

04.069

Message

concernant la modification de la disposition sur l'assistance administrative internationale de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières

du 10 novembre 2004

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons par le présent message, en vous proposant de l'adopter, un projet de modification de la loi sur les bourses.

Par la même occasion, nous vous proposons de classer l'intervention parlementaire suivante:

2000 P 00.3272 Entraide administrative en matière boursière
(E 19.9.2000, Studer)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

10 novembre 2004 Au nom du Conseil fédéral suisse:
Le président de la Confédération, Joseph Deiss
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

La disposition de la loi sur les bourses concernant l'assistance administrative doit être révisée. En effet, l'assistance administrative avec certains Etats est complètement bloquée et des directives internationales de référence ne peuvent être respectées dans ce domaine. La pratique fondée sur la loi sur les bourses nuit à la réputation de notre place financière, qui se voit reprocher de permettre des abus de marché et de ne pas coopérer à la répression efficace de délits boursiers. Il en résulte pour la Suisse des désavantages concurrentiels sur le marché international où l'autorisation d'exercer une activité économique dépend d'une collaboration satisfaisante entre les autorités de surveillance compétentes. Il est donc dans l'intérêt de la place financière suisse de procéder à une révision.

Le présent projet de révision a pour but de remédier aux lacunes existantes. Il prévoit d'assouplir le principe de la confidentialité sous réserve du respect de prescriptions étrangères applicables à la publicité des procédures. Ainsi, les informations transmises à une autorité de surveillance pourront être retransmises à d'autres instances sans le consentement de la CFB, à condition toutefois qu'elles servent à l'application de réglementations sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières (principe de la spécialité). La transmission de ces informations à des autorités pénales à d'autres fins ne reste cependant possible que si l'entraide judiciaire en matière pénale n'est pas exclue. Il faut notamment que l'exigence de la double incrimination soit satisfaite. La procédure relative aux clients de négociants est maintenue, mais elle est raccourcie et accélérée afin que la transmission des informations requises soit possible dans un délai de six mois.

Message

1 Partie générale

1.1 Réglementation en vigueur

D'après la réglementation de l'assistance administrative prévue à l'art. 38 de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses (LBVM; RS 954.1), la Commission fédérale des Banques (CFB) peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents liés à une affaire, non accessibles au public, seulement si les conditions suivantes sont remplies:

- L'autorité requérante doit être une autorité de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières (art. 38, al. 2, LBVM) qui utilise les informations reçues exclusivement à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières (*«principe de la spécialité»*, art. 38, al. 2, let. a, LBVM).
- L'autorité requérante doit être liée par le secret de fonction ou le secret professionnel. En conséquence, les informations transmises ne doivent pas être rendues publiques (*«principe de la confidentialité»*, art. 38, al. 2, let. b, LBVM).
- L'autorité requérante ne peut transmettre les informations reçues à des tiers qu'avec l'assentiment préalable de la CFB. Celle-ci ne peut donner son accord que s'il s'agit d'autorités ou d'organes ayant des fonctions de surveillance. Si les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers doivent retransmettre les informations aux autorités pénales, la CFB doit de plus vérifier si l'entraide judiciaire en matière pénale n'est pas exclue. Elle décide de la retransmission des informations en accord avec l'Office fédéral de la justice (*principe dit «du long bras»*, art. 38, al. 2, let. c, LBVM).
- Le principe général de droit administratif de la *proportionnalité* est également valable en matière d'assistance administrative. La LBVM ne mentionne expressément qu'un seul cas d'application de ce principe, en l'occurrence l'interdiction de transmettre des informations sur des personnes qui, de manière évidente, ne sont pas impliquées dans une affaire nécessitant l'ouverture d'une enquête (art. 38, al. 3, LBVM).
- Lorsque les informations à transmettre concernent des clients de négociants en valeurs mobilières, la CFB conduit une procédure administrative formelle avant la transmission des informations (*«procédure relative aux clients de négociants»*, art. 38, al. 3, LBVM).

1.2 Assistance administrative de la Commission fédérale des banques pour des autorités étrangères¹

1.2.1 Tâches et procédures des autorités étrangères

Les tâches dont sont chargées les autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières sont parfois plus étendues que celles que la loi sur les bourses assigne à la CFB. Le Tribunal fédéral a reconnu que cette circonstance ne fait pas obstacle à une assistance administrative². Les tâches des autorités étrangères comprennent essentiellement les domaines suivants³:

- examens concernant les abus de marché⁴ (délics d’initiés, manipulation de cours, diffusion d’informations trompeuses, etc.);
- surveillance de l’enregistrement, l’émission, l’achat et la vente de valeurs mobilières, du respect des exigences de publicité en la matière, ainsi que des intermédiaires financiers⁵;
- Surveillance des formes de placement collectif⁶;
- Surveillance des marchés à proprement parler, des bourses ainsi que des systèmes de compensation et de règlement⁷;
- tâches relatives à la protection des consommateurs⁸.

La procédure de mise en œuvre de ces dispositions varie selon les Etats. En Grande-Bretagne par exemple, la Financial Services Authority (FSA) est aujourd’hui déjà habilitée à prendre elle-même des sanctions administratives à l’encontre de certains acteurs du marché. Dans de nombreux autres Etats, les tribunaux pénaux et – en particulier dans les pays anglo-saxons – les tribunaux civils auprès desquels les autorités de surveillance déposent une dénonciation ou une plainte formelle jouent

¹ Vous trouverez un plus large aperçu de la pratique de la Commission fédérale des banques dans le Rapport sur l’entraide administrative (état juillet 2003), paru dans le bulletin de la CFB n° 45, pp. 15 ss.

² ATF du 29 octobre 1998 en la cause BAWE / Thyssen (1), 2A.118/1998, consid. 5 b), ATF 125 II 65; ATF du 10 avril 2001 en la cause ASIC / Murrin Murrin, consid. 4 c), 2A. 234/2000, bulletin de la CFB n° 42, p. 62.

³ L’art. 4 du protocole d’accord multilatéral de l’OICV offre également une vue d’ensemble de ces domaines; cf. ch. 1.5.

⁴ Dans la directive de l’UE 2003/6/CE sur les opérations d’initiés et les manipulations de marché (abus de marché), consultable sous: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2003/l_096/l_09620030412fr00160025.pdf.

⁵ Dans la directive de l’UE 2004/39/CE concernant les marchés d’instruments financiers, consultable sous: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2004/l_145/l_14520040430fr00010044.pdf, ainsi que la directive 2003/71/CE concernant le prospectus à publier en cas d’offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l’admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant la directive 2001/34/CE, consultable sous: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2003/l_345/l_34520031231fr00640089.pdf.

⁶ Dans l’UE: Directive 85/611/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), pour ce qui a trait aux placements des OPCVM.

⁷ Dans la directive de l’UE 2004/39/CE concernant les marchés d’instruments financiers, consultable sous: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2004/l_145/l_14520040430fr00010044.pdf.

⁸ Dans l’UE, ces tâches sont réglementées entre autres par la directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, consultable sous: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2002/l_271/l_27120021009fr00160024.pdf.

un rôle essentiel. L'activité des autorités de surveillance et celle des autorités pénales se recoupent en partie, cet état de fait étant encore accentué par la directive de l'UE sur les abus de marché.

