



18 décembre 2014

La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance

Rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats
12.4095 Graber Konrad, 12.4121 de Courten,
12.4122 Schneeberger et 13.3282 de Buman

Condensé

Dans le présent rapport, le Conseil fédéral examine la FINMA ainsi que ses activités de réglementation et de surveillance, et émet plusieurs recommandations à l'intention de ladite autorité. Il répond ainsi à différents postulats.

Contexte

Le Conseil fédéral a été chargé d'examiner la FINMA ainsi que ses activités de réglementation et de surveillance pour donner suite aux postulats 12.4095 Graber Konrad «Faire établir une expertise de la FINMA par un groupe d'experts externes et indépendants», 12.4121 de Courten «Conséquences de l'activité réglementaire de la FINMA sur la place financière et économique suisse», 12.4122 Schneeberger «Halte à la bureaucratie de la FINMA. Pour une FINMA forte et efficace» et 13.3282 de Buman «Pour une amélioration des méthodes de travail de la FINMA».

Le présent rapport est établi en réponse à ces postulats. Il aborde également plusieurs autres interventions parlementaires sur l'activité de la FINMA, qui sont actuellement débattues par les Chambres fédérales et dont le traitement a été suspendu dans l'attente du rapport: l'initiative parlementaire 12.501 Lüscher «Adaptation de la LFINMA pour promouvoir la réputation et la compétitivité de la place financière», la motion 11.3757 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) «FINMA. Prise en charge obligatoire des frais occasionnés par l'engagement d'un chargé d'enquête» et la motion Engelberger 07.3711 «Taxe de surveillance perçue en vertu de la loi sur la surveillance des marchés financiers. Prise en considération des intérêts des PME».

Le rapport s'appuie notamment sur les enseignements tirés du «Programme d'évaluation du secteur financier» 2014 (PESF) du Fonds monétaire international (FMI) et sur une expertise relative à l'activité de réglementation et de communication de la FINMA, qui a été effectuée en vue de préparer le présent rapport par Sabine Kilgus. L'avis du secteur a été intégré au rapport dans la mesure où le FMI a mené des entretiens correspondants dans le cadre du PESF. En outre, le Conseil fédéral tient compte des résultats de l'audit du processus de réglementation et de mise en œuvre dans le domaine du droit suisse des marchés financiers, qui a été réalisé, avec la participation du secteur financier, par le groupe d'experts chargé de développer la stratégie en matière de marchés financiers.

Aspects institutionnels de la FINMA

Dans son rapport, le Conseil fédéral considère qu'aucune mesure ne s'impose concernant la forme juridique, la structure de conduite, l'organisation et les ressources financières de la FINMA, ainsi que la délimitation des compétences de celle-ci par rapport à d'autres autorités. Il estime qu'il en va de même pour les tâches de la FINMA. Le Conseil fédéral déconseille en particulier d'ajouter la promotion de la réputation et de la compétitivité de la place financière suisse aux tâches spécifiques à la FINMA, comme l'exige l'initiative parlementaire 12.501 Lüscher. En effet, en assumant cette tâche supplémentaire, la FINMA serait inévitablement partagée entre ce but et ses objectifs prudentiels de rang supérieur, à savoir la protection des individus et la garantie du bon fonctionnement des marchés financiers. Par ailleurs, la FINMA serait moins crédible et moins acceptée en tant qu'autorité de surveillance des marchés financiers sur le plan international et ne pourrait dès lors plus défendre de la même manière les intérêts de la place financière suisse.

En revanche, le Conseil fédéral est d'avis que les instruments prudentiels et le concept de surveillance peuvent être améliorés. Il recommande ainsi à la FINMA de développer sa propre activité de surveillance en renforçant ses analyses et en exécutant davantage de contrôles sur place (recommandation 1). En outre, il lui suggère de s'assurer que tous les assujettis assumant des activités et présentant des risques comparables fassent l'objet d'une surveillance similaire (recommandation 2).

De plus, le Conseil fédéral recommande à la FINMA de déployer ses effectifs en fonction de l'importance des différents domaines prudentiels (recommandation 3) ainsi que d'examiner d'un œil critique les coûts et l'utilité du taux de rotation élevé qui est le sien afin de prendre des mesures pour y remédier. Elle est appelée, en particulier, à veiller à ce que ses effectifs comprennent une proportion adéquate de collaborateurs expérimentés et de spécialistes plus jeunes (recommandation 4).

Activité de réglementation de la FINMA

Le Conseil fédéral estime que les compétences réglementaires de la FINMA sont appropriées. La loi les limite à l'adoption d'ordonnances et de circulaires. Elle permet ainsi à la FINMA de disposer d'une marge de manœuvre suffisante, sans être excessive, pour édicter sa réglementation.

Concernant le respect des principes de réglementation par la FINMA, le Conseil fédéral considère qu'il est injustifié de reprocher à celle-ci de faire du zèle et de réglementer de manière disproportionnée. Une activité de réglementation supérieure à la moyenne a certes été constatée en 2012 et en 2013 au niveau des circulaires, mais cela tient aux enseignements de la crise financière et aux révisions consécutives de plusieurs lois et ordonnances. Cette actualisation de la pratique s'est reflétée dans les circulaires correspondantes.

