

**AVIS DE DROIT**

à l'intention des

COMMISSIONS DE GESTION (CdG)  
DU CONSEIL DES ÉTATS ET DU CONSEIL NATIONAL

concernant la

HAUTE SURVEILLANCE SUR L'AUTORITÉ FÉDÉRALE  
DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA)

établi par

FELIX UHLMANN, DOCTEUR EN DROIT, LL.M., AVOCAT  
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE ZURICH  
CONSULTANT AUPRÈS DU CABINET D'AVOCATS WENGER PLATTNER

28 août 2013

## **TABLE DES MATIÈRES**

<b>I. POINT DE LA SITUATION ET MANDAT D'EXPERTISE</b>	<b>3</b>
<b>II. NOTION ET OBJET DE LA HAUTE SURVEILLANCE</b>	<b>5</b>
1. Définition et éléments de base	5
2. Haute surveillance à un échelon (Tribunal fédéral)	5
3. Haute surveillance à deux échelons dans une structure hiérarchique (Conseil fédéral et administration)	6
4. Haute surveillance à deux échelons dans une structure décentralisée (Conseil fédéral et entités administratives détachées)	9
5. Appréciation	14
<b>III. LIMITATIONS DE LA SURVEILLANCE</b>	<b>16</b>
1. Limitations générales	16
2. Limitations spécifiques	18
<b>IV. MOYENS ET DESTINATAIRES DE LA HAUTE SURVEILLANCE</b>	<b>19</b>
1. Moyens de la haute surveillance, notamment le droit à l'information	19
2. Destinataires de la haute surveillance	19
<b>V. HAUTE SURVEILLANCE SUR LA FINMA</b>	<b>22</b>
1. Haute surveillance « indirecte » exercée par le Parlement	22
2. Possibilités d'intervention du Conseil fédéral	24
3. Droit à l'information du Parlement	28
4. Destinataire de la haute surveillance	29
<b>VI. RÉPONSE AUX QUESTIONS POSÉES</b>	<b>31</b>

## I. POINT DE LA SITUATION ET MANDAT D'EXPERTISE

1. La question de la haute surveillance sur les entités de la Confédération devenues autonomes se pose souvent dans la pratique des CdG. Pour y répondre, ces dernières ont confié un mandat d'expertise aux professeurs Georg Müller et Stefan Vogel, qui ont présenté le 7 décembre 2009 l'avis de droit *Haute surveillance de l'Assemblée fédérale sur les entités devenues autonomes qui assument des tâches de la Confédération*. Cette expertise a été publiée dans le Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBI 111 [2010], p. 649 ss ; ci-après : avis de droit MÜLLER/VOGEL).
2. Les incertitudes du passé ayant surtout concerné l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN), les CdG ont décidé d'approfondir les questions relatives à ces entités. Elles ont donc confié deux autres mandats d'expertise, l'un au professeur Giovanni Biaggini et l'autre au professeur Felix Uhlmann. Les deux experts ont chacun eu connaissance de l'autre expertise et ont échangé leurs idées sur les questions d'ordre général. L'expertise de Giovanni Biaggini est pour l'essentiel consacrée à la haute surveillance sur l'IFSN, alors que le présent avis de droit traite avant tout de la haute surveillance sur la FINMA.
3. Le soussigné a été chargé de répondre aux questions suivantes :

### Questions d'ordre général

- a) Quelles sont les compétences des CdG en vertu de l'art. 169 de la Constitution fédérale (Cst.) et des art. 26, 52, 153 et ss de la loi sur le Parlement (LParl) envers la FINMA, le Conseil fédéral et le Département fédéral des finances (DFF) quant au champ d'activité de la FINMA défini par la loi ?
- b) Quelles restrictions la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA), voire d'autres dispositions légales posent-elles aux compétences des CdG ? L'indépendance de la FINMA découlant de la loi implique-t-elle que l'intensité et la profondeur de la haute surveillance exercée par le Parlement dépend de la portée des indices concrets ?
- c) A la lumière de l'art. 169 Cst. et des art. 26, 52, 153 ss LParl et compte tenu des documents préparatoires et de la pratique concernant ces dispositions, la haute surveillance exercée par le Parlement sur les entités détachées en général et sur la FINMA en particulier dépend-elle intégralement des compétences du Conseil fédéral envers ces unités ou les CdG disposent-elles de compétences plus étendues ?

### Questions spécifiques

- d) L'exercice du droit à l'information des CdG vis-à-vis de l'administration fédérale (art. 150 et 153 LParl) est-il limité à l'égard de la FINMA ?

- e) A quelle « autorité responsable » les CdG doivent-elles adresser leurs recommandations au sens de l'art. 158 LParl (Conseil fédéral et/ou conseil d'administration de la FINMA) ?
  - f) Comment faut-il appliquer l'art. 153, al. 5, LParl lors de l'audition des représentants de la FINMA (« autorité à informer ») ?
  - g) Le Conseil fédéral a-t-il également le droit de s'exprimer comme le prévoit l'art. 157 LParl (« droit d'être entendu ») dans le cas de la FINMA ?
  - h) Dans quels domaines la FINMA a-t-elle une fonction de justice administrative qui, en vertu de la séparation des pouvoirs, n'est pas soumise à la haute surveillance parlementaire des CdG, ou ne l'est que dans une mesure limitée (par analogie à la haute surveillance sur les tribunaux fédéraux) ?
4. Dans le présent avis de droit, nous analyserons d'abord la notion et la portée de la haute surveillance au sens général, pour transposer ensuite cette analyse générale au cas concret de la haute surveillance sur la FINMA. Enfin, nous répondrons aux questions posées.
5. L'avis de droit MÜLLER/VOGEL étant assez récent, les considérations ci-après portent avant tout sur les thèmes où il existe des divergences, ou qui appellent une réflexion plus approfondie. Après l'analyse générale, qui restera concise, nous approfondirons l'objet (voir ch. 8 ss ci-dessous) et les limitations (voir ch. 31 ss ci-dessous) de la haute surveillance, soit les principales sources d'incertitudes et de divergences. La doctrine et la jurisprudence seront citées avec mesure.

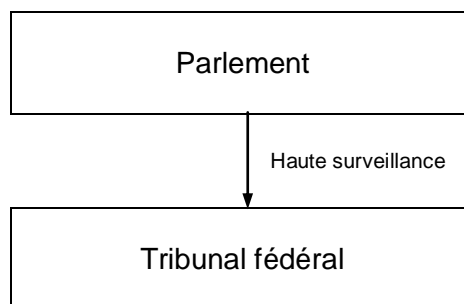
## II. NOTION ET OBJET DE LA HAUTE SURVEILLANCE

### 1. Définition et éléments de base

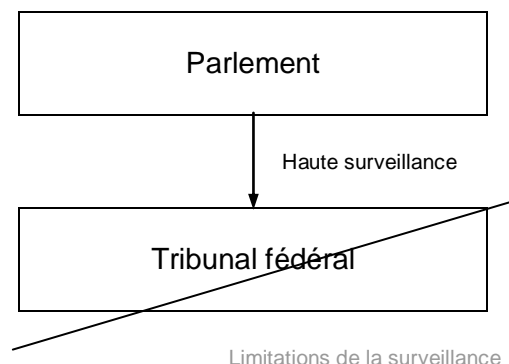
6. La haute surveillance sert à vérifier la légalité, l'opportunité, l'efficacité, l'efficience économique et la régularité de l'activité des autorités publiques qui en font l'objet (art. 26, al. 3, LParl), l'accent étant mis sur les trois premiers critères (art. 52, al. 2, LParl). Elle a pour objectif d'asseoir la responsabilité démocratique de ces autorités, de contribuer à corriger les insuffisances et dysfonctionnements, d'accroître la transparence et la confiance et de tirer les enseignements en vue d'une meilleure conception des lois (pour les détails, voir les Principes d'action des Commissions de gestion adoptés par les CdG le 29.8.2003 et le 4.9.2003, disponibles à l'adresse Internet <http://www.parlament.ch/f/wissen/parlamentswissen/parlamentsrecht/Documents/ko-au-gpk-handlungsgrundsaeetze-f.pdf>, consultés le 24.7.2013, ci-après : Principes d'action CdG, p. 333 s).
7. La haute surveillance porte sur « le Conseil fédéral et l'administration fédérale, les tribunaux fédéraux et les autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération » (art. 169, al. 1, Cst.). Les modalités sont réglées aux art. 26, 52, et 153 ss LParl, qui servent de référence principale aux réflexions qui suivent.

### 2. Haute surveillance à un échelon (Tribunal fédéral)

8. La *haute surveillance à un échelon* représente l'exemple le plus simple : le Parlement surveille directement un autre organe de l'Etat, comme dans le cas du Tribunal fédéral.



9. 'Dans ce cas de figure, la seule question est de savoir ce qui peut faire l'objet de la surveillance ou quelles limitations il existe vis-à-vis de l'institution surveillée.

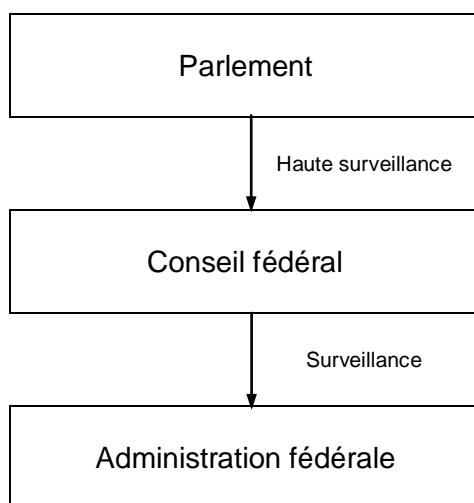


10. Les limitations de la surveillance, que ce soit dans cette configuration ou dans celles qui suivent, font l'objet de la troisième partie du présent avis de droit (voir ch. 31 ss ci-dessous).

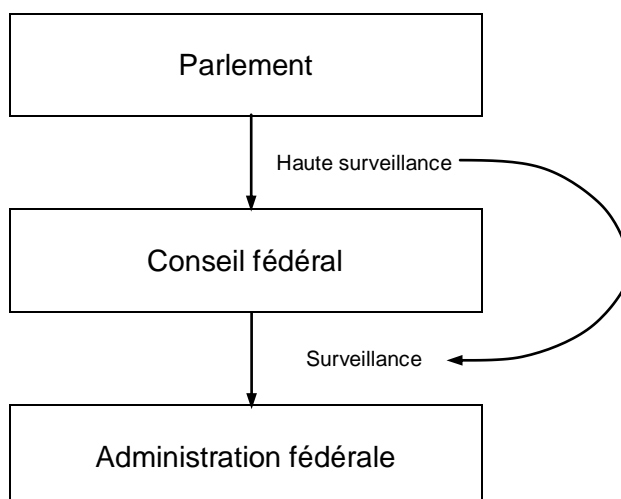
### 3. Haute surveillance à deux échelons dans une structure hiérarchique (Conseil fédéral et administration)

11. La haute surveillance exercée par le Parlement porte rarement sur une seule institution : le Tribunal fédéral surveille ainsi à son tour le Tribunal administratif fédéral. Le plus souvent, l'entité surveillée est elle-même dotée d'*attributions de surveillance ou de direction*. Les compétences du Conseil fédéral en matière de surveillance se distinguent substantiellement de la haute surveillance exercée par le Parlement. Il s'agit en l'occurrence d'une « surveillance constante et systématique » (art. 8, al. 3, de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, LOGA), impliquant un *pouvoir direct de décision et de donner des instructions* (pour les détails, voir PHILIPPE MASTRONARDI, art. 169 Cst., in : Bernhard Ehrenzeller et al. [éd.], Die Schweizerische Bundesverfassung, commentaire, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2008, n° 5).