1.2.2 Raisons d'une demande d'assistance administrative à la Commission fédérale des banques

Lorsqu'un acteur du marché effectue des transactions par l'intermédiaire d'une banque suisse ou d'un autre négociant suisse de valeurs mobilières sur un marché étranger, il se peut que ces transactions fassent l'objet d'une enquête de l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers compétente. Si une transaction paraît enfreindre les règles de la surveillance des marchés en vigueur dans l'Etat en question, l'autorité étrangère de surveillance adresse une demande d'assistance administrative à la CFB. Les informations demandées doivent permettre de reconstituer la transaction suspecte et d'en identifier le mandant et l'ayant droit économique.

L'enquête d'une autorité de surveillance est déclenchée par certains événements qui éveillent les soupçons de l'autorité quant à une éventuelle infraction à la réglementation des marchés financiers. Il peut s'agir de manipulations de marché, d'une infraction aux règles de présentation des comptes, de délits d'initiés ou d'autres infractions (cf. ch. 1.2.1). Si le soupçon porte par exemple sur un délit d'initié, l'événement déclenchant est en règle générale la transmission d'une information préalablement confidentielle susceptible d'influencer les cours du marché. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il suffit, pour fonder un premier soupçon portant sur un délit d'initié, que des opérations aient été effectuées immédiatement avant la publication d'informations susceptibles d'influencer les cours du marché⁹. Il n'est pas nécessaire que le cours de l'action concernée ait évolué d'une certaine manière au moment de l'achat ou immédiatement après. Il n'est pas non plus nécessaire, au moment où l'enquête est ouverte, que le soupçon portant sur des variations notables de cours soit confirmé. Pour pouvoir étayer ses premiers soupçons, l'autorité a besoin d'informations sur les dessous d'une transaction douteuse, et en particulier du nom des personnes qui y ont participé. Dans les délits d'initiés, chaque personne qui a effectué une transaction durant la période critique sur les titres en question peut donc en principe être soupçonnée.

1.2.3 Procédure d'assistance administrative de la Commission fédérale des banques

Après avoir reçu la demande d'assistance administrative et s'être assurée que les conditions en la matière sont remplies, la CFB se procure les informations demandées auprès des institutions concernées (banques, négociants en valeurs mobilières ou, rarement, autres tiers). Si, après examen des dossiers reçus, elle parvient à la conclusion que les conditions sont réunies pour qu'elle fournisse une assistance administrative, elle procède à une notification et, pour autant que les clients n'y renoncent pas, elle rend une décision. Par cette procédure, le client prend connaissance de l'enquête menée par l'autorité étrangère. La décision précise quelles infor-

⁹ ATF du 15 février 2002 en la cause HIM Furness (2A.434/2002), consid. 4.3.

mations sont transmises, dans quelle mesure elles peuvent être utilisées et quelles sont les restrictions pour une éventuelle retransmission à d'autres autorités. Les informations transmises comprennent en général le nom et l'adresse du client, les données relatives à la transaction en question ainsi que des renseignements sur l'adjudication du mandat concerné. Des informations qui ne sont pas en rapport direct avec les transactions sur lesquelles porte la demande – p. ex. d'autres avoirs ou d'autres positions – ne sont pas transmises. De plus, la CFB transmet régulièrement à l'autorité étrangère une éventuelle prise de position écrite du client.

Les clients ont qualité de parties et peuvent contester devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours de droit administratif, la décision de la CFB de transmettre des informations. Jusqu'à présent, les recours ont toujours eu un effet suspensif. L'autorité de surveillance requérante n'a par contre pas qualité de partie. Si aucun recours n'est déposé ou si le recours est rejeté, la CFB procède à la transmission des informations. L'autorité étrangère engage alors une procédure interne non publique afin de trier les cas présentant des indices supplémentaires. Elle utilise uniquement pour ces cas les informations transmises et intente le cas échéant une action contre les personnes concernées. Si elle estime que certains indices rendent nécessaire de retransmettre des informations à des autorités pénales ou autres, elle demande à la CFB son assentiment. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la CFB est tenue de rendre cette décision également par le biais d'une procédure formelle octroyant aux personnes concernées l'ensemble des droits de recours et des droits dont disposent les parties et offrant donc à nouveau la possibilité de contester la décision directement devant le Tribunal fédéral¹⁰. Les clients concernés peuvent cependant renoncer à une décision aussi dans cette procédure de retransmission.

1.2.4 Nombre des demandes d'assistance administrative déposées par des autorités étrangères

L'art. 38 LBVM est entré en vigueur en février 1997. Dès cette date et jusqu'en juin 2004, environ 373 demandes d'assistance administrative ont été déposées auprès de la CFB¹¹. Leur nombre s'accroît d'année en année. Les demandes se rapportaient à plus de 950 relations bancaires, dont certaines concernaient plusieurs clients. Jusqu'en juin 2004, la CFB a ordonné dans 160 cas la transmission d'informations au moyen d'une décision formelle. Sur les 160 décisions, 84 ont fait l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral. Dans 62 cas, le Tribunal fédéral a rejeté le recours tout en réduisant, pour certains cas, l'étendue de l'assistance administrative prévue par la CFB; 20 recours ont été approuvés par le Tribunal fédéral. Pour une partie d'entre eux, le Tribunal a requis de la CFB qu'elle obtienne des garanties supplémentaires de la part des autorités étrangères. Jusqu'à présent, 31 autorités de surveillance étrangères émanant de 25 Etats ont déposé une demande d'assistance administrative auprès de la CFB.

¹⁰ ATF du 29 octobre 1998 en la cause BAWe / Thyssen (1) (2A.118/1998), consid. 10 b); ATF 125 II 65.

¹¹ Cf. bulletin de la CFB n° 45, pp. 24 ss.

1.2.5 Durée moyenne de la procédure

Lorsque la CFB ne doit pas rendre une décision en matière de procédure relative aux clients de négociants (cf. ch. 1.2.3), elle parvient à régler la plupart des demandes d'assistance administrative dans un délai de trois à quatre mois. En revanche, si le client demande une décision, les procédures jusqu'à l'arrêt du Tribunal fédéral durent normalement entre neuf et douze mois, mais peuvent prendre jusqu'à trois ans dans des cas particuliers, notamment lorsqu'une procédure de retransmission doit être engagée.

1.3 Assistance administrative d'autorités de contrôle étrangères pour la Commission fédérale des banques

1.3.1 Procédure d'enquête de la Commission fédérale des banques

Dans le cadre de la surveillance du marché, la CFB examine des transactions effectuées sur le marché financier suisse¹². Les instances de surveillance de Swiss Exchange (SWX) et d'Eurex Zurich SA transmettent à la CFB les dossiers relatifs à d'éventuelles violations de la loi ou à d'autres infractions au sens de l'art. 6, al. 2, LBVM sur les deux bourses suisses. Certains de ces dossiers sont également transmis aux autorités de poursuite pénale cantonales compétentes. La CFB coordonne ensuite les enquêtes préalables et les procédures avec les autorités de poursuite pénale cantonales, en particulier avec celles du canton de Zurich. Conformément à l'art. 35, al. 6, LBVM, les deux autorités sont tenues à l'entraide judiciaire. De plus, lorsque la CFB apprend que des actes punissables ont été commis, elle doit les dénoncer aux autorités de poursuite pénale compétentes.

Selon le droit en vigueur, elle ne peut pas ordonner de mesures de droit administratif contre des personnes non soumises à sa surveillance. Si elle soupçonne une telle personne d'avoir commis un délit boursier, la CFB dépose plainte, éventuellement après une enquête préalable, auprès de l'autorité de poursuite pénale compétente.

Certaines transactions examinées par la CFB sont en rapport avec des ayants droits économiques étrangers. Si dans un tel cas la CFB soupçonne une infraction au droit suisse, elle dépose une demande d'assistance administrative auprès de l'autorité de surveillance du pays d'où la transaction en question a été effectuée. En règle générale, les données sont transmises par l'autorité de surveillance étrangère à la condition qu'elles soient utilisées exclusivement à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières.

1.3.2 Nombre de demandes d'assistance administrative émanant de la Commission fédérale des banques

De septembre 1999 à juin 2004, la CFB a adressé à des autorités étrangères de surveillance, pour ses propres procédures de surveillance des marchés financiers, 39 demandes d'assistance administrative¹³. Ce chiffre, très modeste en comparaison

¹² Conformément aux art. 6, 10 et 35, al. 3, LBVM.

¹³ Cf. bulletin de la CFB n° 45, p. 25.

des demandes d'assistance administrative reçues de la part des autorités étrangères (cf. ch. 1.2.4), s'explique par la part relativement restreinte du marché suisse des titres au marché mondial. De plus, contrairement aux clients étrangers qui passent souvent par un négociant suisse en valeurs mobilières pour leurs investissements sur d'autres marchés, les acteurs du marché suisse des titres agissent le plus souvent par le biais d'une banque suisse. L'autorité suisse de surveillance peut donc accéder directement aux informations en Suisse.

1.4 Lacunes des règles en vigueur

L'objectif de la LBVM était de faire de l'assistance administrative un instrument d'échange d'informations rapide et efficace¹⁴. La réglementation en matière d'assistance administrative devait permettre de surmonter les problèmes rencontrés par une surveillance locale sur un marché mondial et remplir les attentes légitimes des autorités étrangères à l'égard de la transmission d'informations. La surveillance des marchés ne peut en effet pas s'arrêter à des frontières géographiques que les marchés ne connaissent pas. L'accès des autorités compétentes aux informations afférentes à la procédure doit être proportionné à l'accès des investisseurs aux marchés.

La réglementation actuelle fait de l'assistance administrative un outil très lourd, aussi bien pour la CFB que pour le Tribunal fédéral. Elle ne parvient pas à répondre aux attentes.

1.4.1 Confidentialité et principes de la procédure étrangère

Les exigences légales actuelles en matière de confidentialité ont en particulier entraîné le blocage de l'assistance administrative avec les autorités de surveillance américaines, telles que la *Securities and Exchange Commission (SEC)*. Aux Etats-Unis, les autorités de surveillance exercent leur droit en premier lieu au moyen de plaintes devant des tribunaux civils ou administratifs et plus rarement devant des tribunaux pénaux. Selon le droit procédural américain, dès qu'une plainte est pendante, tous les documents qui la motivent sont accessibles au public. De plus, les autorités de surveillance informent régulièrement le public par la voie des médias sur le dépôt de plaintes (*litigation release*). Mais cela ne se produit qu'après qu'un soupçon a été corroboré au moyen des informations transmises. Avant cette confirmation, les informations sont traitées confidentiellement. Cette pratique est acceptée par les autres membres de l'Organisation internationale des Commissions de valeurs (OICV), qui réunit les autorités de surveillance des marchés des valeurs mobilières.

Au terme d'après négociations avec la CFB auxquelles ont participé des avocats américains spécialisés, la SEC a consenti à formuler ses communiqués avec retenue; elle a également expressément confirmé que les prévenus ont la possibilité de demander le huis clos (*protective order*) au tribunal. Elle n'était cependant pas disposée à renoncer entièrement, pour les cas reposant sur une information transmise par la Suisse par le biais de l'assistance administrative, à la pratique du «litigation

¹⁴ FF 1993 I 1323.

release» qu'elle applique uniformément et dans tous les cas. C'est pourquoi le Tribunal fédéral continue de considérer que le principe de la confidentialité n'est pas garanti. Il a constaté dans deux arrêts¹⁵ que les principes de la procédure américaine n'étaient pas compatibles avec le droit suisse. A l'époque où la Suisse ne connaissait pas encore l'assistance administrative et où il fallait se procurer toutes les informations par la voie de l'entraide judiciaire, le Tribunal fédéral ne contestait cependant la procédure interne américaine ni en raison de l'accessibilité des documents au public pendant la procédure judiciaire ni à cause de la pratique, déjà établie, consistant à informer le public par les médias dépôt de plaintes. Il en résulte une situation paradoxale puisque la transmission d'informations aux autorités de surveillance américaines était plus simple par la voie de l'entraide judiciaire que sous le régime actuel de l'assistance administrative, pourtant censé simplifier la procédure de demande d'informations.

L'interprétation du Tribunal fédéral du principe de la confidentialité va à l'encontre de la tendance observée à l'échelle mondiale qui est d'informer davantage le public sur les procédures de sanctions en matière de surveillance du commerce des papiers-valeurs. Cette tendance s'observe d'ailleurs aussi en Suisse. Par exemple, la bourse suisse SWX, contrairement à la SEC, donne déjà plus souvent des informations sur l'ouverture de procédures d'enquête et révèle aussi l'identité des sociétés concernées. En outre, en Suisse, la Constitution prévoit que les procédures judiciaires sont publiques au plus tard au stade de l'audience et du prononcé du jugement¹⁶. Il est difficile à comprendre que la Suisse demande à une autorité étrangère plus de confidentialité qu'elle n'est elle-même en mesure de garantir¹⁷.

L'accord multilatéral de l'OICV (cf. ch. 1.5) prévoit expressément à ce sujet que les informations provenant d'autorités étrangères de surveillance peuvent être utilisées dans une procédure publique¹⁸.

1.4.2 Problématique du principe du long bras

Le principe du long bras repose sur l'idée que les autorités de surveillance étrangères ont la compétence d'infliger elles-mêmes des sanctions (administratives ou autres) sur la base des informations fournies, raison pour laquelle elles ne doivent transmettre ces informations à d'autres instances que dans des cas exceptionnels. Dans de nombreux Etats, cette conception ne correspond cependant pas à l'organisation effective de la procédure (cf. ch. 1.3.1). En Suisse non plus, la CFB ne peut pas, selon le droit actuel, prendre des mesures de droit administratif contre des personnes qui ne sont pas soumises à sa surveillance. Elle peut seulement mener une enquête préalable en coordination avec les autorités pénales (cf. ch. 1.3.1).

De l'avis du Tribunal fédéral, le principe du long bras – tout comme celui de la confidentialité – exclut toute retransmission ultérieure des renseignements par les seconds destinataires à des tiers¹⁹. La CFB ne peut pas appliquer cette condition aux

¹⁵ ATF 126 II 126 ss, consid. 6 b) et c), et ATF du 20 décembre 2001 en la cause *Elsag Bailey* (2A.349/2001), consid. 6.

¹⁶ Art. 30, al. 3, de la Constitution (Cst.; RS 101).

¹⁷ Tel est aussi l'avis du Tribunal fédéral, ATF 126 II 413 consid. 4 b) aa).

¹⁸ Art. 10a (ii) de l'accord multilatéral.

¹⁹ ATF du 24 novembre 1999 en la cause *Equity Journal* (2A.51/1999), consid. 4 a), publié dans le bulletin de la CFB n° 40, pp. 126 ss; ATF 126 II 141 consid. 6 c) aa).

autorités étrangères. Elle peut tout au plus demander aux autorités de surveillance requérantes (les premières destinataires), avec lesquelles elle a des contacts réguliers, qu'elles ne retransmettent les informations à un deuxième destinataire qu'à condition que le principe de la spécialité soit respecté. En revanche, la CFB ne peut pas demander de garanties directes aux seconds destinataires (p. ex. un tribunal), avec lesquels elle n'a pas de contact durable.

L'obligation légale actuelle de faire dépendre la retransmission des informations à des tribunaux ou à d'autres autorités de surveillance d'un assentiment formel de la CFB complique et retarde l'assistance administrative d'une manière qui n'est plus justifiable.

1.4.3 Difficultés particulières relatives à la retransmission d'informations à des autorités pénales

La retransmission d'informations à des autorités pénales donne lieu à des difficultés particulières. Il est difficile dans la surveillance des marchés financiers de faire une démarcation claire entre procédure administrative et procédure pénale. Une enquête a pour but de déterminer si un comportement va à l'encontre des règles du marché et de sanctionner les infractions. Suivant le système, les sanctions peuvent relever du droit de la surveillance, du droit pénal ou également du droit civil (cf. ch. 1.2.1). Plusieurs sanctions relevant de droits différents sont aussi possibles. Des autorités différentes peuvent être responsables de l'enquête, en particulier des autorités de poursuite pénale, et doivent donc également pouvoir utiliser les informations reçues dans le cadre de l'assistance administrative. Le juge pénal peut intervenir à des stades différents – au début, au cours ou à la fin d'une procédure de droit administratif – selon le système en vigueur. Suivant le stade où le juge intervient, une séparation entre une étape de la procédure d'assistance administrative relevant du droit de la surveillance et une autre relevant du droit pénal s'avère cependant artificielle et impraticable, les différentes procédures pouvant être mêlées. De plus, il arrive souvent que les autorités compétentes non seulement échangent des informations, mais aussi collaborent entre elles. Ce cas se présente également en Suisse (cf. ch. 1.3.1).

Selon la réglementation actuelle, une retransmission d'informations n'est autorisée que si l'entraide judiciaire en matière pénale est également possible en plus de l'assistance administrative. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'octroi de l'entraide judiciaire implique que l'acte délictueux soit punissable à la fois dans le pays de l'autorité requérante et en Suisse (double incrimination)²⁰. Cette condition n'est pas simple à remplir du fait que la législation boursière suisse connaît moins de délits pénaux que d'autres réglementations étrangères comparables.

- Ainsi par exemple, la norme pénale relative au délit d'initié²¹ pose problème car le Tribunal fédéral interprète de manière restrictive l'élément constitutif de l'information susceptible d'influencer les cours du marché et dont la connaissance est exploitée dans un délit d'initié en vue d'obtenir un avan-

²⁰ ATF du 30 août 1999 en la cause IG Farben (2A.17/1999), consid. 4; ATF 125 II 459.

²¹ Art. 161 du code pénal (CP; RS 311.0).

tage pécuniaire²². Entre autres, l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels précédant un avertissement sur les bénéfices ne peut pas, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, tomber sous le coup de l'art. 161 CP²³. Cela a pour effet que même dans des cas évidents d'utilisation d'une information privilégiée, il n'y a pas d'infraction pénale parce que le fait confidentiel n'exerce pas une influence notable sur les cours au sens de l'interprétation du Tribunal fédéral. L'UE au contraire²⁴ se fonde uniquement sur la confidentialité et l'effet sur les cours.

- Contrairement à ce qui se passe dans l'UE²⁵, seules les personnes mentionnées à l'art. 161, ch.1, CP, peuvent être des initiés primaires en Suisse. Un terroriste qui planifie un attentat ayant une incidence sur les cours et profite de cet effet n'est pas punissable en Suisse en tant qu'initié.
- Selon l'opinion dominante en Suisse, il est nécessaire qu'il y ait collaboration consciente entre initié primaire et bénéficiaire d'informations privilégiées. Contrairement à la réglementation de l'UE, le fait d'accéder par hasard à une information privilégiée n'est pas pris en considération.
- L'élément constitutif de la manipulation de cours est également interprétée de façon étroite en Suisse²⁶. Il se limite à la diffusion d'informations trompeuses dans le cadre de transactions et aux opérations fictives, alors que la directive sur les abus de marché²⁷ considère la manipulation de marché comme punissable, indépendamment de la manière dont l'acte a été commis.

Le principe de la double incrimination ne se retrouve par ailleurs pas dans les dispositions plus récentes du droit suisse relatives à l'assistance administrative (cf. art. 7, al. 3, let. c, de la loi du 22 mars 2002 sur les embargos²⁸, et 27, al. 3, du projet de loi sur la surveillance de la révision²⁹).

De plus, le Tribunal fédéral demande que l'autorité requérante présente des éléments supplémentaires allant au-delà des premiers soupçons nécessaires à l'octroi de l'assistance administrative³⁰. Mais, dans la plupart des cas, ces indices supplémentaires ne peuvent être fournis que lorsque les autorités étrangères ont pu avoir connaissance de l'identité du client dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative. Sans cette information, il est pratiquement impossible de juger si une transaction a été effectuée en utilisant une information privilégiée. D'après leurs propres déclarations, les autorités de surveillance de différents Etats européens ont l'obligation absolue de déposer une plainte pénale en cas d'infraction contre la réglementation des marchés financiers. C'est pourquoi elles demandent déjà dans leur requête d'assistance administrative que la CFB consente à une éventuelle retransmission des renseignements fournis aux autorités pénales. S'il n'y a pas de

22 ATF 2A.567/2001 en la cause Intelligent Microsystems Data AB et Information Highway, consid. 6.5.2.

23 Rapport annuel 2001 de la CFB, p. 17.

24 Art. 1 de la directive 2003/6/CE sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), consultable sous: http://europa.eu.int/eur-lex/fr/oj/dat/2003/l_096/l_09620030412fr00160025.pdf.

25 Art. 2 de la directive sur les abus de marché (cf. note 24).

26 Art. 161^{bis} CP.

27 Cf. note 24.

28 RS 946.23.

29 FF 2004 3911.

30 ATF du 10 mai 2001 en la cause AXA/UAP (2A.317/2000), consid. 5 b).

double incrimination ou s'il n'est pas possible d'apporter des éléments supplémentaires de soupçon, la CFB ne peut alors même pas transmettre des informations à l'autorité de surveillance dans le cadre de l'assistance administrative.

La réglementation actuelle est inadaptée à la poursuite de délits relevant d'un comportement abusif sur le marché, une telle poursuite ne pouvant se faire sans l'examen initial d'un grand nombre de transactions et sans l'identification de leur auteur. Seule cette identification permet de vérifier si une personne a pu exercer une influence répréhensible ou si elle disposait d'informations confidentielles. Suivant les caractéristiques de son auteur et les informations dont celui-ci dispose, une transaction peut être considérée comme un acte autorisé ou au contraire comme un comportement abusif.

Il a été demandé lors de la procédure de consultation que des alternatives à un abandon de la double incrimination soient étudiées:

- Il a ainsi été proposé, pour remédier à ces problèmes, de ne pas réviser la disposition régissant l'assistance administrative ou pas seulement cette dernière mais de réviser en lieu et place ou en plus la norme pénale réprimant les délits d'initiés (art. 161 CP). Une suppression de l'art. 161, ch. 3, CP est effectivement prévue dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI). Cela permettrait en particulier de prendre également en compte les ventes de titres opérées avant l'annonce d'une chute des bénéficiaires. Une révision de l'art. 161 CP atténuerait le problème posé par la double incrimination dans le domaine des délits d'initiés, mais ne suffirait pas à le résoudre. Cette proposition se limitait généralement à une suppression de l'art. 161, ch. 3, CP. Même la révision totale de la norme concernant les délits d'initiés serait insuffisante. En effet, en premier lieu, cette norme pénale ne concerne, comme nous l'avons évoqué, qu'un élément constitutif d'abus de marché parmi tous ceux que connaissent les droits suisse et étrangers. Afin de résoudre les problèmes relatifs à l'assistance administrative, il faudrait donc modifier les autres dispositions du CP réprimant les abus de marché ou, le cas échéant, les créer, ce qui n'est pas réaliste à court ou à moyen terme. De plus, le problème résultant du fait que le Tribunal fédéral demande, pour la retransmission d'informations à des autorités pénales, des indices supplémentaires suffisants confirmant les premiers soupçons, ne peut pas être résolu par une révision de l'article réprimant les délits d'initiés. Enfin, le principe de la double incrimination, quelle que soit sa forme, va à l'encontre des normes minimales de l'OICV³¹. Pour toutes ces raisons, les difficultés rencontrées dans l'application de l'assistance administrative ne peuvent pas être surmontées par une révision de l'article réprimant les délits d'initiés.
- Une autre proposition consistait à adopter une définition plus souple de la double incrimination. L'idée était d'exiger non pas, comme pour l'entraide judiciaire, que l'acte en question soit concrètement punissable selon le droit suisse, mais que le bien juridique concerné soit protégé par une norme similaire dans le droit suisse et dans le droit étranger. Le Tribunal fédéral a

³¹ Art. 7, let. c, de l'accord multilatéral; (le texte peut être consulté sous <http://www.iosco.org/pubdocs/pdf/IOSCOPP126-French.pdf>) cf. ch. 1.5.

cependant exclu une telle interprétation pour le droit en vigueur³². Cette proposition serait du reste également incompatible avec les normes internationales et ne résoudrait en rien les problèmes de procédure évoqués. Mais surtout, elle pourrait être considérée comme un modèle applicable dans d'autres domaines juridiques, ce qui n'est pas souhaitable.

- Enfin, il a été proposé de continuer d'appliquer le principe de la double incrimination au début de la procédure d'assistance administrative tout en renonçant aux indices supplémentaires exigés par le Tribunal fédéral pour la retransmission d'informations à des autorités pénales. Cette solution permettrait d'atténuer les problèmes qui se posent avec les pays soumis à l'obligation de dénoncer, du fait que les informations pourraient être retransmises aux autorités pénales. Toutefois, la différence précitée, difficile à éviter, dans la réglementation en matière de délits boursiers et l'incompatibilité avec les normes internationales ne seraient pas résolus pour autant. De plus, si la CFB devait vérifier dès le début de la procédure que le principe de la double incrimination s'applique et qu'elle constatait que tel n'est pas le cas, les informations ne pourraient pas être transmises à l'autorité de surveillance étrangère, même dans les cas où celle-ci n'aurait pas du tout l'intention d'utiliser ces informations dans une procédure pénale. Les autorités étrangères de surveillance protesteraient avec virulence contre fin de non recevoir.

1.4.4 Ralentissement de la procédure du fait de sa division en deux phases

Dans la mesure où les informations à transmettre par la CFB concernent des clients de banques ou de négociants en valeurs mobilières, c'est la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) qui s'applique («procédure relative aux clients de négociants», art. 38, al. 3, LBVM). Selon la réglementation actuelle, la procédure d'assistance administrative est divisée en deux – une procédure de transmission des informations à l'autorité requérante et une procédure de retransmission à d'autres autorités – et peut donc conduire à deux procédures de recours au Tribunal fédéral. Un client qui a effectivement enfreint les règles de comportement sur le marché peut donc retarder le traitement de son cas à l'étranger en utilisant les deux voies de recours prévues par la procédure suisse (cf. ch. 1.2.3).

La procédure relative aux clients de négociants que connaît la Suisse est unique en son genre. Mesurée au travail qu'elle occasionne, elle est menée par la CFB et le Tribunal fédéral dans un laps de temps tout à fait raisonnable. Toutefois, la durée de la procédure peut aller de neuf à douze mois (en cas de recours contre la décision de transmission) et même jusqu'à trois ans (en cas de recours contre la décision de retransmission; cf. ch. 1.2.5); cela complique et retarde considérablement les investigations des autorités requérantes. D'après l'expérience acquise par la CFB dans ses propres enquêtes sur des délits boursiers, plus les investigations durent, moins grandes sont les chances de découvrir un cas suspect.

³² ATF du 15. 4. 2002 en la cause *Finansinspektionen / Intelligent Microsystems Data AB et Information Highway AB*, 2A.567/2001, consid. 6.5.2.

Les lacunes de la réglementation suisse en matière d'assistance administrative conduisent à une pratique restrictive à l'égard des autorités étrangères. Ces dernières réagissent en exprimant leur incompréhension, voire leur agacement. En raison de la pratique actuelle, la place financière suisse voit sa réputation mise à mal. On lui reproche de permettre des abus de marché et de ne pas favoriser la poursuite de délits boursiers.

La procédure suisse applicable aux clients de négociants se heurte aussi à l'incompréhension. En effet, les personnes concernées par une demande d'assistance administrative disposent, selon la PA, du droit d'être entendues et de consulter les pièces. Les décisions d'octroi de l'assistance administrative rendues par la CFB doivent leur être adressées par écrit (cf. ch. 1.2.3). La CFB peut, dans des cas exceptionnels, limiter les droits des parties et procéder à l'exécution de sa décision dès sa notification³³. Cependant, à ce jour elle n'a encore jamais fait usage de cette possibilité car elle n'entend pas vider de son sens la protection des clients prévue par la loi. Dans la procédure suisse d'assistance administrative, le client concerné a donc connaissance en toute légalité des investigations de l'autorité étrangère requérante, ce qui pourrait lui permettre de faire disparaître des moyens de preuve et de soustraire à la justice des gains illégitimes.

Les dispositions en vigueur ne sont en outre pas compatibles avec les directives internationales, en particulier celles de l'OICV³⁴. En mai 2002, l'OICV a adopté un accord multilatéral qui règle à l'échelle mondiale la collaboration et l'échange d'informations entre les autorités de surveillance des bourses. Cet accord n'étant pas contraignant, son observation est facultative. Il constitue cependant la norme de référence des autorités de surveillance qui est appliquée sur toutes les places financières importantes. Il prévoit que les informations transmises peuvent être utilisées librement dans toutes les procédures administratives, civiles et pénales pour autant qu'elles servent à l'application des lois régissant les marchés financiers³⁵. L'accord respecte donc le principe de la spécialité, mais le principe du long bras en vigueur en Suisse n'est pas compatible avec la libre utilisation des informations. En particulier, l'exigence de la double incrimination pour la retransmission des informations aux autorités pénales est contraire à l'accord³⁶, que la CFB ne peut donc pas signer. Cet accord multilatéral est pourtant la référence internationale pour ce qui a trait à la compatibilité entre les différents systèmes et à la coopération.

A cause du principe du long bras, la réglementation suisse n'est pas non plus compatible avec celle de l'UE. La directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché, JOCE n° L 96/ 16 du 12 avril 2003) stipule notamment que le refus de l'assistance administrative au sein des Etats membres n'est possible que dans des cas exceptionnels (par exemple lorsque la communication de l'information concernée est susceptible de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à

³³ Art. 27 et 30 PA; art. 111, al. 2, de la loi d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ; RS 173.110).

³⁴ Cf. ch. 1.4.1.

³⁵ Art. 10, let. a, par. (ii), de l'accord (le texte peut être consulté sous <http://www.iosco.org/pubdocs/pdf/IOSCOPD126-French.pdf>).

³⁶ Art. 7, let. c, de l'accord (le texte peut être consulté sous <http://www.iosco.org/pubdocs/pdf/IOSCOPD126-French.pdf>).

l'ordre public de l'Etat membre requis, lorsqu'une procédure judiciaire est déjà engagée pour les mêmes faits et à l'encontre des mêmes personnes devant les autorités de cet Etat, ou lorsque ces personnes ont déjà été définitivement jugées pour les mêmes faits dans cet Etat)³⁷. Dans les autres cas, les Etats membres sont tenus, sous réserve du principe de la spécialité, de transmettre sans délai toutes les informations qui leur sont demandées. L'autorité requérante peut utiliser ces informations pour l'exercice de ses fonctions et dans le cadre de procédures administratives et judiciaires spécifiquement liées à cet exercice. Si les informations doivent être utilisées à d'autres fins ou retransmises à d'autres Etats membres, l'autorité requérante doit demander l'assentiment préalable de l'autorité requise.

1.6 Intérêt de la Suisse et de la place financière suisse à disposer d'une assistance administrative efficace

La place financière suisse dépend fortement de l'étranger. Pour pouvoir maintenir sa position sur le marché international, la Suisse a besoin d'une assistance administrative efficace, adaptée aux normes internationales minimales. Car si l'assistance administrative est déficiente, les autorités étrangères de surveillance des marchés boursiers risquent de refuser aux banques et aux négociants en valeurs mobilières suisses l'accès à leurs marchés boursiers³⁸ ou, comme cela s'est produit après 1980, prendre des mesures coercitives unilatérales³⁹. Si, dans le cadre d'un mouvement général de concentration, plusieurs bourses forment des coentreprises (*joint ventures*), les bourses suisses peuvent également subir des désavantages concurrentiels au sein du système boursier international, car la possibilité de faire partie d'une telle coentreprise dépend en grande partie d'une collaboration satisfaisante entre les autorités de surveillance compétentes. Etant donné la concurrence déjà vive qui règne aujourd'hui dans le secteur bancaire et boursier, et qui sera plus acharnée encore à l'avenir, un affaiblissement de la position de la Suisse sur le marché en raison de dispositions insuffisantes en matière d'assistance administrative se révélerait fatal. Du point de vue du droit de la surveillance, le fait que la CFB offre une assistance administrative limitée peut conduire les autorités étrangères de surveillance des bourses à ne plus lui accorder l'assistance administrative en raison de l'absence de réciprocité.

Une assistance administrative compatible avec les normes internationales ne sert pas seulement les intérêts commerciaux de la place financière suisse, elle est également importante pour sa renommée. En effet, en révisant la procédure d'assistance administrative, la Suisse peut faire taire les reproches concernant sa prétendue permissivité face aux abus de marché.

³⁷ Cf. art. 16 de la directive.

³⁸ L'inverse vaut également pour la Suisse puisque l'art. 53, al. 1, let. c, de l'ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses (OBVM; RS 954.11) prévoit que la CFB n'autorise un négociant étranger à s'affilier à une bourse ayant son siège en Suisse que lorsque les autorités de surveillance étrangères compétentes sont en mesure de fournir à la CFB l'assistance administrative requise.

³⁹ Cf. PETER C. HONEGGER, *Amerikanische Offenlegungspflichten im Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten*, Zurich 1986, pp. 61 ss.

1.7 Résultats de la procédure préalable

1.7.1 Procédure de consultation

En 2003, la CFB a élaboré un premier projet de loi et de rapport qu'elle a transmis au Département fédéral des finances (DFF) en avril 2003. Ce projet se basait sur des discussions entre la CFB et l'Association suisse des banquiers, ainsi que des représentants de certaines banques. Après avoir subi quelques retouches de la part du DFF, le projet de loi a été mis en consultation, avec son message, en janvier 2004 auprès des gouvernements cantonaux, du Tribunal fédéral, de treize partis politiques, de dix associations faîtières de l'économie ainsi que de 27 autres organisations. Les résultats de la consultation ont été publiés en juillet 2004.

Tous les cantons ayant participé à la consultation approuvent la révision; il en va notamment de même pour le PSS, le PRD, le PDC et l'UDF, Economiesuisse, l'Association suisse des banquiers, l'Association des banques étrangères en Suisse, l'Union suisse des fiduciaires, l'Union suisse des négociants en valeurs mobilières indépendants, l'Association suisse d'assurances, RBA Holding, l'Union des banques cantonales suisses, l'Association des banquiers privés suisses, SWX, l'Association des banques suisses commerciales et de gestion, l'Union suisse des arts et métiers et la Communauté de travail Swissaid.

Les remarques suivantes ont cependant été formulées par les partisans de la révision. Les cantons de Zurich et Zoug soulignent, au sujet du secret bancaire, que le principe de la spécialité ne doit en aucun cas être affaibli davantage. Le PDC donne son accord à condition que le secret bancaire soit préservé. Le canton de Nidwald reproche à la modification de la loi proposée de ne pas exclure totalement la retransmission d'informations à des autorités fiscales d'un pays tiers. Economiesuisse n'est pas très claire dans son appréciation: l'association commence en effet par saluer la révision de la LBVM proposée mais ne désire pas que les assouplissements prévus s'étendent à d'autres lois. Concernant la prochaine révision de la loi sur le blanchiment d'argent, elle rejette catégoriquement l'abandon de la double incrimination. L'Union patronale suisse se rallie à la prise de position d'Economiesuisse. Le canton d'Argovie et l'Union des banques cantonales suisses estiment également que la révision doit se limiter à la surveillance du marché boursier et ne pas s'étendre par la suite à la loi sur les banques et à la loi sur le blanchiment d'argent.

L'UDC et l'association Industrie-Holding rejettent l'abandon de la double incrimination et demandent que d'autres options permettant d'améliorer l'assistance administrative soient examinées avec soin⁴⁰. La Chambre vaudoise des arts et métiers, organisation membre de l'Union suisse des arts et métiers, rejette l'abandon du principe de la confidentialité. Selon une étude d'avocats, les informations transmises aux USA par la voie de l'assistance administrative seraient obligatoirement publiées sur Internet, ce qui doit être considéré comme extrêmement problématique. Les principes de la spécialité et du long bras ne sauraient, selon ce bureau, s'appliquer si tout internaute, où qu'il se trouve dans le monde, peut obtenir des détails sur des faits (réels ou prétendus tels) en lisant les informations publiées par les autorités de surveillance (*litigation releases*).

⁴⁰ Ces alternatives sont décrites au ch. 1.4.3.

1.7.2 Classement d'interventions parlementaires

Le présent projet de loi simplifie l'assistance administrative avec les autorités étrangères de surveillance et l'organise plus efficacement. Il permet d'atteindre les objectifs de la motion Studer, transformée en postulat⁴¹.

1.8 Grandes lignes du projet de loi

La réglementation proposée porte notamment sur les points suivants:

- Le *principe de la spécialité*, à savoir le principe selon lequel des informations sont utilisées exclusivement aux fins de l'application de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, est intégralement maintenu. Les informations transmises dans le cadre de la procédure d'assistance administrative à une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers ne pourront donc pas être utilisées dans d'autres buts, en particulier à des fins fiscales. D'après les expériences de la CFB, le principe de la spécialité a été respecté depuis l'entrée en vigueur de la LBVM.
- Le *principe de la confidentialité* est précisé en ce sens que les prescriptions générales applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur celles-ci sont réservées.
- Le *principe du long bras* est abandonné sous réserve du principe de la spécialité. En conséquence, la loi permet la retransmission d'informations à des organes chargés de l'application de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières. Toujours sous réserve du principe de la spécialité, l'interdiction de retransmettre des informations aux autorités de poursuite pénale ainsi que la condition relative à la double incrimination et aux indices supplémentaires confirmant les premiers soupçons sont également supprimées. En revanche, les règles actuelles continueront de s'appliquer à la retransmission d'informations à des fins étrangères à la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières. En particulier, la retransmission d'informations à des fins fiscales reste interdite. Dans les cas de fraude par exemple, les conditions d'octroi de l'entraide judiciaire et l'exigence de la double incrimination sont maintenues sous leur forme actuelle.
- La *procédure relative aux clients* de négociants est maintenue, mais elle sera accélérée par des délais d'ordre et des règles de procédures. Du dépôt de la requête jusqu'à un éventuel arrêt du Tribunal fédéral, la procédure ne devra pas durer plus de six mois. La procédure relative aux clients de négociants s'applique lors de la première transmission d'informations relatives au client. Ce dernier est la seule partie possible à la procédure.
- Si des informations sont retransmises par l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers à des autorités pénales en dépit du principe de la spécialité, la *procédure administrative* normale s'applique sans restriction.

⁴¹ Postulat Jean Studer (00.3272), Entraide administrative en matière boursière.

2 Partie spéciale: Commentaire de l'art. 38 LBVM

2.1 Al. 1: demandes d'assistance administrative émanant de la Commission fédérale des banques

L'al. 1 de la disposition révisée remplace la notion d'«autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières» par celle d'«autorités étrangères de surveillance des marchés financiers». La raison de cette modification réside d'une part dans le fait que la teneur du texte de loi n'était jusqu'à présent pas identique dans les trois langues nationales (à la différence des versions allemande et italienne, la version française mentionne le commerce des valeurs mobilières et non les négociants en valeurs mobilières). Par ailleurs, la notion d'«autorités de surveillance des marchés financiers» est utilisée au niveau international.

2.2 Al. 2, let. a: principe de la spécialité; suppression du principe du long bras sous réserve du principe de la spécialité

Comme précédemment, la let. a contient le principe de la spécialité selon lequel des informations peuvent être transmises aux autorités étrangères de surveillance des marchés seulement si elles sont utilisées exclusivement aux fins de l'application de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières. La notion diffuse de «surveillance directe» a été remplacée par celle d'«application» («enforcement») de la réglementation sur les bourses, utilisée sur le plan international. Cette modification est nécessaire car la transmission d'informations doit précisément permettre aux autorités requérantes de mettre en œuvre leurs réglementations internes par exemple au moyen de sanctions. En transmettant des informations, la CFB rappelle expressément aux autorités requérantes que, comme jusqu'à présent, les informations transmises ne peuvent être utilisées que dans le respect du principe de la spécialité. Ce principe s'applique également, comme pour l'entraide judiciaire en matière pénale, lorsqu'une procédure étrangère conduite sur la base des informations transmises est publique. Ainsi, si d'autres autorités reçoivent, du fait que la procédure est publique, des informations sur les clients concernés et les utilisent à d'autres fins que l'application de la réglementation précitée, les clients peuvent s'y opposer en invoquant le principe de la spécialité. Si l'autorité tierce ne respectait pas ce principe, la CFB se verrait contrainte d'examiner si elle peut encore octroyer l'assistance administrative à l'Etat en question.

Sous réserve du principe de la spécialité, le principe du long bras est supprimé par la seconde partie de la let. a. Celle-ci prévoit que les autorités requérantes peuvent retransmettre les informations reçues à d'autres organismes, sans l'assentiment de la CFB, dans la mesure où ces organismes appliquent des réglementations sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières. Il peut s'agir aussi bien d'autorités administratives que civiles ou pénales ou des services qui travaillent pour elles, comme la police par exemple. Peu importe donc la manière dont sont organisées les procédures ou les autorités étrangères, seul compte le but de la requête.

L'abolition du principe du long bras sous réserve du principe de la spécialité permet de débloquent la situation prévalant en matière d'assistance administrative en cas de présomption de délits boursiers ne tombant pas sous le coup de la réglementation suisse. En effet, contrairement à ce que prévoit la réglementation en vigueur concernant la retransmission d'informations à des autorités pénales étrangères, la condition préalable de la double incrimination et des indices supplémentaires confirmant les premiers soupçons ne doit plus être examinée. Dans le domaine particulier des délits commis sur les marchés financiers, l'abandon du principe de la double incrimination se justifie par le fait que le seul rapport que le client entretient avec la Suisse est normalement la relation bancaire et qu'en raison de la structure spéciale de ces délits, une enquête ne peut être menée sans connaissance du nom du client. Il ne s'agit pas ici de protection contre la poursuite de délits non punissables selon l'interprétation juridique de la Suisse, mais de l'obligation, pour un client effectuant des transactions sur une bourse étrangère, de respecter également les bases légales en vigueur à cet endroit même s'il fait appel à un intermédiaire financier suisse. La retransmission des informations aux autorités pénales en dépit du principe de la spécialité continue d'être subordonnée à l'assentiment de la CFB. Celle-ci doit requérir l'accord de l'autorité fédérale compétente en matière d'entraide judiciaire, soit l'Office fédéral de la justice. Dans cette procédure de retransmission, toutes les exigences liées à l'entraide judiciaire et surtout au principe de la double incrimination doivent donc être respectées.

2.3 Al. 2, let. b: principe de la confidentialité

De même, le principe de la confidentialité est maintenu à la let. b, ce qui signifie que les autorités requérantes ne reçoivent des informations que si elles sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel. Demeurent dorénavant réservées les prescriptions étrangères applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur celles-ci⁴².

L'autorité de surveillance étrangère traite de manière confidentielle les informations transmises aussi longtemps que les premiers soupçons ne sont pas confirmés par des investigations internes. Ce n'est que si ces soupçons se confirment qu'elle ouvre une procédure contre la personne suspectée, procédure qui peut éventuellement être publique.

La CFB examine uniquement si les autorités requérantes, et non les autorités auxquelles les informations sont retransmises (seconds destinataires, cf. ch. 1.4.2), respectent le principe de la confidentialité. Si l'autorité requérante déclare qu'elle est liée par le secret de fonction ou le secret professionnel et qu'elle n'utilise et ne retransmet les informations obtenues que dans le respect du principe de la spécialité, la CFB doit pouvoir lui faire confiance, pour autant qu'elle n'ait pas connaissance d'un quelconque agissement contraire de la part de l'autorité en question.

Le préposé fédéral à la protection des données rejette la proposition d'assouplir le principe de la confidentialité. Il constate en particulier qu'étant donné la situation juridique aux USA et la pratique de la SEC, la protection de la personnalité des clients des banques concernés n'est pas assurée dans le cadre de l'assistance administrative si la SEC ne prend pas de mesures spéciales. L'art. 6 de la loi fédérale du

⁴² Cf. ch. 1.4.1

19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1) interdit de communiquer des données personnelles à l'étranger si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée. Toujours selon le préposé à la protection des données, la publication sur Internet par la SEC, suite à l'ouverture d'une procédure, de données personnelles obtenues dans le cadre de l'assistance administrative, constitue une menace grave, les données en question devant être considérées comme sensibles selon la législation suisse.

En réponse à cette objection, il convient de préciser que les autorités de surveillance américaines traitent les informations transmises de façon confidentielle tant que les soupçons n'ont pas été confirmés dans le cadre d'une procédure interne. C'est seulement alors que le public est informé du fait qu'une plainte a été déposée (cf. ch. 1.4.1). On ne peut donc pas dire que la personnalité des personnes concernées soit gravement menacée par cette pratique. De plus, la CFB n'a connaissance d'aucun cas où la SEC aurait publié, en plus du nom des clients, des informations sur des comptes en banque suisses ou sur la provenance suisse des données en question. Il convient par contre de faire ressortir la gravité des conséquences qu'entraînerait la mise en œuvre du point de vue du préposé à la protection des données. En effet, la CFB ne pourrait toujours pas fournir l'assistance administrative à la SEC.

2.4 Al. 3: procédure applicable aux clients de négociants

L'al. 3 prévoit comme jusqu'ici que la PA est applicable lorsque les informations à transmettre concernent des clients de négociants. Comme l'admet la pratique du Tribunal fédéral en matière d'entraide judiciaire⁴³, le client n'est habilité à faire recours qu'à condition qu'il n'ait pas donné de procuration. La procédure administrative s'applique sous réserve des al. 4 et 5. Comme jusqu'ici, lorsque les informations à transmettre ne concernent pas des clients de négociants, la procédure administrative n'est pas applicable, et aucune voie de droit n'est donc ouverte⁴⁴.

2.5 Al. 4: accélération de la procédure administrative de première instance et inscription du principe de la proportionnalité dans la loi

Aux termes de l'al. 4, les autorités et parties concernées par l'assistance administrative sont tenues d'agir rapidement. D'une part, la CFB doit mener sa procédure avec diligence. D'autre part, elle peut, en invoquant une procédure rapide, obtenir au plus vite les informations demandées et ne devra désormais accorder des prolongations de délai pour la récolte des informations que dans des circonstances particulières.

Le principe de la proportionnalité sera désormais inscrit dans la loi. L'application différenciée de cette règle générale par le Tribunal fédéral est également prise en compte.

⁴³ Cf. ATF 1A.114/2002, consid. 2.4.

⁴⁴ Cf. ATF du 9 mars 2001 en la cause COB / SBVMB / SITA et Tractebel (2A.352/2000), consid. 2 c).

Selon la pratique du Tribunal fédéral, le principe de la proportionnalité n'oblige pas la CFB à examiner elle-même la transaction ni à transmettre des informations uniquement si le soupçon de l'autorité requérante est confirmé. Il appartient exclusivement à l'autorité requérante de décider si une transaction est suspecte ou non⁴⁵. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que le seul fait que la demande de renseignements porte sur un gain peu élevé ne constitue pas une violation du principe de la proportionnalité⁴⁶. Il faut replacer cet arrêt dans son contexte, car un certain nombre d'autorités étrangères demandent des renseignements sur des transactions mineures pour pouvoir établir à plus large échelle des liens entre des personnes impliquées et des faits. Comme jusqu'à présent, la CFB mènera des pourparlers avec les autorités étrangères afin que celles-ci limitent le nombre de demandes d'informations de ce genre.

Le principe, déjà contenu dans la disposition en vigueur, excluant la transmission d'informations sur des personnes qui, de manière évidente, ne sont pas impliquées dans l'affaire à examiner, est maintenu. En application de ce principe, la CFB ne transmet pas le nom d'un client lorsque ce dernier fait valoir que la transaction en question a été conclue non par lui-même mais à son insu et sans son concours par son gérant de fortune, pour autant que ses explications ne suscitent pas de doutes⁴⁷.

2.6 AL. 5: limitation expresse du recours de droit administratif aux clients; accélération de la procédure de recours

Lorsque les informations sont utilisées exclusivement aux fins de l'application de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières (c.-à-d. dans le respect du principe de la spécialité), seul le client est habilité, en vertu de l'al. 5, à présenter un recours de droit administratif. Il doit lui être possible de se défendre contre la première transmission de ses données à des autorités étrangères. La banque ou un autre négociant en valeurs mobilières n'a pas la compétence de faire recours pour ses clients s'il n'y a pas été expressément autorisé. Cette disposition correspond à la nouvelle pratique du Tribunal fédéral concernant l'entraide judiciaire en matière pénale⁴⁸.

La procédure de recours doit être accélérée par un raccourcissement des délais. Le client concerné par une requête d'assistance administrative pourra désormais attaquer dans un délai de dix jours (au lieu de 30 actuellement) la décision de la CFB d'octroyer l'assistance. Puisque cette personne a le droit d'être entendue, elle est mise au courant de la procédure en cours avant de recevoir la décision (cf. ch. 1.2.3); ce délai n'est donc pas trop court. Le délai de dix jours est un délai absolu. Les dispositions légales en matière de suspension des délais ne lui sont pas applicables.

⁴⁵ ATF du 29 octobre 1998 en la cause S. Thyssen (2A.101/1998), consid. 4, publié dans le bulletin de la CFB n° 37, p. 19.

⁴⁶ ATF du 10 mars 1999 en la cause Scruttons (2A.595/1998), consid. 2 b), publié dans le bulletin de la CFB n° 38, p. 36.

⁴⁷ ATF du 5 avril 2001 en la cause SITA et Tractebel, 2A.350/2000, consid. 3c) aa).

⁴⁸ ATF 1A.114/2002, consid. 2.4. Cf. aussi ch. 2.4.

2.7

Al. 6: retransmission à des autorités pénales en dépit du principe de la spécialité

L'al. 6 maintient le principe du long bras lorsque, par exemple dans des cas de fraude, les informations obtenues doivent être retransmises aux autorités pénales à d'autres fins que l'application de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières – c'est-à-dire en dépit du principe de la spécialité, régi par l'al. 2, let. a.

Dans de tels cas, l'autorité étrangère doit présenter une nouvelle demande qui est traitée par la CFB en accord avec l'autorité fédérale compétente en matière d'entraide judiciaire. Un accord de la CFB concernant la retransmission des informations est possible, comme aujourd'hui, uniquement à condition que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue. Celle-ci est liée à la condition de la double incrimination (cf. ch. 1.4.3). De plus, les demandes d'entraide judiciaire en matière pénale sont irrecevables si la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique⁴⁹. La procédure administrative normale est applicable en cas de retransmission des informations à des autorités pénales en dépit du principe de la spécialité.

3

Conséquences

3.1

Conséquences sur les finances et le personnel

Le présent projet n'aura pas de conséquences sur les finances fédérales puisque la CFB est entièrement financée par les émoluments et les taxes de surveillance. En outre, la CFB dispose aujourd'hui déjà du personnel nécessaire à l'exécution des procédures d'assistance administrative. Des ressources supplémentaires ne seraient nécessaires que si le nombre des requêtes d'assistance administrative et celui des procédures résultant des dispositions facilitées devait augmenter fortement, ce qui est peu vraisemblable.

3.2

Conséquences dans le secteur informatique

La modification des dispositions d'assistance administrative n'aura pas de conséquence sur la stratégie informatique de la Confédération.

3.3

Conséquences économiques

La modification des dispositions d'assistance administrative ne devrait pas entraîner de conséquences économiques notables.

⁴⁹ Art. 3, al. 3, de la loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (EIMP; RS 351.1).

4 Programme de la législature

Le projet de révision a été annoncé dans le rapport du Conseil fédéral du 25 février 2004 sur le programme de la législature 2003 à 2007 (FF 2004 1035, annexe 1, ch.1.2). Du fait de la pression internationale, il revêt un caractère urgent.

5 Rapport avec le droit européen

La révision proposée rendra la réglementation suisse en matière d'assistance administrative conforme aux standards internationaux minimaux en particulier aux normes européennes. La procédure relative aux clients de négociants (cf. ch. 1.4.4) reste cependant une particularité de l'assistance administrative suisse.

6 Constitutionnalité

La modification de la LBVM proposée se base, tout comme la loi elle-même, sur l'art. 98 Cst.