Le Conseil fédéral parvient à la conclusion que, dans son activité de réglementation, la FINMA tient compte de manière appropriée de la diversité des activités des assujettis et des risques auxquels ceux-ci sont exposés, ainsi que de l'impact de sa réglementation sur le jeu de la concurrence de même que sur la capacité d'innovation et la compétitivité internationale de la place financière suisse. Il a, par ailleurs, été constaté que le processus de réglementation de la FINMA était transparent et que les acteurs concernés pouvaient y participer de manière adéquate, au plus tard dans le cadre d'une audition, voire en amont dans de nombreux cas. Le Conseil fédéral suggère à la FINMA d'appliquer, dans ses projets de réglementation, la recommandation générale du groupe d'experts chargé de développer la stratégie en matière de marchés financiers, c'est-à-dire de promouvoir davantage un dialogue institutionnalisé avec les acteurs du marché et les spécialistes (recommandation 5).

Le secteur s'inquiète parfois de constater que les ordonnances et les circulaires édictées par la FINMA ne coïncident pas avec la législation régissant les marchés financiers. Cette préoccupation ne se vérifie toutefois que dans quelques cas isolés. De plus, justifiées matériellement, les réglementations critiquées ont, par la suite, été mises en œuvre par voie légale ou par voie d'ordonnance. Le Conseil fédéral recommande néanmoins à la FINMA de veiller, en prenant les mesures requises, à ce que ses ordonnances et circulaires se fondent sur une base légale suffisante ancrée dans le droit fédéral (recommandation 6).

Activité de surveillance de la FINMA

La FINMA utilise différents outils de communication pour informer ses assujettis, le public et les milieux politiques. Elle peut ainsi transmettre des informations en fonction des destinataires, ce qu'il convient de saluer. Il peut toutefois être difficile d'établir une distinction claire entre ces outils de communication et ceux de la réglementation, car le contenu des communications (sur la surveillance), des foires aux questions, des documents de position ou des directives, peut parfois contenir des éléments devant être réglementés par le biais d'une circulaire ou d'une ordonnance. L'examen des publications des dernières années ne révèle aucune erreur systématique ou fondamentale dans le choix d'un outil de communication. Dans le passé, il s'est toutefois avéré que des communications contenaient, dans certains cas, des éléments ayant une fonction normative.

Le Conseil fédéral recommande donc à la FINMA d'établir, dans ses directives internes, la liste de tous ses outils de communication en établissant une claire distinction entre chacun d'eux (recommandation 7). Les outils de communication assimilables à une réglementation doivent être utilisés avec parcimonie et uniquement dans le but initialement prévu. D'une façon générale et en cas de doute, une réglementation devra être édictée sous la forme d'une ordonnance de la FINMA ou d'une circulaire. Le Conseil fédéral suggère également à la FINMA d'examiner régulièrement les communications sur la surveillance publiées pour éviter que celles-ci ne soient employées de manière inadéquate. Si ces communications exercent un effet déterminant pendant une longue période après leur publication, cela signifie qu'elles concrétisent la pratique de la FINMA dans le domaine concerné et doivent, dès lors, être transformées en une circulaire (recommandation 8). Par ailleurs, le Conseil fédéral estime que les récentes lignes directrices de la FINMA applicables à la communication doivent être mises en œuvre de manière cohérente et que les processus internes nécessaires à cet effet doivent être définis et observés rigoureusement. Enfin, les lignes directrices doivent être réexaminées régulièrement, dans la mesure du possible avec le concours des acteurs du marché, et être modifiées au besoin (recommandation 9).

Table des matières

1	Contexte	6
1.1	Interventions parlementaires.....	6
1.2	Elaboration et articulation du rapport.....	7
2	Aspects institutionnels de la FINMA.....	8
2.1	Forme juridique, structure de conduite et organisation	8
2.2	Tâches	10
2.3	Instruments et concept de surveillance	12
2.4	Ressources en personnel	18
2.5	Ressources financières	19
2.6	Délimitation des compétences par rapport à d'autres autorités.....	21
3	Activité de réglementation de la FINMA	23
3.1	Problématique	23
3.2	Réglementation en vigueur.....	23
3.2.1	Compétences de la FINMA en matière de réglementation	23
3.2.2	Principes de réglementation	24
3.2.3	Directives internes de la FINMA	25
3.2.4	Supports de réglementation.....	25
3.3	Appréciation	27
3.3.1	Compétences en matière de réglementation	27
3.3.2	Directives internes de la FINMA	28
3.3.3	Respect des principes de réglementation.....	28
3.3.4	Usage des supports de réglementation	31
4	Activité de surveillance de la FINMA	32
4.1	Problématique	32
4.2	Réglementation en vigueur.....	32
4.2.1	Activité de surveillance en tant qu'application du droit	32
4.2.2	La communication comme élément de l'activité de surveillance	33
4.2.3	Les différents outils de communication.....	34
4.3	Evaluation.....	37
4.3.1	Pratique en matière de surveillance	37
4.3.2	Outils de communication	37
4.3.3	Directives internes de la FINMA	38
4.3.4	Utilisation des outils de communication.....	39
5	Conclusions et recommandations	41
5.1	Aspects institutionnels de la FINMA.....	41
5.2	Activités de réglementation de la FINMA	43
5.3	Activités de surveillance de la FINMA	45

Rapport

1 Contexte

1.1 Interventions parlementaires

Le Conseil fédéral a été chargé d'examiner l'activité de la FINMA dans le cadre de la mise en œuvre de différentes interventions parlementaires:

- Le postulat 12.4095 Graber Konrad «Faire établir une expertise de la FINMA par un groupe d'experts externes et indépendants» (postulat Graber) enjoint le Conseil fédéral de faire évaluer l'activité de la FINMA par un groupe d'experts externes et indépendants. Il formule plusieurs questions auxquelles ce groupe pourrait répondre et qui concernent la FINMA en tant qu'institution (forme juridique, organisation, tâches et effectif) ainsi que son activité de réglementation et de surveillance. Le Conseil des Etats a adopté le postulat le 11 mars 2013.
- Le postulat 12.4121 de Courten «Conséquences de l'activité de la réglementaire de la FINMA sur la place financière et économique suisse» (postulat de Courten) charge le Conseil fédéral d'examiner si et de quelle manière la FINMA a respecté ses compétences en matière réglementaire ces dernières années. Il a été adopté par le Conseil national le 16 septembre 2014.
- Le postulat 12.4122 Schneeberger «Halte à la bureaucratie de la FINMA. Pour une FINMA forte et efficace» (postulat Schneeberger) charge le Conseil fédéral d'établir un rapport sur l'efficacité de la FINMA et de requérir à cet effet l'avis, anonymisé, des prestataires de services financiers. Ce rapport analysera la densité normative et la fréquence des modifications réglementaires et soumettra au conseil d'administration de la FINMA les adaptations opérationnelles à mettre en œuvre et au Parlement les modifications législatives qui s'imposent pour que la FINMA soit plus à même de satisfaire à ses obligations légales. Le Conseil national a adopté le postulat le 25 septembre 2014.
- Le postulat 13.3282 de Buman «Pour une amélioration des méthodes de travail de la FINMA» (postulat de Buman) demande au Conseil fédéral d'établir un rapport sur le respect des procédures d'élaboration des communications de la FINMA, leur légalité et leur force contraignante. Il a été adopté par le Conseil national le 21 juin 2013.

Par le biais du présent rapport, le Conseil fédéral répond aux postulats susmentionnés et demande leur classement.

Il y aborde également plusieurs autres interventions parlementaires portant sur l'activité de la FINMA, qui sont actuellement débattues par les Chambres fédérales et dont le traitement a été suspendu dans l'attente du présent rapport: l'initiative parlementaire 12.501 Lüscher «Adaptation de la LFINMA pour promouvoir la réputation et la compétitivité de la place financière» (initiative parlementaire Lüscher), la motion 11.3757 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) «FINMA. Prise en charge obligatoire des frais occasionnés par l'engagement d'un chargé d'enquête» (motion CER-N) et la motion Engelberger 07.3711 «Taxe de surveillance perçue en vertu de la loi sur la surveillance des marchés financiers. Prise en considération des intérêts des PME» (motion Engelberger).

1.2 Elaboration et articulation du rapport

Le présent rapport comprend trois parties. La première (ch. 2) est consacrée aux questions soulevées par le postulat Graber, les motions CER-N et Engelberger et l'initiative parlementaire Lüscher sur la FINMA en tant qu'institution (forme juridique, structure de conduite, organisation, tâches, instruments prudentiels et concept de surveillance, moyens humains et financiers et délimitation des compétences par rapport à d'autres autorités). Pour répondre à ces questions, le Conseil fédéral s'appuie principalement sur les enseignements tirés du «Programme d'évaluation du secteur financier» 2014 (PESF) du Fonds monétaire international (FMI), c'est-à-dire sur les rapports suivants: «Financial Sector Stability Assessment» (FSSA)¹, «Report on Observance of Standards and Codes» (ROSC)², «Detailed Assessment of Compliance – Basel Core Principles for Effective Banking Supervision» (DAR BCPs)³, «Detailed Assessment of Observance – Insurance Core Principles» (DAR ICPs)⁴ et «Detailed Assessment of Implementation – IOSCO Objectives on Principles of Securities Regulation» (DAR IOSCO Principles)⁵.

Par ailleurs, le Conseil fédéral se base, à titre complémentaire, sur l'expertise réalisée par Peter Hayward en novembre 2011 (expertise Hayward), qui concernait notamment l'application des recommandations 3 et 6 ainsi que du postulat 1 (10.3389/10.3628) des commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats, conformément à leur rapport du 30 mai 2010 intitulé «Les autorités suisses sous la pression de la crise financière et de la transmission des données clients d'UBS aux Etats-Unis».⁶ Il se réfère également aux expertises du professeur Hans Geiger (expertise Geiger) et de David Green (expertise Green)⁷, qui avaient examiné la FINMA de manière générale en réponse au postulat 08.4039 David «Clarification du rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière» et à la motion 09.3010 CER-N «Vérifier le fonctionnement de la FINMA».

Le Conseil fédéral étudie l'activité de réglementation de la FINMA dans une deuxième partie (ch. 3) et son activité de surveillance, qui englobe la communication, dans une troisième partie (ch. 4). A cet égard, il se fonde essentiellement sur l'expertise relative à l'activité de réglementation et de communication de la FINMA, qui a été effectuée par Sabine Kilgus en vue de l'élaboration de ce rapport. Sabine Kilgus dispose d'une longue expérience en tant qu'avocate et chargée d'enseignement. Entre 2008 et 2011, elle a également siégé au sein du conseil d'administration de la FINMA et de l'ancienne Commission fédérale des banques (CFB). Elle est présidente de l'OAR-Fiduciaire|Suisse depuis 2013. Son expertise est publiée avec le présent rapport.

L'avis du secteur a été intégré dans le présent rapport dans la mesure où le FMI a mené des entretiens correspondants dans le cadre du PESF. En outre, le Conseil fédéral tient compte des résultats des travaux concernant le processus de réglementation et de mise en œuvre dans le domaine du droit suisse des marchés financiers, qui a été réalisé, avec la participation du secteur financier, par le groupe d'experts chargé de développer la stratégie en matière de marchés financiers.⁸

¹ [www.imf.org > countries > Switzerland > Country Report No. 14/144](http://www.imf.org/countries/Switzerland/Country-Report/14/144)

² [www.imf.org > countries > Switzerland > Country Report No. 14/145](http://www.imf.org/countries/Switzerland/Country-Report/14/145)

³ [www.imf.org > countries > Switzerland > Country Report No. 14/264](http://www.imf.org/countries/Switzerland/Country-Report/14/264)

⁴ [www.imf.org > countries > Switzerland > Country Report No. 14/265](http://www.imf.org/countries/Switzerland/Country-Report/14/265)

⁵ [www.imf.org > countries > Switzerland > Country Report No. 14/266](http://www.imf.org/countries/Switzerland/Country-Report/14/266)

⁶ <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=44672>

⁷ [www.efd.admin.ch > Documentation > Rapports > Rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière](http://www.efd.admin.ch/Documentation/Rapports/Role_joué_par_l'Autorité_de_surveillance_des_marchés_financiers_dans_la_crise_financière)

⁸ <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=fr&msg-id=55545>

2 Aspects institutionnels de la FINMA

2.1 Forme juridique, structure de conduite et organisation

2.1.1 Problématique

Le postulat Graber soulève plusieurs questions et cherche notamment à déterminer si la FINMA remplit les conditions requises pour exécuter les tâches que lui assigne la loi (cf. question 1), si la collaboration entre les différentes unités fonctionne correctement et si les synergies sont mises à profit (cf. question 13). Ces interrogations concernent en premier lieu la forme juridique, la structure de conduite et l'organisation de la FINMA.

2.1.2 Réglementation en vigueur

La FINMA a commencé son activité en janvier 2009, lors de l'entrée en vigueur complète de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA).⁹ En tant qu'autorité intégrée de surveillance des marchés financiers, elle remplace la CFB, l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (AdC LBA). Etablissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre, la FINMA jouit d'une indépendance opérationnelle, institutionnelle et financière (art. 4, al. 1, et art. 21 LFINMA). En contrepartie de cette grande indépendance, le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale bénéficient de certaines possibilités de pilotage et d'un certain degré d'influence. Par exemple, le Conseil fédéral doit notamment approuver les objectifs stratégiques de la FINMA (art. 9, al. 1, let. a, LFINMA) et nommer les membres de son conseil d'administration (art. 9, al. 3, LFINMA). Par ailleurs, l'Assemblée fédérale exerce la haute surveillance (art. 21, al. 4, LFINMA), mais celle-ci ne concerne pas les activités opérationnelles de la FINMA.¹⁰ En outre, la FINMA est soumise à la surveillance financière du Contrôle fédéral des finances (CDF), pour autant que cette surveillance relève de la haute surveillance exercée par l'Assemblée fédérale (art. 8, al. 2, de la loi fédérale du 28 juin 1967¹¹ sur le contrôle fédéral des finances).

Le conseil d'administration, la direction et l'organe de révision constituent les organes de la FINMA (art. 8 LFINMA). La structure de conduite de la FINMA repose sur le régime d'une société anonyme privée: le conseil d'administration est l'organe stratégique. Il doit en particulier fixer les objectifs stratégiques de la FINMA, édicter les ordonnances relevant de la compétence de la FINMA, arrêter les circulaires et statuer sur les affaires de grande portée (art. 9 LFINMA). Les critères permettant de déterminer si une affaire est de grande portée sont définis à l'art. 2, al. 3, du règlement d'organisation de la FINMA. La direction assume la conduite opérationnelle de la FINMA et arrête les décisions (art. 10 LFINMA).

En vertu de l'art. 4, al. 3, LFINMA, la FINMA règle elle-même son organisation selon les principes d'une gouvernance d'entreprise de qualité et d'une gestion économique des affaires. Elle dispose donc d'une vaste autonomie en la matière.¹² L'art. 11, al. 1, LFINMA énonce que la FINMA est divisée en domaines. Cette structure comprenait six divisions (Banques, Assurances, Marchés, Enforcement, Services stratégiques, Operations) entre mai 2011 et mai 2014. La division Marchés a été scindée en deux – Marchés et Asset Management – en juin 2014. La direction se compose des responsables des sept divisions et du directeur.

⁹ RS 956.1

¹⁰ Cf. message du 1^{er} février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (message LFINMA), FF 2006 2741, p. 2786

¹¹ RS 614.0

¹² Cf. message LFINMA, p. 2776

2.1.3 Evaluation

2.1.3.1 Forme juridique

La création de la FINMA a marqué une réorientation organisationnelle de la surveillance des marchés financiers, a renforcé cette dernière et a conféré un poids plus important à la FINMA en tant qu'interlocutrice, notamment sur le plan international. De plus, cette autorité intégrée regroupe les connaissances techniques requises et permet d'exploiter les synergies inhérentes aux différents domaines de surveillance. La FINMA est un établissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre et d'une indépendance opérationnelle, institutionnelle et financière. Cette conception tient compte du fait qu'une autorité de surveillance des marchés financiers doit pouvoir agir en toute indépendance vis-à-vis des autorités politiques pour accomplir son mandat légal de manière crédible et efficace (en particulier dans la surveillance des différents établissements).¹³ Le Conseil fédéral estime dès lors qu'aucune mesure n'est nécessaire en la matière.

2.1.3.2 Structure de conduite

Concernant la structure de conduite de la FINMA, le FMI suggère de limiter ou de définir plus clairement la compétence autorisant le conseil d'administration à statuer sur les affaires de grande portée. Il propose d'organiser celui-ci comme un organe purement stratégique et avance, pour l'essentiel, les motifs suivants: la participation du conseil d'administration à l'activité opérationnelle de surveillance des établissements individuels est contraire à un bon gouvernement d'entreprise, car elle entrave la fonction de contrôle dudit conseil sur cette activité et pourrait compliquer la nomination de membres appropriés au conseil d'administration.¹⁴

Comme le Conseil fédéral l'a déjà précisé dans son rapport du 12 mai 2010 intitulé «Rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l'avenir»¹⁵ (rapport sur la crise des marchés financiers), il ne partage pas cette opinion.¹⁶ La compétence accordée au conseil d'administration de statuer sur les affaires de grande portée en matière de surveillance des établissements individuels crée un équilibre entre le conseil d'administration et la direction de la FINMA (*checks and balances*), ce qui assure une prise de décision et une évolution équilibrées de la pratique.¹⁷ Au demeurant, les affaires de grande portée et les décisions stratégiques ont un lien direct dans la pratique et sont difficiles à différencier. En effet, les premières peuvent influencer non seulement sur la stratégie générale de la FINMA, mais également sur sa réglementation (ordonnances et circulaires), qui est édictée par le conseil d'administration (cf. art. 9, al. 1, let. c, LFINMA).

Pour pallier le risque que cette compétence du conseil d'administration ne menace l'indépendance de la FINMA, on exige aujourd'hui, de manière générale, que les membres dudit conseil soient indépendants des assujettis et qu'ils évitent tout conflit entre leurs intérêts personnels et ceux de la FINMA (cf. ch. 5.1 des conditions requises pour exercer la fonction de membre du conseil d'administration de la FINMA,¹⁸ que le Conseil fédéral a approuvées le 9 décembre 2013). De plus, lorsqu'il statue sur des affaires de grande portée, le conseil d'administration doit respecter les règles de récusation et d'incompatibilité qui sont

¹³ Expertise Geiger, p. 13 s.; FSSA, p. 28; DAR BCPs, p. 8 et 21 ss; DAR ICPs, p. 55; DAR IOSCO, p. 8

¹⁴ ROSC, p. 13, 19 et 22; DAR BCPs, p. 6 et 33; cf. également les expertises Geiger, p. 15, Green, p. 13 et Kilgus, p. 60, ch. marg. 164

¹⁵ www.efd.admin.ch > Documentation > Rapports > Rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière

¹⁶ Rapport sur la crise des marchés financiers, p. 16

¹⁷ Cf. également message LFINMA, FF 2006 2741, p. 2752

¹⁸ <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33088.pdf>

définies à l'art. 10, al. 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)¹⁹ et à l'art. 11 du règlement d'organisation de la FINMA du 18 décembre 2008.

2.1.3.3 Organisation

Le Conseil fédéral a déjà étudié dans une large mesure et évalué positivement l'organisation de la FINMA – notamment la surveillance des grandes banques – dans son rapport du 23 mai 2012 «Développement des instruments de surveillance et de l'organisation de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA, rapport du Conseil fédéral en application des recommandations 3 et 6 ainsi que du postulat 1 (10.3389/10.3628) des commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats»²⁰ (rapport sur le développement des instruments de surveillance et de l'organisation de la FINMA), sur la base de l'expertise de Peter Hayward. Cette évaluation n'a pas changé dans l'intervalle. A cet égard, il convient de souligner l'avis de Peter Hayward, selon lequel la forme d'organisation choisie garantit une interaction et une communication simples, à la fois verticales et horizontales.²¹ On peut ajouter à titre complémentaire que la direction de la FINMA se réunit généralement toutes les semaines, ce qui permet d'exploiter les synergies interdivisionnelles. De plus, les divisions de la FINMA comprennent plusieurs fonctions transversales qui sont interdisciplinaires.

2.2 Tâches

2.2.1 Problématique

Le postulat Graber s'interroge sur l'importance que la FINMA accorde au renforcement de la compétitivité de la place financière et sur la manière dont elle exerce ses devoirs et attributions en ce sens (cf. question 10). L'initiative parlementaire Lüscher, qui porte également sur les tâches de la FINMA, exige une adaptation de la LFINMA afin que la promotion de la réputation et de la compétitivité de la place financière suisse devienne l'un des buts principaux de la surveillance des marchés financiers.

2.2.2 Réglementation en vigueur

La FINMA a pour tâche d'exercer la surveillance conformément à la LFINMA et aux lois sur les marchés financiers.²² Elle assume également les tâches internationales liées à son activité de surveillance (art. 6 LFINMA). En vertu de la première phrase de l'art. 5 LFINMA, la surveillance des marchés financiers a pour but de protéger, conformément aux lois sur les marchés financiers, les créanciers, les investisseurs et les assurés et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers. La seconde phrase de cet article précise qu'elle contribue, ce faisant, à améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse (art. 5 LFINMA).

La première phrase de l'art. 5 LFINMA fixe les objectifs prudentiels de la FINMA, à savoir la protection des clients (protection des individus) et celle du bon fonctionnement des marchés financiers (garantie du bon fonctionnement). L'amélioration de la réputation et de la compétitivité de la place financière suisse qui est évoquée dans la seconde phrase de l'article ne constitue pas un objectif à part entière du droit des marchés financiers, mais un effet de la protection des individus et de la garantie du bon fonctionnement visées dans la première

¹⁹ RS 172.021

²⁰ FF 2012 5345, p. 5353 ss

²¹ Expertise Hayward, p. 17

²² En font partie la loi sur les banques (LB; RS 952.0), la loi sur les bourses (LBVM; RS 954.1), la loi sur les placements collectifs (LPCC; RS 951.31), la loi sur l'émission de lettres de gage (LLG; RS 211.423.4), la loi sur la surveillance des assurances (LSA; RS 961.01), la loi sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1) et la loi sur le blanchiment d'argent (LBA; RS 955.0).

phrase. Cette primauté des objectifs prudentiels est soulignée par l'expression «ce faisant» dans la teneur actuelle de l'art. 5 LFINMA.²³ Même le message concernant la LFINMA précise que l'amélioration de la réputation et de la compétitivité de la place financière sera notamment réalisée par la mise en place d'une surveillance crédible par la FINMA.²⁴

Par ailleurs, la primauté des objectifs prudentiels découle du fait que la LFINMA ne peut pas définir les buts de la surveillance des marchés financiers sans tenir compte de ceux des différentes lois correspondantes. A son entrée en vigueur, la LFINMA n'a pas remplacé les autres lois sur les marchés financiers, mais elle les a «réunies» dans le domaine de la surveillance. Ainsi, les buts précédents de cette surveillance fixés dans la première phrase de l'art. 5 LFINMA ont été uniquement harmonisés.²⁵ Les objectifs des lois sur les marchés financiers sont certes définis différemment, mais en résumé, il faut retenir que celles-ci visent toutes à protéger aussi bien les individus que le fonctionnement des marchés.²⁶

2.2.3 Evaluation

En tant qu'autorité de surveillance, la FINMA contribue de manière importante à promouvoir la réputation et la compétitivité de la place financière suisse en exerçant une activité de surveillance crédible et transparente vis-à-vis de l'extérieur, qui améliore précisément la réputation internationale de la place financière suisse et de ses acteurs. Il est essentiel, notamment en situation de crise, que la FINMA soit considérée comme un partenaire fiable et crédible par les autorités étrangères pour pouvoir défendre les intérêts de la place financière suisse. De plus, la FINMA représente les intérêts de la Suisse dans de nombreuses instances internationales et s'engage en faveur de règles uniformes, basées sur des principes, qui ne défavorisent pas le secteur financier suisse sur le plan mondial. De l'avis du Conseil fédéral, il convient de poursuivre sur cette voie.

La formulation actuelle de l'art. 5 LFINMA doit toutefois impérativement être conservée. Si l'amélioration de la réputation et de la compétitivité de la place financière suisse devenait une tâche spécifique de la surveillance des marchés financiers – comme l'exige l'initiative parlementaire 12.501 Lüscher – la FINMA serait inévitablement partagée entre ce but et ses objectifs prudentiels de rang supérieur, à savoir la protection des individus et la garantie du bon fonctionnement. L'exercice d'une surveillance crédible a forcément un impact sur l'activité des assujettis et donc, selon les circonstances, sur leur compétitivité. La teneur actuelle de l'art. 5 LFINMA évite les conflits d'intérêts connexes et fixe les priorités requises: les objectifs prudentiels sont au cœur de la surveillance des marchés financiers et ils contribuent, grâce à leur réalisation crédible, à améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse.

Une modification de l'art. 5 LFINMA ferait perdre de sa crédibilité à la FINMA en tant qu'autorité de surveillance des marchés financiers, y compris sur le plan international. Le CSF critique déjà les actuels art. 5 et 7 LFINMA, car ils ne règlent pas le conflit potentiel entre les objectifs prudentiels et l'amélioration de la compétitivité. Dans son examen par les pairs du 25 janvier 2012, il a donc recommandé aux autorités suisses d'éviter, également à l'avenir, que cette amélioration ne soit réalisée au détriment des normes prudentielles et réglementaires. De plus, la FINMA devrait clairement faire savoir qu'elle privilégiera les objectifs prudentiels par rapport aux buts concernant la compétitivité s'ils devaient entrer en conflit.²⁷ Le FMI met en garde contre une modification de l'art. 5 LFINMA au sens de l'initiative parlementaire Lüscher, car elle enverrait un signal fallacieux et ne serait pas compatible

²³ Christoph Winzeler, «Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz», 2^e édition, Bâle, 2011, N 12 ad art. 5 LFINMA

²⁴ Message LFINMA, FF **2006** 2741, p. 2772

²⁵ Winzeler, N 1 et 8 ad. art. 5 LFINMA

²⁶ FF **2006** 2741, p. 2772; Winzeler, N 2 à 7 ad lart. 5 LFINMA.

²⁷ Examen par les pairs du CSF, 25 janvier 2012, p. 6 et 20

avec les normes internationales.²⁸ Même David Green avait souligné que la mention de la compétitivité dans la loi, parmi les tâches et les buts de la surveillance des marchés financiers, était frappante et inhabituelle sur le plan international.²⁹

Dans ce contexte, il faut préciser qu'au niveau international, seule l'autorité de surveillance des marchés financiers de Singapour (Monetary Authority of Singapore, MAS) a pour objectif l'amélioration de la compétitivité.³⁰ Toutes les autres autorités déterminantes en la matière, telles que celles des Etats-Unis, du Royaume-Uni, d'Allemagne, de Hong Kong ou du Luxembourg, poursuivent les mêmes buts principaux que la FINMA, à savoir la protection des créanciers, des investisseurs et des assurés.³¹ La MAS présente cependant une particularité, puisqu'elle réunit sous un même toit le ministère de l'économie, la banque centrale et l'autorité de surveillance des marchés financiers.³² Pour éviter des conflits d'intérêt inévitables, Singapour sépare également de manière stricte l'exercice de la surveillance et la promotion de la compétitivité de la place financière, de sorte que ces domaines respectifs relèvent d'unités administratives indépendantes l'une de l'autre.³³

Enfin, il incombe aux autorités administratives compétentes de favoriser la compétitivité de la place financière suisse. La promotion de la compétitivité, l'amélioration de l'accès au marché, le renforcement de la résistance aux crises du secteur financier et la garantie de l'intégrité de la place financière constituent d'ailleurs des axes stratégiques explicites de la politique du Conseil fédéral en matière de place financière.³⁴ De plus, les enjeux liés à ce thème font partie de la politique économique extérieure de la Suisse et sont traités avec les Etats partenaires dans le cadre de dialogues portant sur les questions financières. Le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI) a d'ailleurs été créé pour défendre les intérêts de la Suisse dans ce domaine et accroître la compétitivité internationale de la place financière suisse.³⁵

2.3 Instruments et concept de surveillance

2.3.1 Problématique

Le postulat Graber soulève les questions suivantes: la FINMA remplit-elle les conditions requises pour exécuter les tâches que lui assigne la loi (cf. question 1) et son concept de surveillance est-il adapté aux acteurs du marché (cf. question 7). Les instruments et le concept de la FINMA sont donc exposés ci-après. La motion CER-N traite aussi indirectement de ces aspects, puisqu'elle suggère que les frais occasionnés par l'engagement d'un chargé d'enquête soient pris en charge par l'assujetti uniquement si les soupçons pesant sur lui sont confirmés.

2.3.2 Réglementation en vigueur

La LFINMA prévoit des instruments de surveillance similaires ou identiques pour les différents domaines de la surveillance des marchés financiers. Les réglementations divergentes ou complémentaires correspondantes sont définies dans les lois respectives sur les marchés financiers. La LFINMA a donc permis d'harmoniser ces instruments sur le plan formel, mais pas matériel (cf. art. 2 et 24 ss LFINMA). Dans ce contexte, on peut notamment citer l'audit

²⁸ ROSC, p. 12 et 22; DAR BCPs, p. 5, 26 et 32 s.; DAR ICPs, p. 28 et 55

²⁹ Expertise Green, p. 3

³⁰ Cf. art. 4 du Monetary Authority of Singapore Act

³¹ Cf. également Winzeler, N 13 à 16 ad art. 5 LFINMA

³² Cf. expertise Kilgus, p. 81, ch. marg. 224

³³ Cf. expertise Kilgus, p. 83, ch. marg. 230

³⁴ Cf. rapport du 16 décembre 2009 intitulé «Axes stratégiques de la politique suisse en matière de place financière», p. 34 ss

³⁵ Cf. <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=fr&msg-id=31687>

(cf. art. 24 ss LFINMA) et la possibilité de faire appel à un chargé d'enquête. Il faut également souligner que la FINMA peut confisquer le gain acquis par un assujetti lors d'une violation du droit de la surveillance (art. 35 LFINMA), mais qu'elle ne peut pas prononcer d'amendes.

En vertu de l'art. 24 LFINMA, l'audit au sens de la législation sur les marchés financiers est effectué par la FINMA elle-même, par les tiers qu'elle a mandatés ou par la société d'audit désignée par l'assujetti. Celui-ci supporte les frais de l'audit. Le droit suisse de la surveillance prévoit donc le recours à des sociétés d'audit, celles-ci participant traditionnellement à la surveillance bancaire.

Les activités d'audit ont été réformées ces dernières années. Le 1^{er} janvier 2013, la FINMA a remplacé douze circulaires correspondantes des autorités l'ayant précédée par les deux nouvelles circulaires 2013/3 «Activités d'audit» et 2013/4 «Sociétés d'audit et auditeurs responsables». Elle entendait ainsi harmoniser les activités d'audit, augmenter leur valeur ajoutée pour la surveillance des marchés financiers et favoriser une meilleure compréhension du rôle des sociétés d'audit. Depuis, la FINMA influe davantage sur le mandat de ces dernières et elle les pilote plus intensivement.³⁶ Début 2014, la FINMA a décidé de développer les instructions, les guides et les modèles de rapports existants destinés aux sociétés d'audit et de les concevoir de manière plus cohérente, d'intensifier le dialogue avec celles-ci et, en particulier, de communiquer clairement les attentes de la surveillance à leur égard. Toutes ces initiatives visent à renforcer le pilotage des sociétés d'audit en tant que bras armé de la FINMA dans leurs activités d'audit auprès des assujettis et, dès lors, à accroître leur efficacité.