12. La structure de la surveillance comprend alors deux échelons, par exemple le Conseil fédéral et l'administration :

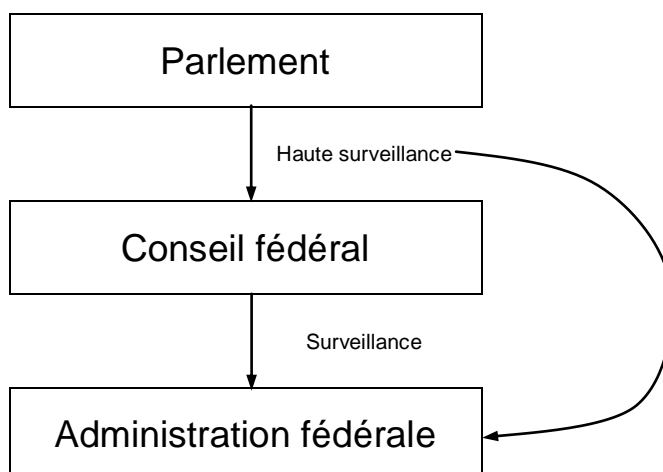


13. Il est en l'occurrence clair et incontesté que le Conseil fédéral est soumis à la haute surveillance du Parlement. Par contre, les autres attributions du Parlement en matière de haute surveillance sont plus incertaines. A cet égard, il faut faire la distinction entre deux autres cas de figure, c'est-à-dire la haute surveillance qui porte sur le Conseil fédéral dans l'exercice de ses tâches de surveillance et de direction vis-à-vis de l'administration et la haute surveillance des activités de l'administration. Le schéma suivant représente la première configuration :



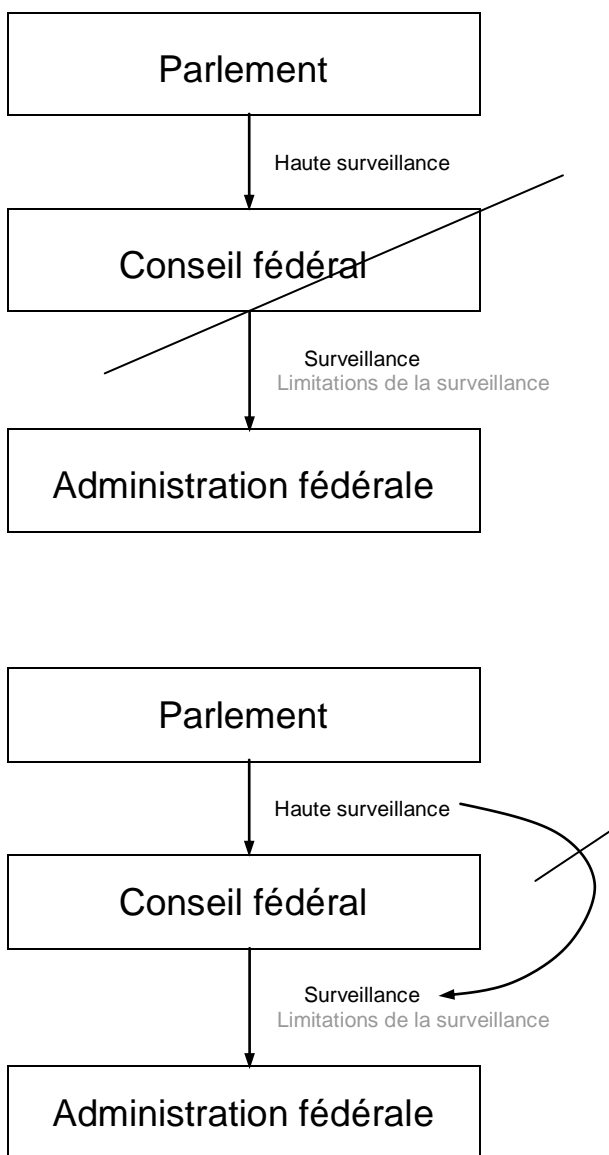
14. Il s'agit là pour ainsi dire de la « surveillance de la surveillance » (pour une critique de cette notion, voir GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 169, n° 6, avec renvoi à AUBERT). Les compétences de haute surveillance du Parlement sont parfois contestées dans ce cas de figure : pour certains auteurs, le contrôle parlementaire a pour objets le gouvernement et l'administration et non la surveillance exercée par le gouvernement sur l'administration (ALEXANDRE RUCH, Die parlamentarische Kontrolle der mittelbaren Verwaltung im Bund, ZBI 93 [1992], p. 241 ss, 244, avec renvoi à Kurt Eichenberger ; avis opposé : THOMAS SÄGESSER, Oberaufsicht der Bundesversammlung, RSJ 109 [2013], p. 125 ss, 127 ; BIAGGINI, op. cit., n° 6). On ne comprend toutefois pas très bien pourquoi ce domaine devrait être exclu de toute surveillance. Si un dysfonctionnement existe au sein de l'administration et que le Conseil fédéral n'intervienne pas, une critique du Parlement paraît tout à fait justifiée. Par ailleurs, il semble très difficile de distinguer l'activité propre du Conseil fédéral, qui serait soumise à la haute surveillance, de la direction de l'administration, qui n'y serait pas soumise. Le Conseil fédéral agit souvent par l'intermédiaire de son administration. Cette limitation est à juste titre ignorée dans la pratique (voir Principes d'action CdG, p. 335).

15. Il faut faire la distinction entre cette « surveillance de la surveillance » et la haute surveillance (directe) sur l'administration, qui ne vise pas l'activité du Conseil fédéral, mais directement celle de l'administration :

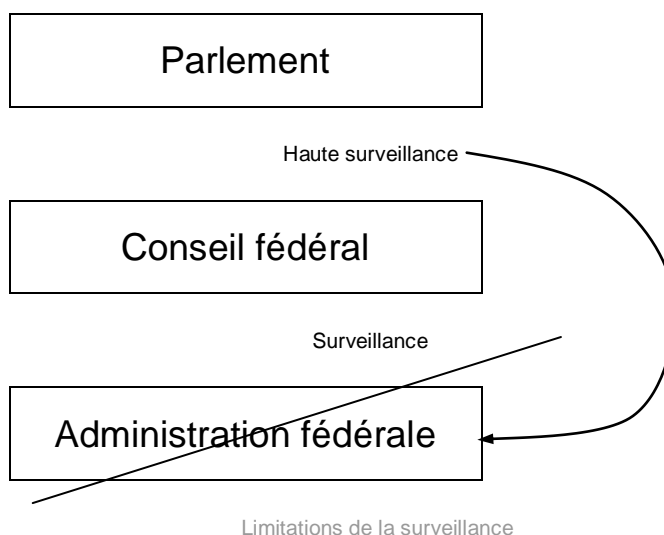


16. Le problème tient en l'occurrence à ce que la haute surveillance du Parlement *entre en concurrence* avec les attributions de surveillance et de direction du Conseil fédéral. L'administration fédérale est d'une certaine manière soumise à un *double contrôle*. Les attributions de haute surveillance réservées au Parlement sont à cet égard incontestées, mais la coordination entre la surveillance (Conseil fédéral) et la haute surveillance (Parlement) est controversée et suscite des incertitudes. Fondamentalement, la haute surveillance parlementaire doit prendre de la hauteur par rapport à la fonction de surveillance et de direction du Conseil fédéral et elle ne doit pas s'y substituer. La haute surveillance du Conseil fédéral et la surveillance du Parlement doivent être séparées (voir ch. 11 ci-dessus).

17. Des limitations de la surveillance sont possibles dans les trois configurations (voir ch. 31 ss ci-dessous) :



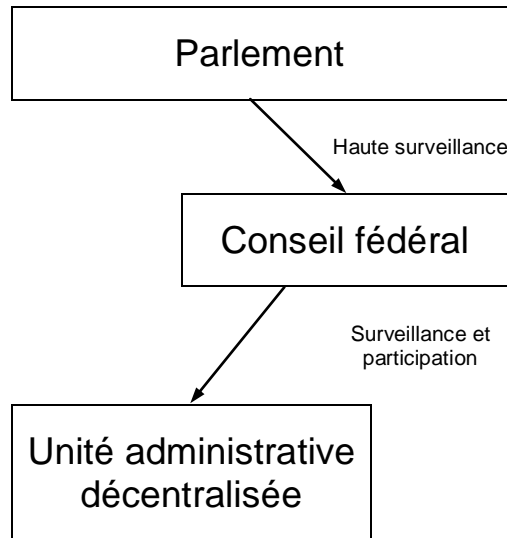




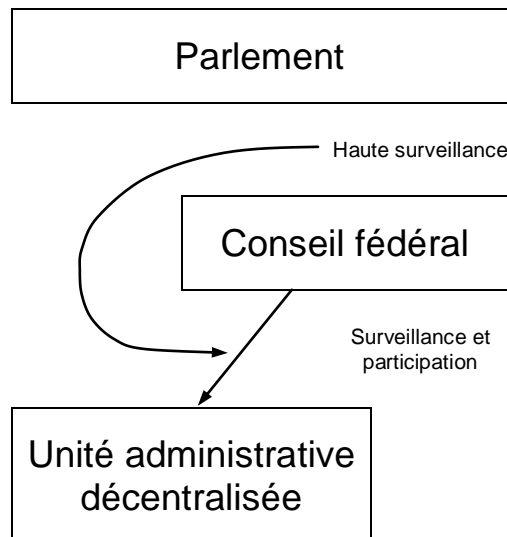
#### 4. Haute surveillance à deux échelons dans une structure décentralisée (Conseil fédéral et entités administratives détachées)

18. Si l'on transpose le modèle à deux échelons du Conseil fédéral et de l'administration aux unités administratives décentralisées, la différence essentielle réside dans le fait que ces dernières ne sont pas dirigées par le Conseil fédéral au même titre que l'administration centrale. Il n'existe pas de rapport hiérarchique entre le Conseil fédéral et ces unités, ou du moins ce rapport est-il relativisé dans certains domaines. L'unité décentralisée se caractérise par une certaine *autonomie vis-à-vis* du Conseil fédéral. Par « autonomie » on entend ici une dérogation aux attributions de surveillance et de direction du Conseil fédéral. C'est pourquoi nous parlons de « haute surveillance dans une structure décentralisée ». L'autonomie peut être accordée à l'unité décentralisée pour diverses raisons : protection contre une influence politique qui aurait pour but d'obtenir de « bons » résultats, protection des activités judiciaires et quasi judiciaires, souplesse dans la participation au marché, etc.

