dans un délai raisonnable. Afin d'atteindre ce résultat, la FINMA est toujours prête à discuter de solutions pragmatiques avec les personnes concernées, sans formalisme et de manière très ouverte. Il n'est pas nécessaire pour ce faire de nommer un avocat prestigieux versé dans le domaine financier. Un simple téléphone suffit souvent pour expliquer, discuter et régler une affaire d'entraide de manière satisfaisante et sans frais inutiles.

Il convient toutefois de garder à l'esprit que, si les conditions mises à la coopération internationale sont réalisées, la FINMA transmettra l'information, sur une base volontaire ou non, en rendant, si nécessaire, une décision accordant l'entraide le plus rapidement possible. La Suisse n'est pas un refuge pour les abus de marché et ne saurait être perçue comme tel.

10 Conclusions

Le système suisse de coopération en matière de surveillance des marchés est efficace, mais également unique. L'obligation pour la FINMA d'informer les personnes concernées par une requête d'entraide en tant que clients d'un intermédiaire financier et de leur donner la possibilité d'exiger qu'elle rende une décision susceptible de recours constitue une particularité dans le paysage de la surveillance des marchés. Seuls quelques pays comme les Etats-Unis connaissent une procédure similaire s'agissant des documents bancaires. Les autorités de surveillance transmettent, dans leur grande majorité, les informations concernant les personnes à l'origine de transactions passées sur un marché étranger sans aucune forme de procès, à tout le moins lorsque les renseignements demandés sont obtenus auprès d'entités assujetties.

La discussion au niveau international ne porte pas tant sur l'aptitude matérielle de la FINMA à assister les autorités étrangères dans le cadre de leurs enquêtes, celle-ci étant en règle générale reconnue, mais sur la « procédure client » (voir *supra* 8). Celle-ci retarde la transmission des informations et entraîne, dès lors que le client est informé de l'enquête étrangère, également un risque de collusion et de destruction d'éléments probants. La personne qui intervient sur un marché étranger se soumet de ce fait aux règles régissant ce marché ainsi qu'à l'autorité de surveillance de celui-ci. Les droits donnés aux clients par l'art. 38 LBVM peuvent ainsi être considérés comme intrusifs, car ils leur donnent

la possibilité d'être impliqués très tôt dans l'enquête menée par l'autorité requérante. Ces éléments rendent difficile l'acceptation de la réglementation suisse au regard des standards internationaux.

Les acteurs du monde financier helvétique doivent prendre conscience du fait que le bon fonctionnement de l'entraide est un élément essentiel du développement de leurs activités transfrontières. Dans la situation actuelle, leur collaboration entière est indispensable. Elle seule permet que la Suisse soit reconnue comme une juridiction coopérative et efficace dans l'échange d'informations. Pour cette raison, la FINMA intervient avec détermination lorsqu'elle constate des dysfonctionnements au sein des établissements qui pourraient avoir des conséquences négatives sur l'entraide boursière.

Annexe

Art. 38 LBVM Assistance administrative

¹ L'autorité de surveillance peut demander aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers de lui transmettre les informations et les documents nécessaires à la mise en œuvre de la présente loi.

² Elle ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents liés à l'affaire non accessibles au public que si:

a. ces informations sont utilisées exclusivement pour la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes;

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

³ Lorsque les informations que doit transmettre l'autorité de surveillance concernent des clients de négociants, la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable, sous réserve des al. 4 et 5.

⁴ La procédure d'assistance administrative est menée avec diligence. L'autorité de surveillance respecte le principe de la proportionnalité. La transmission d'informations concernant des personnes qui, manifestement, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête est exclue.

⁵ La décision de l'autorité de surveillance de transmettre des informations à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers peut, dans un délai de dix jours, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral. L'art. 22a de la loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative fédérale n'est pas applicable.

⁶ L'autorité de surveillance peut autoriser, en accord avec l'Office fédéral de la justice, la retransmission des informations à des autorités pénales à d'autres fins que celles mentionnées à l'al. 2, let. a, à condition que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue. La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable.