UNIL | Université de Lausanne

Journée de droit administratif 2018

L'entraide administrative – Évolution ou révolution ?

Entraide administrative internationale dans le secteur financier

Carlo LOMBARDINI
Avocat au barreau de Genève
Professeur associé Université de Lausanne

SOMMAIRE

I. INTRODUCTION
II. HISTOIRE
III. IDENTITE CLIENTS
IV. COMMUNICATION GROUPE
V. CONTROLES SUR PLACE
VI. COMMUNICATION DIRECTE
VII. CONCLUSION

I. INTRODUCTION

- Art. 1 al. 1 LFINMA : les lois sur les marchés financiers
- BSI St-Joe Minerals
- Définition entraide
- Pourquoi entraide est nécessaire ?
  - Spécificité activité
  - Rôle surveillance
  - Frontières

I. INTRODUCTION

43 al. 3 LFINMA : établissement :

- est organisé de manière appropriée ;
- recense, limite et surveille de manière appropriée les risques encourus dans le cadre de ses activités ;
- est dirigé par des personnes qui présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable ;
- satisfait aux dispositions relatives aux fonds propres et à la répartition des risques sur une base consolidée ;
- remplit correctement son obligation de rendre compte aux autorités de surveillance.

Circulaire FINMA 2017/6 ch. 11

Du point de vue matériel, la « surveillance » englobe mise en œuvre des lois sur les marchés 11 financiers (art. 1 al. 1 LFINMA), c'est-à-dire en particulier l'application des exigences prudentielles relatives à la solvabilité et à l'organisation, des exigences concernant la garantie d'une activité irréprochable et de toutes les règles de conduite spécifiques. Du point de vue fonctionnel, elle recouvre notamment les procédures d'autorisation, la surveillance courante – y compris l'application du droit (enforcement) –, les mesures à prendre en situation de crise et les procédures de liquidation.

I. INTRODUCTION

- Entraide clients/établissements/autres
  - TAF, 28 avril 2015, B – 3201/2014 : convocation comme témoin par la FINMA à la requête de la FSA de l'ex employé d'une société helvétique qui avait été sanctionnée par la FSA
  - Résolution
- Frontière
  - Maison mère française et Panama Papers
  - Autorité irlandaise et cross-border
  - Barings Singapour
  - BNL Atlanta
  - TF, 18 juin 2007, 2A.700/2006

I. INTRODUCTION

- Portée territoriale des règles en matière d'exercice et de surveillance des activités bancaires
  - Surveillance consolidée
  - Les paiements en US$
  - Credit Suisse Zurich (http://www.dfs.ny.gov/about/ea/ea171113.pdf)
  - Crédit Agricole (http://www.dfs.ny.gov/about/press/pr1510201.htm)
- Dispositions droit suisse :
  - 47 LB, 271 et 273 CP
  - *Bericht des Bundesamtes für Justiz zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (Amtshilfe, Rechtshilfe, Souveränitätsschutz*), 14 mars 2011.
  - *Rapport explicatif concernant un avant-projet de loi fédérale sur la collaboration avec des autorités étrangères et la protection de la souveraineté suisse du 20 février 2013* (https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/zssg/vorentw-f.pdf=).

I. INTRODUCTION

- Entraide active/passive/spontanée
- Entraide interne : art. 38 à 41 LFINMA.
- Autres questions
  - inspections sur place
  - communication à la maison mère
  - communication directe

II. HISTOIRE

- Banque Herstatt en 1974, Banco Ambrosiano en 1982 et BCCI en 1991.

The COB has been in touch with the Director General of the Banker's Association of Switzerland in Basle since 1972. He has been informed of all orders that could be considered insider transactions. Since 1975, the Commission has not only informed the Banker's Association of Switzerland of the relevant facts, but it has also directly notified the Swiss banks that are involved. Generally, if the identity of the customer is not revealed, the banks concerned make their own inquiry and give their opinion to the Com- mission. They are anxious to protect the reputation of their establishments and wish to avoid serving customers who violate French law. The development of an understanding between the Commission and banking organizations in Switzerland is considered a positive step.
(Journal of Comparative Corporate Law and Securities Regulation 4 1982, p. 63 ss)

II. HISTOIRE

- 1993 : 23 sexies LB et art. 4 quinquies LB
- 1995 : LBVM art. 38
- 1999 : 23 septies LB
- 2016 : art. 42 ss LFINMA

III. IDENTITE CLIENTS

- Art. 42 al. 2 LFINMA

(La FINMA) ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations non accessibles au public que si :

a. ces informations sont utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes ;

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

- Art. 42a al.2 LFINMA

S'agissant des informations relatives aux clients que la FINMA communique à l'autorité, la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable, sous réserve des al. 3 à 6.

III. IDENTITE CLIENTS

- Modification de la LBVM
- https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20003272

III. IDENTITE CLIENTS

- Soupçon justifiant demande pas revue
- L'entraide peut ainsi être accordée même en l'absence d'une transaction spécifique à partir de la Suisse sur le marché étranger (5 octobre 2015, B-4154/2015).
- Sans que les cours d'instruments financiers sur le marché étranger n'aient réellement été affectés par les transactions incriminées (20 novembre 2017, B-4518/2017
- Bonne foi autorité requérante
- Peu importe la légalité des preuves utilisées par l'autorité étrangère pour initier son enquête ou formuler une demande d'entraide (B-1258/2013, 24 juillet 2013)
- Pas examen droit étranger

III. IDENTITE CLIENTS

- La FINMA doit être interpellée avant la transmission d'informations à l'autorité fiscale (24 juillet 2013, B-1258/2013, cons. 5.1).
- Les renseignements fournis à l'autorité de surveillance étrangère puissent finir dans une procédure pénale réprimant les mêmes comportements (TAF, 25 janvier 2016, B-7195/2015, cons. 9.1).

III. IDENTITE CLIENTS

- Soupçon initial véritablement très tenu (TAF,B-7550/2014, 30 avril 2015)
- L'enquête étrangère était clôturée (TAF, B-741/2016. 13 mai 2016)
- L'étendue des informations fournies a été limitée (TAF, 3 juillet 2017, B-1534/2017 ; B-5274/2013, 28 mai 2014 B-5099/2017 du 20 décembre 2017, cons. 4)
- Pas d'entraide si l'autorité requérante commet des violations du secret de fonction (TAF, 27 mai 2014, B-5961/2013)

III. IDENTITE CLIENTS

Utilité recours :

- B-520/2017 du 1er mai 2017 : requête étrangère du 9 décembre 2015
- B-4518/2017 du 20 novembre 2017 : requête étrangère du 24 octobre 2016
- B-1219/2017 du 31 août 2017 : requête étrangère 9 août 2016

III. IDENTITE CLIENTS

- Art. 42a LFINMA

3 La FINMA peut refuser la consultation de la correspondance avec les autorités étrangères. L'art. 28 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est réservé.

4 A titre exceptionnel, la FINMA peut s'abstenir d'informer les clients concernés avant de communiquer les informations demandées si une telle information compromet le but de l'assistance administrative et l'accomplissement efficace des tâches de l'autorité requérante. En pareil cas, les clients concernés doivent être informés a posteriori.

5 Dans les cas énoncés à l'al. 4, la FINMA informe les détenteurs des renseignements et les autorités qui ont été mis au courant de la demande en ce qui concerne le report de l'information. Jusqu'à ce que les clients concernés aient été informés, les détenteurs des renseignements et les autorités ne peuvent pas informer ces personnes de la demande.

6 La décision de la FINMA 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 fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative n'est pas applicable. Dans les cas énoncés à l'al. 4, la demande en justice ne peut qu'être la constatation de la non-conformité au droit.

III. IDENTITE CLIENTS

- Art. 42 LFINMA

4 *L'assistance administrative est octroyée avec diligence. La FINMA 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.*

IV. COMMUNICATION GROUPE

Art.4 quinquies LB

1 *Les banques sont autorisées à communiquer à leurs sociétés mères, qui sont elles-mêmes surveillées par une autorité de surveillance des banques ou des marchés financiers, les informations et documents non accessibles au public qui sont nécessaires à la surveillance consolidée, aux conditions suivantes :*

a. ces informations sont utilisées exclusivement à des fins de contrôle interne ou de surveillance directe des banques ou d'autres intermédiaires financiers soumis à autorisation ;

b. la société mère et l'autorité compétente pour la surveillance consolidée sont liées par le secret professionnel ou le secret de fonction ;

c. ces informations ne peuvent être transmises à des tiers qu'avec l'autorisation préalable de la banque ou une autorisation générale contenue dans un traité international.

2 *Si la communication d'informations au sens de l'al. 1 soulève des doutes, les banques peuvent requérir de la FINMA une décision autorisant ou interdisant leur transmission.*

IV. COMMUNICATION GROUPE

- Art. 43 al. 3 LFINMA

3 *Seules les informations nécessaires à la surveillance des établissements étrangers peuvent être obtenues par des audits directs hors du pays d'origine. Il s'agit en particulier d'informations permettant d'établir à l'échelle du groupe si un établissement :*

a. est organisé de manière appropriée ;

b. recense, limite et surveille de manière appropriée les risques encourus dans le cadre de ses activités ;

c. est dirigé par des personnes qui présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable ;

d. satisfait aux dispositions relatives aux fonds propres et à la répartition des risques sur une base consolidée ;

e. remplit correctement son obligation de rendre compte aux autorités de surveillance.

IV. COMMUNICATION GROUPE

- Révision OBA-FINMA
- Transmission dans le groupe en dehors du groupe
- Conditions générales
- Clients chassés
- Clients NON

IV. COMMUNICATION GROUPE

Art. 45 par. 1 Directive 2015/849 :

Les États membres exigent des entités assujetties qui font partie d'un groupe qu'elles mettent en œuvre des politiques et des procédures à l'échelle du groupe, notamment des politiques de protection des données ainsi que des politiques et des procédures relatives au partage des informations au sein du groupe aux fins de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Ces politiques et procédures sont mises en œuvre efficacement au niveau des succursales et des filiales détenues majoritairement, établies dans les États membres et dans des pays tiers.

Art. 45 par. 8 Directive 2015/849 :

Les *États membres font en sorte que le partage d'informations au sein du groupe soit autorisé. Les informations concernant des soupçons selon lesquels des fonds proviennent d'une activité criminelle ou sont liés au financement du terrorisme qui ont été transmises à la CRF sont partagées au sein du groupe, sauf instruction contraire émanant de la CRF*.

V. CONTROLES SUR PLACE

- Art. 43 al. 2 LFINMA

2 *Elle peut autoriser des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers à procéder à des audits directs aux conditions suivantes :*

a. ces autorités sont responsables de la surveillance des assujettis audités au titre de la surveillance incombant au pays d'origine ou sont chargées de surveiller l'activité des assujettis audités sur leur territoire ;

b. elles respectent les conditions de l'assistance administrative prévues à l'art. 42, al. 2.

V. CONTROLES SUR PLACE

- Art. 43 al.3 bis et ter

3bis Si une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers, lors de contrôles directs en Suisse, souhaite avoir accès à des informations qui sont liées directement ou indirectement à des opérations de gestion de fortune, de négoce de valeurs mobilières ou de placement pour le compte de clients, la FINMA recueille elle-même ces informations et les transmet à l'autorité requérante. Il en va de même pour les informations concernant directement ou indirectement les investisseurs dans des placements collectifs de capitaux. L'art. 42a est applicable.[4]

3ter La FINMA peut autoriser, aux fins de l'al. 3, l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers, qui est responsable de la surveillance consolidée des assujettis audités, à consulter un nombre limité de dossiers individuels de clients. Le choix des dossiers doit s'effectuer de manière aléatoire selon des critères fixés au préalable.

VI. COMMUNICATION DIRECTE

- Art. 42c LFINMA

1 Un assujetti peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dont il dépend et à d'autres services étrangers chargés de la surveillance des informations non accessibles au public pour autant que :

a. les conditions de l'art. 42, al. 2, soient remplies ;

b. les droits des clients et des tiers soient garantis.

2 En outre, si les droits des clients et des tiers sont garantis, il peut transmettre à des autorités étrangères et aux services mandatés par celles-ci des informations qui ne sont pas publiques et qui se rapportent à des opérations réalisées par des clients et des assujettis.

3 La communication de faits importants au sens de l'art. 29, al. 2, nécessite une déclaration préalable à la FINMA.

VI. COMMUNICATION DIRECTE

- Art. 42c LFINMA

3 La communication de faits importants au sens de l'art. 29, al. 2, nécessite une déclaration préalable à la FINMA.

4 La FINMA peut réserver la voie de l'assistance administrative.

- Circulaire FINMA 2017/6 Transmission directe d'informations non publiques à des autorités et services étrangers par des assujettis

VI. COMMUNICATION DIRECTE

- Circulaire 2017/ 6 ch. 10

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

VI. COMMUNICATION DIRECTE

Circulaire 2017/ 6 ch. 10

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

Circulaire 2017/ 6 ch. 30

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

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

VI. COMMUNICATION DIRECTE

Circulaire 2017/ 6 ch. 22 ss

Les assujettis doivent notamment procéder à des vérifications supplémentaires et prendre des mesures de précaution lorsque l'autorité de surveillance des marchés financiers ou le service requérant ne figure pas sur la liste selon le Cm 20, l'autorité de surveillance des marchés financiers ou le service requérant ne précise pas l'usage auquel sont destinées les informations, ou il existe des indices laissant supposer que, dans le cas en question, l'autorité de surveillance des marchés financiers ou le service requérant n'utilisera pas les informations de façon confidentielle ou ne les utilisera pas exclusivement pour l'exécution du droit sur les marchés financiers ou qu'elles ne seront pas retransmises exclusivement à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes.

VI. COMMUNICATION DIRECTE

Art. 42c al. 5 LFINMA

5. Dans l'intérêt de l'accomplissement de ses tâches, la FINMA peut soumettre à son approbation la publication ou la transmission de documents découlant de la relation de surveillance, pour autant que des intérêts prépondérants privés ou publics ne s'y opposent pas

TF, 28 août 2015, 2C 1058/2014, ATF 141 I 201 ss

VII. CONCLUSION

- Portée entraide
- Position étranger par rapport à Art. 47 LB, 271 et 273 CP
- Obligation poursuite pénale selon droit étranger
- Protection des données et transmission effective