19. Cette différence est inscrite dans la LOGA, à l'art. 8, al. 3, et à l'art. 8, al. 4 s. Le Conseil fédéral exerce « une surveillance constante et systématique » sur les unités qui lui sont hiérarchiquement subordonnées (art. 8, al. 3, LOGA ; voir SÄGESSER, op. cit., p. 134). Quant aux unités administratives décentralisées, il les contrôle « conformément aux dispositions particulières » (art. 8, al. 4, LOGA) et fixe dans certains cas leurs objectifs stratégiques (art. 8, al. 5, LOGA, dans la teneur selon la LF du 17.12.2010 relative à la participation de l'Assemblée fédérale au pilotage des entités devenues autonomes, entrée en vigueur le 1.1.2012 [RO 2011 5859]). En l'occurrence, le Conseil fédéral ne dispose pas d'attributions de direction générales, mais d'*attributions de surveillance et de droits de participation* :



20. Tout comme pour l'administration centrale, il convient d'établir l'objet de la haute surveillance exercée sur les unités administratives décentralisées. A cet égard, il faut une fois encore distinguer deux cas de figure : d'une part, la haute surveillance (indirecte) sur l'exercice des pouvoirs de surveillance et des droits de participation du Conseil fédéral et, d'autre part, la haute surveillance (directe) sur l'unité décentralisée. Le schéma suivant représente la première configuration :



On part généralement du principe que le Parlement assume la haute surveillance sur l'exercice des pouvoirs de surveillance et des droits de participation du Conseil fédéral. C'est parfaitement logique si l'on accepte que le Parlement exerce la haute surveillance sur la fonction de surveillance et de direction du Conseil fédéral vis-à-vis de l'administration centrale (voir ch. 13 ci-dessus).

21. L'objet précis de la haute surveillance suscite par contre des incertitudes. Le rapport sur le gouvernement d'entreprise et le rapport explicatif de l'AFF envisagent la haute surveillance dans sa dimension de surveillance de la défense des intérêts de la Confédération

en sa qualité de propriétaire ; ils abordent donc surtout la question sous l'angle – stratégique – de l'exercice des pouvoirs de surveillance et des droits de participation (voir examen critique dans l'avis de droit MÜLLER/VOGEL, p. 653 s ; ANDREAS LIENHARD demande en substance que le pilotage parlementaire des entreprises publiques se concentre sur les objectifs à moyen et à long terme de portée politique et stratégique [Steuerung und Kontrolle ausgelagerter Verwaltungsträger durch das Parlament, Parlament 11 [2008], Heft 11, p. 5 ss et 8]). De l'avis de MÜLLER/VOGEL, ce point de vue est trop restrictif, car il ne permet pas de prendre suffisamment en compte les pouvoirs de surveillance et les droits de participation dévolus au Conseil fédéral par les différentes lois d'organisation (voir avis de droit MÜLLER/VOGEL, p. 654). En effet, une haute surveillance qui se limiterait principalement aux objectifs stratégiques semble trop restreinte et ne tiendrait pas suffisamment compte des multiples possibilités dont dispose le Conseil fédéral pour exercer son influence sur les unités décentralisées. Le conflit peut être désamorcé si l'on considère que les « intérêts de la Confédération en sa qualité de propriétaire » présupposent plus qu'un contrôle des objectifs stratégiques. Les CdG avaient d'ailleurs estimé, dans le cadre de la réorientation de la haute surveillance sur la Poste, Swisscom et les CFF (rapport des Commissions de gestion des Chambres fédérales sur leurs activités (mai 1999/mai 2000) du 23.5.2000, FF 2000 4241, 4242 s), que :

*« L'objectif de la haute surveillance est d'examiner si le Conseil fédéral défend correctement les intérêts de la Confédération en sa qualité de propriétaire. En d'autres termes, ce ne sont donc pas uniquement les compétences dévolues au Conseil fédéral en la matière au sens strict (approbation du rapport de gestion et des comptes, nominations, définition et contrôle des objectifs) qui sont concernées, mais également la surveillance que la Confédération doit exercer, en sa qualité de propriétaire et d'actionnaire majoritaire. Le Conseil fédéral doit en outre rendre compte sur les événements qui peuvent entraver la bonne marche des entreprises. »*

La Commission des finances du Conseil national a toutefois émis un avis plus restrictif dans le cadre de l'initiative parlementaire relative aux buts stratégiques des unités indépendantes (rapport du 29.3.2010, FF 2010 3057, 3068) :

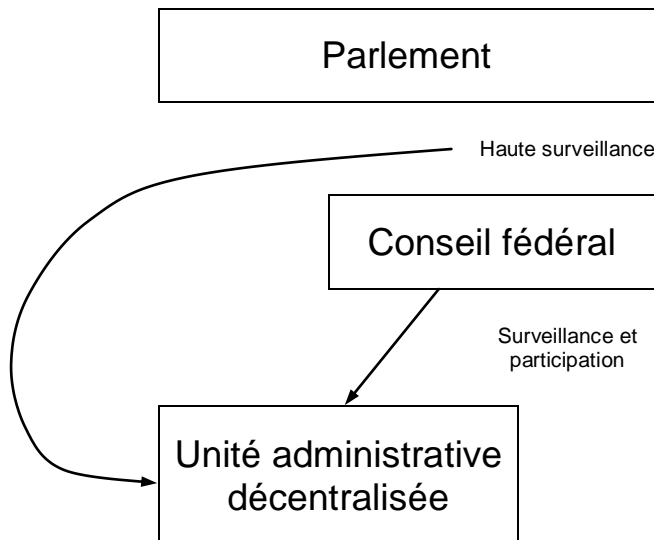
*« Dans le cadre de l'exercice de la haute surveillance, les commissions de surveillance ont constaté que, dans la pratique, il n'est pas toujours facile de distinguer la frontière qui sépare le stratégique – qui entre dans la zone d'influence du Parlement – de l'opérationnel qui, dans la mesure où il a une dimension politique, peut certes faire l'objet d'une question lors des délibérations au sein d'une commission, mais sans avoir de lien avec l'exercice de la haute surveillance parlementaire sur une organisation ou une entreprise. »*

La perspective (plus large) des CdG me paraît plus pertinente. Les objectifs stratégiques sont une composante importante de la haute surveillance, mais pas la seule.

22. Dans le cas des unités décentralisées, la tâche est d'autant plus difficile qu'elles doivent parfois *agir de concert* avec le Conseil fédéral. Elles proposent par exemple des objectifs stratégiques et le Conseil fédéral les approuve. La responsabilité incombe ainsi aux deux organes. La haute surveillance peut en l'occurrence éclairer les deux côtés de l'opération, c'est-à-dire l'action du Conseil fédéral et celle de l'unité décentralisée. Il en

résulte une haute surveillance combinant la surveillance de la surveillance et la haute surveillance portant sur l'unité décentralisée elle-même. Il reste toutefois à déterminer si le deuxième aspect est admissible (voir ch. 23 ss ci-dessous). La question de la haute surveillance exercée par le Parlement est encore plus pointue lorsqu'une entité détachée fixe elle-même ses objectifs stratégiques (voir art. 6, al. 6, let. a, LIFSN) ou lorsqu'il n'y a pas d'objectifs stratégiques tels que ceux visés ici (voir art. 6 LBN).

23. Enfin, il convient d'examiner la haute surveillance sur les unités décentralisées elles-mêmes :

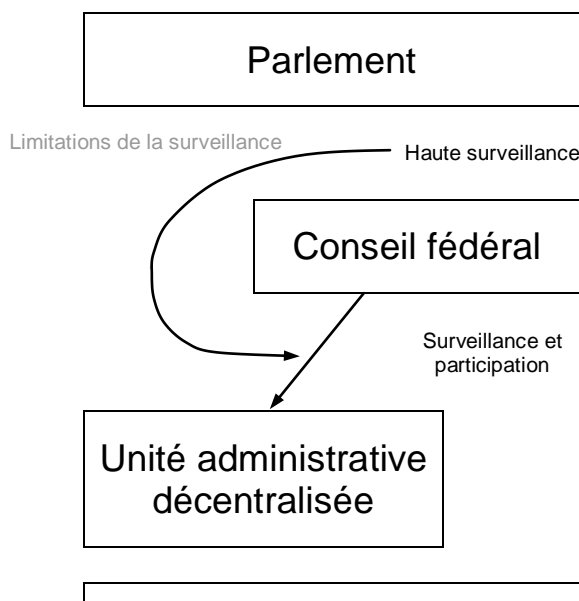


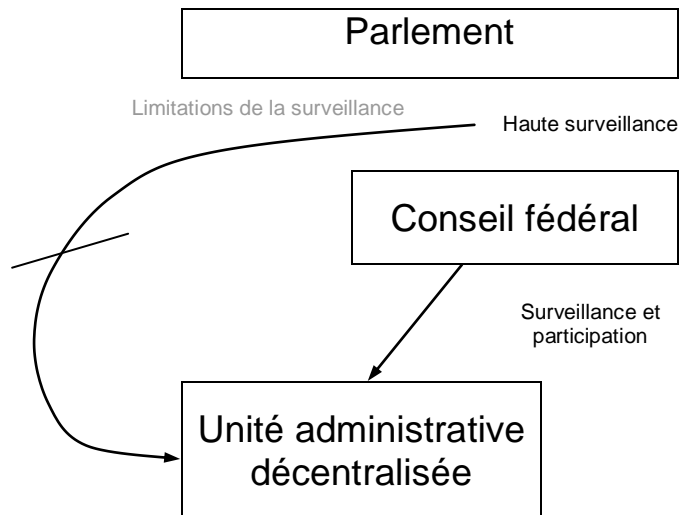
24. Dans cette configuration, un aspect essentiel est que la haute surveillance du Parlement ne concurrence pas la surveillance du Conseil fédéral, ou du moins pas dans les mêmes termes que dans le cas précédent (voir ch. 16). Cette situation de concurrence peut certes exister dans certains domaines, mais l'autonomie de l'entité décentralisée requiert par définition une certaine marge (d'autonomie) qui échappe à l'influence directe du pouvoir exécutif.

25. A cet égard, la question est de savoir si la marge d'autonomie échappe aussi à la haute surveillance du Parlement. La portée de la haute surveillance parlementaire est-elle limitée à la sphère d'influence du Conseil fédéral ? Dépend-elle pour ainsi dire de la surveillance exercée par le Conseil fédéral (surveillance au sens de sphère d'influence) ? La pratique témoigne d'une certaine ambivalence : si, de toute évidence, les CdG « se [concentrent] sur la manière dont le Conseil fédéral surveille ces organes » (Principes d'action CdG, p. 335, mise en évidence de l'auteur ; voir également Problèmes lors de la mise en fonction de Swissmedic et évaluation de la situation actuelle, rapport de la CdG-E du 25.8.2004, FF 2005 259 ss, 270), cette « concentration » n'équivaut pas encore à une exclusion générale. Ce d'autant que la législation spéciale exclut généralement la haute surveillance dans les domaines où la surveillance du Conseil fédéral n'est pas admise. Différentes thèses sont défendues dans la doctrine. La tendance consiste tout d'abord à considérer que la haute surveillance a la même portée que l'obligation de rendre des comptes, que l'obligation de surveillance et que le pouvoir de donner des instructions du Conseil fédéral (LIENHARD, op. cit., 5.8); mais aussi que la haute surveillance

du Parlement est « accessoire » ou « congruente » à la surveillance du Conseil fédéral (avis de droit MÜLLER/VOGEL, p. 649, avec renvois). A l'appui de cette thèse, l'art. 169, al. 1, Cst. mentionne dans un seul souffle « le Conseil fédéral et l'administration fédérale » ; « les autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération » qui sont également cités dans cette disposition comprennent de toute évidence les cantons aussi (BIAGGINI, op. cit., n° 12). Il est souvent souligné qu'aucune activité de l'Etat n'échappe au contrôle parlementaire (LIENHARD, op. cit., p. 8). Mais si, dans les faits, la haute surveillance n'est pas plus étendue que les pouvoirs de surveillance et les droits de participation du Conseil fédéral, autrement dit si elle y est associée, certains domaines d'activité de l'administration échappent au Parlement. Il en résulte des tâches aveugles (voir BERNHARD EHRENZELLER, Zum Verhältnis Parlament - Regierung, Ausgewählte Fragen am Beispiel der bernischen Parlamentsreform, PJA 2013, p. 782 ss, 794).

26. Si, à la lumière de l'art. 169 Cst., on part du principe que toute activité de l'Etat est soumise à la haute surveillance (voir notamment SÄGESSER, op. cit., p. 127 ; BIAGGINI, op. cit., n° 3), il y a lieu de mettre en question l'exclusion de la haute surveillance dans ce domaine et de se demander si les attributions du Parlement doivent véritablement et dans tous les cas être limitées par celles du Conseil fédéral. Dans l'exercice de la haute surveillance sur les tribunaux, sur le Ministère public de la Confédération (MPC) et sur l'Autorité de surveillance du MPC, le Parlement n'est par exemple pas tributaire des attributions du Conseil fédéral. Une vision plus large de la haute surveillance n'exclut pas que certains domaines de l'activité administrative décentralisée échappent à toute surveillance, et donc à la haute surveillance parlementaire. Si l'exclusion de l'influence (politique) du Conseil fédéral dénote effectivement dans de nombreux cas une volonté d'exclusion du contrôle (politique) du Parlement, il me semble que l'exclusion de la surveillance et de la participation du Conseil fédéral n'entraîne pas toujours automatiquement l'exclusion de la haute surveillance. A mon avis, la portée de la haute surveillance et son exclusion relèvent en premier lieu de la *législation spéciale*.
27. S'agissant des unités administratives décentralisées, il faut également tenir compte des limitations qui concernent aussi bien la haute surveillance des activités du Conseil fédéral exercées envers et avec ces unités, que la haute surveillance sur ces unités elles-mêmes.





La question des limitations sera abordée ultérieurement' (voir ch. 31 ss ci-dessous).

## 5. Appréciation

28. L'objet de la haute surveillance parlementaire suscite des incertitudes. Même la haute surveillance habituellement exercée par le Parlement sur le Conseil fédéral et l'administration centrale donne lieu à des opinions divergentes (qui ne sont toutefois pas toujours suffisamment fondées). Ces différences de vues sont amplifiées lors de l'examen de la haute surveillance sur les unités administratives décentralisées.
29. La question essentielle est de savoir si une unité décentralisée est soumise à la haute surveillance du Parlement indépendamment de la surveillance et de la participation du Conseil fédéral, ou si et comment la haute surveillance parlementaire est associée aux attributions du Conseil fédéral (voir ch. 23 ss ci-dessus). Cette question fondamentale reste à mon avis sans réponse. Il se peut que les différences s'estompent à la lumière de lois spécifiques, lorsque le législateur a aussi voulu restreindre l'influence du Parlement en excluant la direction du Conseil fédéral et la possibilité pour ce dernier d'exercer une influence. Il est cependant aussi concevable que cette question sous-tende de nombreux conflits, notamment en ce qui concerne les droits à l'information du Parlement (voir ch. 35 s ci-dessus). En effet, si l'on accorde au Parlement des droits à l'information plus étendus qu'au Conseil fédéral envers les unités administratives décentralisées, tout en exigeant que la haute surveillance parlementaire se limite aux pouvoirs de surveillance et aux droits de participation du Conseil fédéral, cela débouche sur une curieuse asymétrie entre ce que le Parlement peut savoir et ce qu'il peut faire. Dans les considérations qui suivent, nous partons du principe que fondamentalement, toute activité de l'Etat est soumise à la haute surveillance du Parlement.
30. Les divergences relatives à l'objet de la haute surveillance du Parlement, ou plus précisément à la question de savoir si, dans le cas des unités décentralisées, cette haute surveillance se limite en premier lieu aux aspects stratégiques, se superposent à la question de savoir si la haute surveillance du Parlement est liée par les attributions du Conseil fédéral. L'unité décentralisée doit-elle rendre des comptes sur les « objectifs à moyen et à long terme de portée politique et stratégique » ou sur tous les « événements qui peuvent entraver la bonne marche des entreprises » (voir ch. 21 ci-dessus) ? Vu la palette des

possibilités de participation du Conseil fédéral, et donc du Parlement, pour ce qui est des unités décentralisées je considère que la seconde réponse est plus pertinente. La question n'en demeure pas moins controversée.

### III. LIMITATIONS DE LA SURVEILLANCE

#### 1. Limitations générales

31. Selon la conception défendue ici, aucun domaine des activités de l'Etat n'est exclu a priori de la haute surveillance. Il est donc d'autant plus important que le Parlement exerce ses attributions de façon responsable. A mon avis, les principes suivants sont applicables :

- *Primauté de la surveillance sur la haute surveillance* : dans certaines configurations, la haute surveillance du Parlement peut empiéter sur la surveillance, la direction et la participation du Conseil fédéral et les concurrencer (voir ch. 16 ci-dessus). Les attributions du Conseil fédéral (art. 174 Cst. ; art. 8 LOGA) ne doivent pas être vidées de leur sens par un exercice excessif de la haute surveillance. Celle-ci sert à contrebalancer les pouvoirs du gouvernement (KIENER, op. cit., § 18, n° 41) et non à drainer des pouvoirs vers le Parlement.
- *Surveillance subséquente, non concomitante* : la surveillance doit en principe s'exercer a posteriori (voir avis de droit MÜLLER/VOGEL, p. 650 ; RUCH, op. cit., p. 244). Ce point de vue n'est cependant pas incontesté et il est en porte à faux avec la pratique des CdG (voir Principes d'action CdG, p. 291 ; plus approfondi : BIAGGINI, op. cit., n° 4 ; REGINA KIENER, in : Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener [éd.], Staatsrecht, § 18 , n° 43 ; exhaustif MASTRONARDI, .op. cit., n° 10 ss). Le Parlement ne doit à mon avis pas participer à la décision, mais émettre une appréciation a posteriori. Il en va de même pour la surveillance des objectifs stratégiques (voir LIENHARD, op. cit., p. 9). Toutefois, cette différenciation ne figure pas dans les normes légales actuelles. Les propositions allant dans cette direction n'ont pas été retenues, car le Parlement a estimé qu'il était impossible d'établir une distinction claire entre le contrôle concomitant et le contrôle subséquent, et qu'un contrôle concomitant n'impliquait pas automatiquement un droit de codécision (voir à ce sujet Iv.Pa. Précision du droit à l'information des commissions de surveillance, rapport de la CdG-E du 3.12.2010, FF 2011 1727, 1732 ; ci-après : rapport sur le droit à l'information). Il est effectivement difficile d'opérer une différenciation en cas de problèmes de longue durée ou permanents. La haute surveillance devrait toutefois se focaliser sur une appréciation subséquente de l'activité des organes surveillés, car un suivi implique toujours une connaissance de faits et donc une certaine coresponsabilité. L'impartialité de la surveillance peut être compromise lorsque les commissions ont eu connaissance de pratiques de l'administration et ne s'y sont pas opposées.
- *Surveillance générale, non concrète* : la haute surveillance ne s'arrête en principe pas sur les cas particuliers, mais procède à une appréciation générale, plus abstraite. Dans le cadre de la haute surveillance, le Parlement doit garder une certaine hauteur de vue (MASTRONARDI, n° 16, mentionne une réserve adaptée au niveau de responsabilité ; l'avis de droit MÜLLER/VOGEL, p. 652, une appréciation politique distanciée). Il va de soi que certaines pratiques ne peuvent être appréciées qu'en considération du cas particulier et que selon son importance, celui-ci peut justifier à lui seul un



examen approfondi au titre de la haute surveillance. Les CdG s'intéressent à juste titre aux « cas particuliers pour autant qu'ils renvoient à une problématique générale » (Principes d'action CdG, p. 298). Cependant, il faut toujours garder à l'esprit la perspective d'une surveillance générale.

- *Surveillance politique, non judiciaire* : en relation avec le point précédent, la haute surveillance ne doit pas se transformer en une voie de droit (RUCH, p. 245). L'indépendance des fonctions judiciaires et quasi judiciaires doit être préservée ; « il ne peut être exercé aucun contrôle sur le fond des décisions judiciaires » (art. 26, al. 4, LParl).
- *Proportionnalité* : le principe de la proportionnalité s'applique à l'ensemble des activités de l'Etat (art. 5, al. 2, Cst.). S'agissant de la haute surveillance, cela signifie que même si le Parlement, ses commissions et ses délégations peuvent voir et exiger beaucoup, ils ne doivent pas forcément le faire. Le Parlement doit respecter le principe de la proportionnalité dans sa soif d'information ; le fait que la satisfaction de ce besoin absorbe des ressources essentielles de l'unité administrative est un indice que la haute surveillance n'est plus proportionnée au but visé (pour une analyse semblable, voir MASTRONARDI, op. cit., n° 4).
- *Protection des processus décisionnels internes* : tous les organes soumis à la surveillance ont le droit de s'exprimer librement dans le cadre des processus décisionnels. Il s'agit là de protéger la sphère de réflexion qui leur est propre (EHRENZELLER, op. cit., p. 794). Cette question (importante) a été clarifiée pour le Conseil fédéral (voir art. 153, al. 6, LParl, dans la version du 17.6.2011, selon lequel seuls les procès-verbaux des séances du Conseil fédéral échappent au droit de consulter ; par contre, le droit à l'information des autres commissions est plus restreint en vertu de l'art. 150, al. 2, let. a, LParl, selon lequel tant les procès-verbaux des séances du Conseil fédéral que *les co-rapports* y échappent). Selon l'ancienne version de l'art. 153, al. 4, LParl, les commissions de surveillance n'avaient pas « le droit de consulter les documents sur lesquels le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision » (voir rapport sur le droit à l'information, p. 1741). Cependant, la modification de la loi sur le Parlement n'est à mon avis pas un abandon, mais une précision de la protection des processus décisionnels internes.
- *Maintien du secret* : la haute surveillance doit rendre la responsabilité politique « tangible » (KIENER, op. cit., § 18, n° 41, avec référence à TSCHANNEN), ce qui entre en conflit avec la confidentialité nécessaire de certaines informations de l'Etat. Pour garantir le secret, le législateur a donc créé un système en cascade au sommet duquel se trouvent – sous réserve du cas particulier des commissions d'enquête parlementaire – les délégations des commissions de surveillance (voir à ce sujet ch. 35 s ci-dessous), la Constitution elle-même prévoyant que le secret de fonction ne constitue pas un motif qui peut leur être opposé (art. 169, al. 2, Cst.).

## 2. Limitations spécifiques

32. Dans le cas des unités administratives décentralisées, il y a lieu de déterminer les limitations spécifiques de la haute surveillance *à la lumière de la législation spéciale*, et en particulier des *motifs qui ont conduit le législateur à la décentralisation*. L'autonomie d'une unité décentralisée peut avoir une multitude de raisons (voir ch. 18 ci-dessus ; pour plus de détails, voir avis de droit MÜLLER/VOGEL, p. 650 s). Elle est déterminante dans la délimitation précise de la portée de la haute surveillance exercée sur une telle unité.
33. Le législateur peut bien entendu préciser également les limitations générales de la haute surveillance évoquées ci-dessus. Il peut inscrire et régler le maintien du secret, la protection des fonctions judiciaires et des processus décisionnels internes, etc., dans la législation spéciale, qui prévaudra dans ce cas de figure.

#### **IV. MOYENS ET DESTINATAIRES DE LA HAUTE SURVEILLANCE**

##### **1. Moyens de la haute surveillance, notamment le droit à l'information**

34. La haute surveillance a pour objectif de garantir la transparence permettant d'assurer que le cercle de décision de l'exécutif demeure responsable devant celui du Parlement (MASTRONARDI, op. cit., n° 3). Les organes compétents doivent donc recueillir et traiter des informations afin de pouvoir signaler les dysfonctionnements. Le Parlement ne dispose pas d'instruments de sanction tels que des directives ou des mesures disciplinaires (KIENER, op. cit., § 18, n° 46). En règle générale, il adresse des *recommandations* aux autorités responsables (art. 158 LParl).
35. Le *droit à l'information* du Parlement revêt ainsi une importance décisive (sur les autres instruments, voir rapport annuel 2012 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 24.1.2012, FF 2013 3073, 3085, ci-après : rapport annuel 2012). Il présente une structure en cascade (voir à ce sujet rapport sur le droit à l'information, p. 1731). L'échelon le plus bas, ou le plus faible, est constitué par le droit à l'information des parlementaires (art. 7 LParl). Suivent le droit à l'information des commissions législatives et d'autres commissions (art. 150 LParl), celui des commissions de surveillance (art. 153 LParl) et celui des délégations des commissions de surveillance (art. 154 LParl). La commission d'enquête parlementaire (CEP) dispose du droit à l'information le plus étendu (art. 166 LParl). Le droit des délégations s'est toutefois fortement rapproché de celui d'une CEP.
36. Au niveau constitutionnel, l'art. 153, al. 4, Cst. renvoie pour l'essentiel aux dispositions de la loi : c'est l'art. 153 LParl qui règle le droit à l'information des commissions de surveillance. Celles-ci « ont le droit d'interroger directement tous services, autorités ou personnes assumant des tâches pour le compte de la Confédération et d'obtenir, en application de l'art. 156, qu'ils leur remettent tous documents dont elles ont besoin » (art. 156, al. 1, LParl). Cette disposition s'applique aussi aux personnes qui ne sont plus au service de la Confédération au moment de l'enquête (art. 153, al. 2, LParl ; sur ce complément, voir rapport sur le droit à l'information, p. 1739). Les commissions de surveillance peuvent demander à des personnes ou des services extérieurs à l'administration fédérale qu'ils leur fournissent des renseignements ou des documents (art. 153, al. 2, LParl). Des règles particulières s'appliquent dans les relations avec le Conseil fédéral (art. 153, al. 5 et 6, LParl). Les commissions de surveillance prennent toutes les mesures appropriées pour garantir le maintien du secret et mandatent si nécessaire une délégation à cette fin (art. 153, al. 7, LParl). La Constitution elle-même prévoit que le secret de fonction ne constitue pas un motif opposable aux délégations des commissions de surveillance (art. 169, al. 2, Cst. ; pour les détails, voir art. 154 LParl).

##### **2. Destinataires de la haute surveillance**

37. S'agissant des destinataires de la haute surveillance, la question est de savoir à qui les CdG doivent adresser leurs recommandations et comment elles doivent, le cas échéant, associer d'autres entités intéressées à la procédure. Quant au destinataire des rapports des CdG, il est parfois affirmé de façon apodictique que la haute surveillance s'adresse au

Conseil fédéral et aux tribunaux fédéraux, mais pas à d'autres unités administratives (avis de droit MÜLLER/VOGEL, p. 653). Il est à cet égard fait référence au libellé de l'art. 169, al. 1, Cst., qui mentionne « le Conseil fédéral et l'administration fédérale » comme une seule entité (voir à ce sujet ch. 25 ci-dessus).

38. Cette conception est tout à fait logique pour l'administration centrale de la Confédération. La haute surveillance entre dans ce domaine en concurrence avec les attributions de direction et de surveillance du Conseil fédéral (voir ch. 16 ci-dessus) et doit les respecter (voir ch. 31, 1<sup>er</sup> tiret ci-dessus). Ce respect se traduit par le fait d'adresser les éventuelles critiques au Conseil fédéral. La haute surveillance exercée sur l'administration fédérale passe par le Conseil fédéral (BIAGGINI, op. cit., n° 6).

Cela n'exclut pas les contacts directs entre les commissions de surveillance et l'administration (art. 153, al. 1, LParl). Les commissions de surveillance garantissent à l'autorité concernée « le droit de s'exprimer avant qu'une commission de surveillance ou sa délégation rende compte aux conseils de dysfonctionnements dans sa gestion des affaires ou dans sa gestion financière » (art. 157 LParl). Le service concerné ne coïncide pas forcément avec l'autorité responsable visée à l'art. 158 LParl, qui est en règle générale le Conseil fédéral.

39. La transposition de ce modèle aux unités administratives décentralisées entraîne évidemment des difficultés. En effet, dans leur marge d'autonomie, ces unités ne sont pas soumises à la direction du Conseil fédéral. Si le Conseil fédéral reçoit dans cette configuration des recommandations qu'il ne peut pas mettre en œuvre du fait de la situation juridique, il ne semble pas être le destinataire approprié.

La haute surveillance doit être conçue de telle manière que le destinataire dispose des pouvoirs de décision lui permettant de modifier l'état de fait critiqué. Cette exigence correspond à la disposition de l'art. 158 LParl intitulée « Recommandations aux autorités responsables ». Si le Conseil fédéral ne peut rien changer, il n'est pas responsable au sens de l'art. 158, al. 1, LParl.

40. Si le Conseil fédéral n'est pas le destinataire approprié des recommandations des CdG, la question se pose à nouveau de savoir si l'activité des unités administratives décentralisées fait l'objet de la haute surveillance (sur ce point, voir ch. 23 ss et ch. 29 ci-dessus). Dans la mesure où l'on admet la possibilité d'une haute surveillance exercée en dehors de la sphère d'influence du Conseil fédéral, la logique veut que l'on substitue au Conseil fédéral *l'organe de direction compétent* de l'unité décentralisée (conseil d'administration, conseil de fondation, etc.) en qualité de destinataire, afin de garantir une conception cohérente de la haute surveillance. Les commissions doivent adresser leurs recommandations à cet organe, car lui seul est à même de modifier l'état de fait critiqué (il est également envisageable que le destinataire ne soit pas l'organe directeur, mais d'une manière générale l'unité administrative concernée). Par contre, si l'on considère que la haute surveillance ne peut être exercée en dehors de la sphère d'influence du Conseil fédéral, on doit logiquement aussi refuser aux CdG la possibilité d'adresser des recommandations à l'unité administrative décentralisée ou à son organe de direction : ce qui échappe à la surveillance ne peut faire l'objet de rapports ou recommandations. Selon cette conception, le Conseil fédéral est le seul destinataire possible de la haute surveillance.

41. Si l'on souscrit à une compréhension plus large de la haute surveillance, la question est de savoir comment procéder lorsque le Conseil fédéral doit approuver l'activité de l'unité administrative décentralisée (ou qu'il dispose de pouvoirs de surveillance et de droits de participation sous une autre forme), c'est-à-dire lorsque l'unité décentralisée et le Conseil fédéral agissent de concert. Et s'ils partagent la responsabilité, ils devraient aussi être considérés tous deux comme destinataires des recommandations. A mon avis, le Conseil fédéral et l'organe de direction de l'unité décentralisée peuvent être assimilés à l'autorité responsable au sens de l'art. 158 LParl. (D'autres différenciations pourraient être nécessaires au sein de l'unité décentralisée, p. ex. entre l'organe de direction opérationnelle et l'organe de surveillance. Cependant, ce dernier est le plus souvent doté de compétences suffisantes pour prendre les mesures requises.) Comme nous l'avons mentionné, ce problème ne se pose que si la surveillance du Parlement couvre des domaines qui échappent à l'influence du Conseil fédéral.

## V. HAUTE SURVEILLANCE SUR LA FINMA

### 1. Haute surveillance « indirecte » exercée par le Parlement

42. La surveillance de la FINMA fait l'objet d'une section spécifique de la LFINMA (Indépendance et surveillance) comportant un seul article, l'art. 21, dont la teneur est :

<sup>1</sup> *La FINMA exerce son activité de manière autonome et indépendante.*

<sup>2</sup> *Elle examine au moins une fois par an avec le Conseil fédéral sa stratégie en matière de surveillance et les questions d'actualité relevant de la politique applicable à la place financière.*

<sup>3</sup> *Les relations entre la FINMA et le Conseil fédéral ont lieu par l'entremise du Département fédéral des finances.*

<sup>4</sup> *L'Assemblée fédérale exerce la haute surveillance.*

43. L'art. 21 LFINMA correspond à la proposition du Conseil fédéral (FF 2006 2829, 2835). Il est intéressant de relever que l'art. 21, al. 4, LFINMA mentionne explicitement la haute surveillance. Le Conseil fédéral affirme à ce sujet (message du 1.2.2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741, 2785) :

*« La haute surveillance parlementaire sur les établissements et les entreprises de la Confédération sert à vérifier si le Conseil fédéral a pris en compte de manière appropriée les intérêts du propriétaire. Elle ne porte toutefois pas uniquement sur les tâches au sens strict déléguées au Conseil fédéral (telles que les nominations, la définition et le contrôle des objectifs), mais aussi sur les tâches de surveillance qui incombent à la Confédération. En d'autres termes, la haute surveillance ne concerne pas seulement les activités opérationnelles des unités décentralisées (haute surveillance directe), mais se concentre plutôt sur la manière dont le Conseil fédéral et les représentants de la Confédération gèrent et surveillent ces unités (haute surveillance indirecte). »*

Au vu des considérations générales qui précèdent, le Conseil fédéral part du principe que la haute surveillance est *tributaire* de la surveillance du Conseil fédéral, c'est-à-dire qu'elle y est associée. Lorsque le Conseil fédéral n'a pas de pouvoir d'intervention, le Parlement n'exerce pas la haute surveillance. La notion de stratégie du propriétaire est ici comprise au sens large, comme nous l'avons déjà vu (voir ch. 21 ci-dessus).

44. La question de la haute surveillance a été soulevée dans le débat parlementaire, mais seulement dans le cadre de l'entrée en matière et, pour autant que nous puissions en juger, elle n'a guère prêté à controverse. A la Chambre basse, la conseillère nationale LEUTENEGGER OBERHOLZER a déclaré en substance pour la commission, après un exposé sur l'indépendance de la FINMA (BO 2007 N 64 s ; sur la surveillance financière, voir intervention du CN BÜHRER, BO 2007 N 72 s) :

*Comment fonctionne le pilotage politique ? Cette question a également fait l'objet d'une large discussion au sein de la commission. Le pilotage passe formellement par la loi et les ordonnances et, parfois, par l'application qu'en fait la justice. Sur le plan politique, il passe par les objectifs stratégiques soumis à l'approbation du Conseil fédéral. En outre, le Conseil fédéral nomme le conseil d'administration ; de l'avis de la*

*commission, il doit ce faisant veiller à une représentation équitable des sexes. Il dispose aussi du droit de codécision lors de la nomination du CEO. Le Conseil fédéral approuve le rapport d'activité de la FINMA avant sa publication et mène des entretiens institutionnalisés avec les organes de la FINMA. Le Parlement exerce une haute surveillance indirecte. La commission n'a rien voulu changer à cette séparation des pouvoirs.*

La « haute surveillance indirecte » doit sans doute être comprise au sens du message, selon lequel elle « se concentre plutôt sur la manière dont le Conseil fédéral et les représentants de la Confédération gèrent et surveillent ces unités » (voir ch. 43 ci-dessus). La déclaration précitée appuie donc les explications figurant dans le message.

45. Au Conseil des Etats, le député GERMANN a rapporté en substance, au nom de la commission, que (BO 2007 E 405) :

*En contrepartie, l'indépendance fonctionnelle, institutionnelle et financière de la FINMA requiert une obligation de rendre des comptes et une haute surveillance politique exercée par la Confédération. L'intégration dans la structure de l'Etat est cruciale, précisément dans le cas de la FINMA. La LFINMA représente un précédent important pour l'externalisation et le pilotage des tâches de la Confédération. Le Conseil fédéral prévoit donc divers instruments destinés au pilotage et à la surveillance de la FINMA, qui doit notamment formuler les objectifs stratégiques soumis à l'approbation du Conseil fédéral. Celui-ci peut ainsi exercer une influence sur l'aménagement de l'activité de la FINMA. Par ailleurs, en nommant le conseil d'administration, le Conseil fédéral décide de la composition de l'organe stratégique suprême.*

*Dans le cadre du rapport d'activité annuel, la FINMA a l'obligation de rendre des comptes au Conseil fédéral. Le rapport d'activité doit être approuvé par le Conseil fédéral avant sa publication. Enfin, le Conseil fédéral et la FINMA doivent mener au moins une fois par an des entretiens institutionnalisés portant sur la stratégie de surveillance et la politique financière.*

*Le Parlement exerce sa surveillance dans le cadre de la haute surveillance parlementaire. Pour les établissements de la Confédération, il doit essentiellement vérifier si le Conseil fédéral défend correctement les intérêts qui sont les siens en sa qualité de propriétaire et assume correctement les tâches et fonctions qui lui sont attribuées.*

A mon avis, ces considérations correspondent elles aussi dans une large mesure à la position du Conseil fédéral.

46. Selon les explications figurant dans le message et les opinions exprimées devant les Chambres fédérales, la haute surveillance se fonde sur la surveillance du Conseil fédéral. Les positions de la doctrine (TOMAS POLEDNA/PHILIPP DO CANTO, in : Rolf Watter/Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar zum Börsengesetz und zum Finanzmarktgesetz, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, 2011, art. 22, ch. marg. 14 ; NINA ARQUINT, Die FINMA als unabhängige Behörde - Einbettung und organisatorische Ausgestaltung, GesKR 2009, p. 12 ss 14 ; voir aussi avis de droit MÜLLER/VOGEL, p. 649) et des commissions du Parlement (voir rapport annuel 2012, p. 3095, note 17, avec référence à la page précitée du message LFINMA) vont dans le même sens.

47. Vu ces avis unanimes, exprimés lors de l'élaboration d'une loi assez récente, il est à mon sens certain que la haute surveillance du Parlement est tributaire des possibilités

d'intervention du Conseil fédéral. La surveillance exercée par le Parlement sur la FINMA ne va donc pas plus loin que celle du Conseil fédéral, ou en d'autres termes, est limitée par cette dernière. La loi spéciale permet donc de répondre à la question laissée en suspens dans le cadre des considérations générales (voir ch. 25 s ci-dessus).

Reste à établir la portée normative que revêt encore l'art. 21, al. 4, LFINMA selon cette conception. La « surveillance de la surveillance » n'est fondamentalement pas mise en question s'agissant des unités administratives décentralisées (voir ch. 20 s ci-dessus), de sorte que l'art. 21, al. 4, LFINMA aurait pu être omis sans que la situation juridique change pour autant.

48. Des divergences existent quant à la question de savoir si l'objet de la surveillance parlementaire porte essentiellement sur la défense des intérêts de la Confédération en sa qualité de propriétaire (voir nuances exprimées dans le débat parlementaire). Si l'on interprète ces intérêts au sens large, y compris les différents objets de surveillance, ces divergences s'atténuent (voir ch. 21 ci-dessus). Dans le message, la surveillance exercée par le Conseil fédéral sur la FINMA est logiquement considérée comme l'objet de la haute surveillance (voir FF 2006 2741, 2785 ; ch. 43 ci-dessus). La haute surveillance ne concerne donc pas seulement les objectifs stratégiques de la FINMA.

## 2. Possibilités d'intervention du Conseil fédéral

49. Les possibilités d'intervention du Conseil fédéral déterminant (en vertu de la loi spéciale) la haute surveillance parlementaire, il convient d'examiner brièvement en quoi elles consistent. Il s'agit notamment des attributions suivantes :

- *Approbation des objectifs stratégiques* (art. 9, al. 1, let. a, LFINMA) : le Conseil fédéral entend par là sa compétence d'« exercer une influence sur l'aménagement à moyen terme de l'activité de la FINMA » (message LFINMA, p. 2753), mais cette thèse n'est pas incontestée. Dans la doctrine, il est exigé que le Conseil fédéral limite son influence à l'orientation stratégique à long terme de la FINMA (GUIDO E. URBACH/OLIVER WIDMER, in : Rolf Watter/Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar zum Börsengesetz und zum Finanzmarktgesetz, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, 2011, art. 9, ch. marg. 9).
- *Approbation du rapport d'activité* (art. 9, al. 1, let. f, LFINMA) : le rapport d'activité doit avoir le caractère d'un « rapport de gestion » (message LFINMA, p. 2776). Le Conseil fédéral peut refuser l'approbation s'il n'est pas d'accord avec des points fondamentaux du rapport (ERBACH/WIDMER, op. cit., ch. marg. 19). Les critères du refus ne sont pas précisés dans la loi ni dans les documents préparatoires.
- *Approbation de la nomination du directeur* (art. 9, al. 1, let. g, LFINMA) : la nomination du directeur (et sa révocation, voir art. 9, al. 5, LFINMA ; message LFINMA, p. 2776) est également soumise à l'approbation du Conseil fédéral.
- *Nomination et révocation des membres du conseil d'administration* (art. 9, al. 3 et 5, LFINMA) : quant à la nomination des membres du conseil d'administration, la loi n'impose pas d'exigences particulières au Conseil fédéral, sauf la représentation appropriée des deux sexes (art. 9, al. 3, LFINMA) et l'expertise en la matière (art. 11,



al. 2, LFINMA). La révocation présuppose que « les conditions requises pour l'exercice de leurs fonctions ne sont plus remplies » (art. 9, al. 5, LFINMA).

- *Prise de connaissance du rapport de révision* (art. 12 LFINMA) : le Contrôle fédéral des finances adresse son rapport de révision au conseil d'administration de la FINMA et au Conseil fédéral.
- *Approbation des ordonnances relatives au personnel* (art. 13, al. 5, LFINMA) : l'approbation par le Conseil fédéral est requise pour les ordonnances réglant « les rapports de travail, notamment la rémunération, les prestations annexes, le temps de travail, le devoir de loyauté et la résiliation du contrat » (art. 13, al. 4, let. a, LFINMA), de même que la prévoyance (art. 13, al. 4, let. b, LFINMA).
- *Détermination des émoluments* (art. 15 LFINMA) : il appartient dans une large mesure au Conseil fédéral de déterminer les émoluments, ce qui est critiqué comme une limitation essentielle de l'autonomie financière de la FINMA (voir ARQUINT, op. cit., p. 15, avec renvois).
- *Entretiens institutionnalisés* (art. 21, al. 2, LFINMA) : la FINMA « examine au moins une fois par an avec le Conseil fédéral sa stratégie en matière de surveillance et les questions d'actualité relevant de la politique applicable à la place financière » (art. 21, al. 2, LFINMA). Ces entretiens sont considérés comme un instrument important de la stratégie du propriétaire (ARQUINT, op. cit., p. 15 s).
- *Juridiction pénale administrative* (art. 50 LFINMA) : le DFF et le MPC sont chargés d'exécuter les dispositions pénales.
- *Représentation au sein des organisations internationales* (art. 6, al. 2, LFINMA) : la représentation au sein des organisations internationales doit se faire « d'entente avec le DFF, chargé de coordonner la politique internationale relative à la place financière suisse » (message LFINMA, p. 2772).
- Les attributions dévolues au Conseil fédéral en cas de nécessité sont garanties aussi à la lumière de l'indépendance de la FINMA (et ne peuvent être assumées par cette dernière) : les dispositions ou décisions relevant du droit de nécessité ne peuvent être édictées par une autorité subordonnée au Parlement ou au gouvernement fédéral (voir arrêt B-1092/2009 du Tribunal administratif fédéral du 5.1.2010, consid. 8.4.2 ; pour les détails, voir ATF 137 II 431 ss).

50. Cet aperçu montre clairement que l'influence du Conseil fédéral a une portée considérable. Elle ne se limite pas à l'approbation et à la vérification des objectifs stratégiques et va de toute évidence beaucoup plus loin que par exemple l'influence exercée sur la Banque nationale suisse (voir GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL, *Oberaufsicht der Bundesversammlung über die Schweizerische Nationalbank*, RSDA 2010, p. 277 ss).

51. La question est donc de savoir quelle est la conception de base de la surveillance exercée par le Conseil fédéral et indirectement de la haute surveillance parlementaire. Tout dépend des raisons de l'autonomie (voir ch. 32 ci-dessus). La loi et les documents préparatoires ne sont pas catégoriques à cet égard. On constate au contraire une certaine am-

bivalence. Les auteurs mettent régulièrement l'accent sur les différents aspects de l'autonomie de la FINMA, notamment sur les plans fonctionnel, institutionnel et financier (voir seulement POLEDNA/DO CANTO, op. cit., ch. marg. 5 ss, avec renvois).

Quel est toutefois le but de l'indépendance (fonctionnelle) de la FINMA ? Le Conseil fédéral affirme (message LFINMA, p. 2748) :

« Pour exercer ses obligations légales de manière appropriée, l'Autorité de surveillance des marchés financiers doit jouir d'une autonomie fonctionnelle vis-à-vis du pouvoir politique. A défaut, les mesures de surveillance risquent d'être influencées par des facteurs extérieurs, ce qui n'est pas souhaitable. En ce sens, la position de l'Autorité de surveillance des marchés financiers est assez comparable à celle d'une autorité judiciaire. »

Il s'agit donc, d'une part, d'objections d'ordre institutionnel vis-à-vis de l'influence inadéquate (c.-à-d. politique) sur les mesures de la FINMA et, d'autre part, de la fonction judiciaire de la FINMA (sur ce dernier point, voir notamment avis de droit MÜLLER/VOGEL, p. 666). Reste à savoir si ces deux points de vue sont vraiment l'avvers et le revers de la même médaille, comme le suggère le message.

52. Les décisions que la FINMA rend dans des cas d'espèce ont un caractère quasi judiciaire. La FINMA n'est pas un tribunal au sens de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), mais, selon le Tribunal fédéral, une *commission décisionnelle de l'administration fédérale décentralisée* (ATF 138 I 154 ss, 158 consid. 2.7). On peut se demander s'il est pertinent de qualifier la FINMA de commissions décisionnelle (sur cette notion, voir art. 8a de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, OLOGA). A la différence de l'ancienne Commission fédérale des banques, que le Tribunal fédéral avait de toute évidence à l'esprit, la FINMA est un établissement. Mais il ne fait aucun doute qu'elle n'est *pas soumise à des instructions* dans ses décisions sur les cas d'espèce (TF, op. cit., voir aussi ch. 31 ci-dessus). La FINMA exerce ainsi une fonction de justice administrative, si l'on étend cette notion à la procédure administrative non contentieuse (sur cette notion, voir ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2013, ch. marg. 9). La conduite des procédures administratives (sur cette notion, voir seulement KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, ch. marg. 1 ss) fait partie de la fonction quasi judiciaire de la FINMA et non de son activité de régulateur (voir art. 7 LFINMA).

La pertinence des notions de « propriétaire » et d'« intérêts du propriétaire » est par ailleurs sujette à caution en relation avec l'activité quasi judiciaire de la FINMA. Ces notions donnent l'impression qu'une partie de la juridiction « appartient » à la Confédération et doit être « pilotée » au moyen d'une « stratégie du propriétaire ». C'est une *surveillance administrative* qui s'applique pour l'essentiel dans le domaine de l'activité quasi judiciaire (sur cette notion, voir KIENER, op. cit., § 21, ch. marg. 81 ; pour la FINMA, voir l'avis de droit MÜLLER/VOGEL, p. 666). La haute surveillance n'a pas pour l'objet la jurisprudence, mais la marche régulière des affaires. La violation des principes fondamentaux de la procédure (retard injustifié, partialité, etc.) pose des problèmes qui concernent (ou peuvent concerner) à la fois des procédures particulières et la marche des affaires en général. La problématique est comparable à celle de la surveillance des tribunaux.

53. Au-delà de sa fonction quasi judiciaire, la FINMA élabore des stratégies soumises à l'approbation du Conseil fédéral (art. 9, al. 1, let. a, LFINMA). Le domaine stratégique des activités de la FINMA tombe sous l'influence du Conseil fédéral, en vertu de l'art. 21, al. 2, LFINMA. Les possibilités d'intervention du Conseil fédéral sont également considérables dans d'autres domaines. La loi et les documents préparatoires ne permettent pas toutefois d'établir clairement la relation entre les possibilités d'intervention du Conseil fédéral et l'indépendance de la FINMA, en particulier entre la protection voulue de l'influence politique et la participation du Conseil fédéral à l'élaboration des objectifs stratégiques. La vision la plus défendable est que la FINMA doit être protégée des pressions politiques à court terme pour pouvoir ordonner et mettre en œuvre des mesures parfois impopulaires. En revanche, le monde politique peut contribuer à la stratégie à moyen et à long terme. Vu la formulation assez large des objectifs à l'art. 5 LFINMA, le pilotage politique est tout à fait indiqué (voir rapport annuel 2012 de la FINMA, p. 14 : les objectifs stratégiques 2013-2016 se prêtent fort bien à une discussion politique). Je ne vois pas d'objections institutionnelles dans ce domaine.

Cette position rejoint les considérations du Conseil fédéral selon lesquelles le Parlement « doit se limiter [...] à un contrôle politique externe, qui n'exercera aucune influence directe sur la conduite des activités » (message LFINMA, p. 2786). Vu sa « fonction indépendante relevant de la justice administrative, [la FINMA peut] – du point de vue de la haute surveillance – être [assimilée] aux tribunaux » (message LFINMA, p. 2786). La surveillance et la haute surveillance se limitent ainsi au bon fonctionnement de l'entité.

54. L'insécurité concernant la portée de la haute surveillance du Parlement provient peut-être du fait que l'étendue de la participation et de la surveillance du Conseil fédéral n'est pas nettement délimitée. Le Conseil fédéral exerce notamment une influence essentielle sur la politique du personnel et les finances de la FINMA, la marge d'interprétation étant considérable en la matière. A mon avis, le Conseil fédéral et le Parlement doivent respecter, dans l'exercice de leurs attributions, le volet quasi judiciaire des cas d'espèce. De même, toute intervention liée à des enjeux politiques à court terme est indésirable. En revanche, la stratégie à moyen et à long terme de la FINMA relève de la participation et du contrôle du Conseil fédéral et du Parlement. Il convient si possible de distinguer le domaine quasi judiciaire de la sphère stratégique, sans pour autant oublier que des cas particuliers peuvent aussi avoir une portée stratégique (voir remarques générales, ch. 31 ci-dessus). Les aspects quasi judiciaires et stratégiques se mêlent donc inévitablement. En tout état de cause, la fonction quasi judiciaire protège de l'ingérence dans les procédures en cours et des interventions contre celles qui sont achevées (art. 26, al. 4, LParl). Le Conseil fédéral et le Parlement doivent en revanche avoir la possibilité de tirer des enseignements des procédures achevées, dans une optique stratégique.

55. Enfin, l'association de la haute surveillance parlementaire aux attributions du Conseil fédéral conduit à se demander si le Parlement est lié, à titre préjudiciel, par l'appréciation du Conseil fédéral sur la portée de sa participation et de sa surveillance. Autrement dit : le fait de refuser au Conseil fédéral un pouvoir de surveillance vis-à-vis de la FINMA exclut-il la haute surveillance parlementaire ? Cette question n'a pas fait l'objet d'une discussion à ce jour. L'unité de la surveillance et de la haute surveillance et le fait que la participation et la surveillance incombent en premier lieu au Conseil fédéral sont des éléments à l'appui de cette thèse. Par contre, le fait que le Parlement est habilité à sta-

tuer de façon autonome en matière de haute surveillance s'y oppose. Si ce problème se pose dans la pratique, il faudra approfondir cette question.

### 3. Droit à l'information du Parlement

56. Le droit du Parlement à être informé n'est pas explicitement réglé dans la LFINMA. Dans le message, le Conseil fédéral affirme ce qui suit au sujet de l'art. 21, al. 4, LFINMA (message LFINMA, p. 2785 s.) :

*« Dans l'exercice de la haute surveillance, les commissions de surveillance jouissent d'un droit illimité à l'information et à la consultation des dossiers. Dans le cadre de l'exercice de ces droits, les commissions de surveillance peuvent se mettre directement en contact avec la FINMA et exiger qu'elle leur remette tous les renseignements et documents dont elles ont besoin. »*

Le droit à l'information se réfère à la haute surveillance concrètement exercée en l'espèce (« dans l'exercice de la haute surveillance... »), c'est-à-dire aux attributions de haute surveillance dévolues au Parlement vis-à-vis de la FINMA. Il n'est donc pas question d'un droit à l'information illimité sur l'ensemble des activités de la FINMA, mais seulement sur les faits pouvant intéresser la haute surveillance. Quant au fond, le droit à l'information est limité au domaine où le Conseil fédéral peut légitimement intervenir.

Comme nous l'avons vu plus haut, les pouvoirs de surveillance et les droits de participation du Conseil fédéral vont assez loin, de même que la haute surveillance parlementaire qui y est associée. Il est donc d'autant plus important que le Parlement soit conscient des limitations générales de la haute surveillance (voir ch. 31 ci-dessus) et qu'il les applique compte tenu des fonctions de la FINMA.

57. L'affirmation figurant dans le message, selon laquelle les Commissions de gestion peuvent se mettre directement en contact avec la FINMA, est donc aussi pertinente. Cela découle de l'art. 153, al. 1 et 2, LParl, dont les formulations « tous services, autorités ou personnes assumant des tâches pour le compte de la Confédération » et « des personnes ou des services extérieurs à l'administration fédérale » se réfèrent explicitement aux unités administratives décentralisées. L'autonomie de l'établissement n'entraîne aucune limitation du droit du Parlement à être informé. Une limitation existe plutôt sur le plan matériel : l'information doit se référer à l'exercice des attributions de haute surveillance.

58. Le fait que le Parlement puisse éventuellement *obtenir plus d'informations que le Conseil fédéral* représente une certaine asymétrie. Le Parlement jouit d'un droit à l'information très étendu dans la sphère soumise à sa haute surveillance, ce qui est dans la nature même de la haute surveillance (voir ch. 35 ci-dessus). La LFINMA et les documents préparatoires ne permettent pas de conclure à des restrictions de ce droit.

Les droits à l'information du Conseil fédéral ne sont pas établis de la même manière. Certes, le Conseil fédéral pourrait avoir *de facto* un accès équivalent aux informations de la FINMA au vu de ses multiples possibilités d'influence (voir ch. 49 ci-dessus) (et pourrait faire valoir *de jure* qu'un droit à l'information étendu est le pendant d'une influence

étendue), mais cela est loin d'être certain si l'on observe la situation juridique (voir seulement art. 21, al. 2, LFINMA). Cependant, si le droit du Conseil fédéral à être informé allait moins loin, le Parlement pourrait être amené à informer le Conseil fédéral de dysfonctionnements que celui-ci ne pouvait pas connaître. Ce dernier serait alors appelé à prendre des mesures qu'il ne pourrait que mal accompagner au vu de son droit plus restreint à l'information, n'ayant par exemple pas la possibilité de se mettre directement en contact avec des services subordonnés, alors que cette possibilité est explicitement prévue pour le Parlement à des fins d'information (et affirmée dans le message LFINMA, p. 2785 s.)

Cette asymétrie (si elle existe) peut à mon sens être tolérée. Elle est une conséquence de la haute surveillance indirecte du Parlement telle qu'elle est prévue par la LFINMA (voir ch. 42 ss ci-dessus). C'est peut-être la raison pour laquelle des experts recommandent que le Parlement n'entre directement en contact avec la FINMA que s'il n'a pas pu obtenir les informations pertinentes du Conseil fédéral (POLEDNA/DO CANTO, op. cit., ch. marg. 13, parlent à cet égard d'une nécessité qui ne doit pas être admise à la légère). On ne saurait donc trop recommander au Parlement d'exercer son droit à l'information avec une certaine retenue, même si ce n'est pas prescrit par la loi.

#### **4. Destinataire de la haute surveillance**

59. A propos des destinataires de la haute surveillance, le Conseil fédéral (message LFINMA, p. 2785) est d'avis que :

*« Le destinataire de la haute surveillance est le Conseil fédéral. »*

60. La question de savoir si le Conseil fédéral, et lui seul, est toujours le destinataire de la haute surveillance a été abordée plus haut (voir ch. 37 ss). En l'occurrence, les propos tenus dans le message sont cohérents avec la conception d'une haute surveillance indirecte. La critique parlementaire du comportement de la FINMA est aussi un appel au Conseil fédéral pour qu'il fasse usage de son influence. Le Conseil fédéral dispose à cette fin d'une large palette de possibilités. La haute surveillance (du Parlement) présuppose une surveillance (du Conseil fédéral) et il est donc logique que le Parlement s'adresse au Conseil fédéral.

Dans la pratique, la FINMA a toutefois déjà été interpellée directement. Dans la recommandation 10 du rapport des CdG du 30 mai 2010 (Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis, FF 2010 2903, 3260), la FINMA est « [invitée], en raison de la portée de cette affaire, à éclaircir en profondeur la question de savoir dans quelle mesure les plus hauts dirigeants d'UBS avaient connaissance des infractions au QIA commises par la banque et ses collaborateurs ». Vu les constats présentés dans ce rapport et les responsabilités des autorités concernées, la FINMA est un destinataire logique de cette recommandation. Toutefois, dans la conception de la haute surveillance prévue par la LFINMA, les commissions devraient s'adresser à la FINMA indirectement, c'est-à-dire par l'intermédiaire du Conseil fédéral : comme nous l'avons expliqué, la haute surveillance est « seulement » une surveillance de la surveillance et de la participation du Conseil fédéral. A mon avis, cet

exemple met en évidence les limites et peut-être les insuffisances d'une haute surveillance indirecte passant par le Conseil fédéral, du moins dans ce cas particulier. *De lege lata*, j'estime toutefois que les CdG devraient s'abstenir d'adresser des recommandations directes à la FINMA.

61. La FINMA doit pouvoir s'exprimer au préalable en tant qu'autorité concernée (art. 157 LParl). A mon avis, la logique d'une haute surveillance découlant de la surveillance exercée par le Conseil fédéral implique que le collège gouvernemental est lui aussi « concerné ». L'art. 157 LParl repose sur une « réflexion selon laquelle la haute surveillance se fonde sur un dialogue entre l'autorité surveillée et celle chargée de surveiller » ; il représente un « droit d'être entendu » (Initiative parlementaire Loi sur le Parlement [LParl], Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 2001 3298, 3442). Dans le cas d'une unité administrative décentralisée, le Conseil fédéral est une autorité distincte de cet organe. Son activité fait l'objet de la surveillance et est soumise à la critique. A mon sens, il serait contraire à l'idée d'un dialogue de refuser au destinataire d'éventuelles critiques et recommandations le droit d'être entendu au préalable, notamment au cas où sa situation en matière d'information serait différente de celle du Parlement en raison d'un droit à l'information plus restreint (voir ch. 58 ci-dessus). Le Conseil fédéral doit donc être pris en considération dans le cadre de l'art. 157 LParl.

62. Une information préalable du Conseil fédéral n'est par contre pas impérative si les commissions entrent directement en contact avec la FINMA. L'art. 153, al. 5, 2<sup>e</sup> phrase, LParl mentionne une « personne qui est ou qui a été subordonnée au Conseil fédéral », ce qui n'est pas le cas des collaborateurs de la FINMA. En outre, le droit du Parlement à être informé n'est pas lié à l'information du Conseil fédéral, mais est un droit autonome fixé dans la LParl ; la LFINMA ne prévoit aucune restriction au niveau de la législation spéciale (voir ch. 56 ci-dessus). Pour toutes ces raisons, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'informer le Conseil fédéral au préalable, même si une pratique différente des commissions est certainement possible.

## VI. RÉPONSE AUX QUESTIONS POSÉES

63. En guise de résumé, nous répondons ci-dessous brièvement aux questions posées, en renvoyant à l'argumentation détaillée figurant dans les passages pertinents du présent avis de droit.

### Questions d'ordre général

a) *Quelles sont les compétences des CdG en vertu de l'art. 169 Cst. et des art. 26, 52, 153 et ss LParl envers la FINMA, le Conseil fédéral et le DFF quant au champ d'activité de la FINMA défini par la loi ?*

64. Le Parlement a le droit et l'obligation d'exercer la haute surveillance sur la FINMA, le Conseil fédéral et le DFF. En tant qu'unité administrative détachée, la FINMA n'est pas subordonnée au Conseil fédéral. La haute surveillance doit donc être considérée à la lumière des principes généraux (voir ch. 18 ss ci-dessus), mais avant tout en conformité avec la LFINMA (voir question suivante). Nous n'avons rien de particulier à signaler au sujet du Conseil fédéral et du DFF.

b) *Quelles restrictions la LFINMA, voire d'autres dispositions légales posent-elles aux compétences des CdG ? L'indépendance de la FINMA découlant de la loi implique-t-elle que l'intensité et la profondeur de la haute surveillance exercée par le Parlement dépend de la portée des indices concrets ?*

65. La LFINMA présuppose une *haute surveillance indirecte* ; selon cette conception, la haute surveillance parlementaire est associée à la surveillance exercée par le Conseil fédéral (voir ch. 42 ss ci-dessus). L'influence du Conseil fédéral étant fort étendue, le domaine d'intervention du Parlement est donc également considérable. Le Parlement doit faire preuve de retenue à l'égard de l'activité quasi judiciaire de la FINMA, alors que les questions stratégiques font l'objet de la haute surveillance (cf. ch. 51 ss ci-dessus). Des indices concrets peuvent être pris en considération lorsqu'ils laissent supposer des problèmes systémiques au-delà du cas particulier (voir ch. 31 ci-dessus).

c) *A la lumière de l'art. 169 Cst. et des art. 26, 52, 153 ss LParl et compte tenu des documents préparatoires et de la pratique concernant ces dispositions, la haute surveillance exercée par le Parlement sur les entités détachées en général et sur la FINMA en particulier dépend-elle intégralement des compétences du Conseil fédéral envers ces unités ou les CdG disposent-elles de compétences plus étendues ?*

66. La législation spéciale lie la haute surveillance sur la FINMA aux compétences – fort étendues – du Conseil fédéral (voir ch. 42 ss ci-dessus). D'une manière générale, je considère que cette question demeure entière ; personnellement, j'estime que la stricte subordination de la haute surveillance aux pouvoirs de surveillance et aux droits de participation du Conseil fédéral envers les unités administratives décentralisées est discutable (voir ch. 25 ss et 29 ci-dessus).

## Questions spécifiques

- d) L'exercice du droit à l'information des CdG vis-à-vis de l'administration fédérale (art. 150 et 153 LParl) est-il limité à l'égard de la FINMA ?
67. L'étendue du droit à l'information est pour l'essentiel limitée à la sphère d'activité de la FINMA qui est soumise à la participation et à la surveillance du Conseil fédéral et, partant, à la haute surveillance du Parlement (voir ch. 56 ss ci-dessus). Au demeurant, il faut tenir compte des limitations générales de la haute surveillance, qui valent aussi dans les autres domaines (voir ch. 31 ci-dessus)
- e) *A quelle « autorité responsable » les CdG doivent-elles adresser leurs recommandations au sens de l'art. 158 LParl (Conseil fédéral et/ou le conseil d'administration de la FINMA) ?*
68. A mon avis, les recommandations doivent être adressées au Conseil fédéral (voir ch. 59 s ci-dessus).
- f) *Comment faut-il appliquer l'art. 153, al. 5, LParl lors de l'audition des représentants de la FINMA (« autorité à informer ») ?*
69. A mon sens, les CdG n'ont pas besoin d'informer au préalable le Conseil fédéral si elles entrent directement en contact avec la FINMA, même si une autre pratique est envisageable (voir ch. 62 ci-dessus).
- g) *Le Conseil fédéral a-t-il également le droit de s'exprimer comme le prévoit l'art. 157 LParl (« droit d'être entendu ») dans le cas de la FINMA ?*
70. La logique de la surveillance indirecte implique que le Conseil fédéral est au moins concerné ou coresponsable. Il semble donc naturel d'accorder au Conseil fédéral le droit de prendre position (voir ch. 61 ci-dessus).
- h) *Dans quels domaines la FINMA a-t-elle une fonction de justice administrative qui, en vertu de la séparation des pouvoirs, n'est pas soumise à la haute surveillance parlementaire des CdG ou ne l'est que dans une mesure limitée (par analogie à la haute surveillance sur les tribunaux fédéraux) ?*
71. Lorsqu'elle rend des décisions sur des cas d'espèce dans le cadre de la procédure administrative, la FINMA exerce une activité quasi judiciaire (voir ch. 52 ci-dessus). Une ingérence dans les procédures en cours ou une intervention contre les procédures achevées est exclue. Le Conseil fédéral et le Parlement doivent en revanche avoir la possibilité de tirer des enseignements des procédures achevées, dans une optique stratégique (voir ch. 54 ci-dessus).

\* \* \*