En outre, les Chambres fédérales ont approuvé, le 20 juin 2014, une modification de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision (LSR)³⁷, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Cette modification concentre la surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit auprès de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR). Désormais, ces dernières ne seront plus soumises à la surveillance de la FINMA, ce qui réduit le risque qu'elles lui cachent des informations importantes sur des assujettis ou omettent de lui communiquer des faits dans le but d'éviter que les anomalies relevées chez un assujetti ne soient considérées comme une négligence lors de leur propre audit.³⁸ La modification de la LSR a conduit à une révision de l'ordonnance du 15 octobre 2008 sur les audits des marchés financiers (OA-FINMA)³⁹, de l'ordonnance du 22 août 2007 sur la surveillance de la révision (OSRev)⁴⁰ ainsi que de la circ.-FINMA 2013/3 «Activités d'audit» et des circ.-ASR 1/2007 «Agrément», 1/2008 «Normes de révision» et 1/2010 «Reporting». La circ.-FINMA 2013/4 «Sociétés d'audit et auditeurs responsables» a été abrogée.

Les chargés d'enquête sont des spécialistes indépendants qui peuvent être mandatés par la FINMA pour élucider un fait relevant de la surveillance ou pour mettre en œuvre les mesures qu'elle a ordonnées (cf. art. 36, al. 1, LFINMA). Ils interviennent donc non seulement en cas de soupçon initial concernant une violation du droit de la surveillance, mais aussi pour clarifier régulièrement des faits complexes liés à cette dernière. Le législateur a prévu à l'art. 36, al. 4, LFINMA une obligation de prise en charge des frais occasionnés par l'engagement d'un chargé d'enquête, qui s'applique uniformément aux assujettis concernés. Cette obliga-

³⁶ Cf. rapport «Développement des instruments de surveillance et de l'organisation de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA», p. 14 ss, pour de plus amples informations; rapport annuel 2012 de la FINMA, p. 36 s.

³⁷ RS 221.302

³⁸ Cf. message du 28 août 2013 concernant la concentration de la surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit, FF 2013 6147, p. 6148 s.

³⁹ RS 956.161

⁴⁰ RS 221.302.3

tion vaut également si des indices objectifs pouvant éveiller à juste titre un soupçon d'infraction prudentielle sont infirmés au cours de l'enquête.

Les autorités compétentes définissent, dans un concept de surveillance, l'instrument prudentiel utilisé pour un établissement et la fréquence de la surveillance. La FINMA a adapté son concept de surveillance depuis 2009 afin d'accroître l'efficacité et l'efficience de sa surveillance. Depuis, tous les domaines concernés font l'objet d'une surveillance basée sur les risques. L'activité de surveillance repose donc de manière déterminante sur les risques que présente l'assujetti pour les créanciers, les investisseurs et les assurés, ainsi que pour le système et la réputation de la place financière suisse. La FINMA classe les assujettis dans des catégories de surveillance en fonction de leur taille, de leur importance et de leurs risques et elle attribue une note spécifique à chaque établissement.⁴¹ Ces deux paramètres (classe de surveillance et note) déterminent directement l'intensité de la surveillance et le recours aux différents instruments correspondants.

2.3.3 Evaluation

2.3.3.1 Généralités

Les instruments de surveillance de la FINMA et leur développement ont été examinés attentivement par les experts Green, Geiger et Hayward et par le FMI. Les conclusions des analyses étaient positives.⁴² Le FMI a notamment insisté sur le fait que la révision de la LBVM entrée en vigueur le 1^{er} mai 2013 dans les domaines des délits boursiers et de l'abus de marché permettait désormais à la FINMA de prendre des mesures contre des personnes non assujetties en cas de délit d'initiés ou de manipulation du marché.⁴³ En revanche, le FMI a parfois critiqué la participation des sociétés d'audit et l'impossibilité pour la FINMA de prononcer des amendes. Ces points sont traités en détail ci-après. De plus, la question de la répartition des frais lors de l'engagement de chargés d'enquête sera étudiée de manière approfondie, conformément à la motion CER-N.

2.3.3.2 Audit

Le FMI salue les modifications concernant le recours aux sociétés d'audit que la FINMA a réalisées depuis la crise financière et l'amélioration consécutive du processus de surveillance.⁴⁴ Il reconnaît que la participation des sociétés d'audit présente des avantages, mais elles doivent cependant être utilisées avec prudence comme bras armé de la FINMA et cette utilisation doit encore être améliorée.⁴⁵ Ainsi, la FINMA devrait à l'avenir fixer davantage de lignes directrices à l'intention des sociétés d'audit et harmoniser l'engagement de ces dernières. De plus, elle est incitée à réaliser elle-même un nombre croissant de contrôles sur place – en particulier pour vérifier la gestion des risques – et à effectuer ses propres vérifications pour compléter les audits menés par les sociétés d'audit dans certains domaines. Pour ce faire, il faut renforcer les effectifs dans le domaine de la surveillance bancaire et développer les compétences des collaborateurs afin qu'ils puissent surveiller et évaluer les activités des sociétés d'audit. En outre, la collaboration avec les autorités de surveillance étrangères doit être intensifiée. Le FMI suggère également que les coûts d'un audit ne soient pas financés directement par les banques, mais indirectement, grâce à un fonds alimenté par celles-ci

⁴¹ Cf. rapport du 21 avril 2011 sur l'efficacité et l'efficience en matière de surveillance, p. 6 s.

⁴² Cf notamment expertise Green, p. 24 s., expertise Hayward, p. 12 s.; ROSC, p. 31 et 54

⁴³ FSSA, p. 32, ROSC, p. 44

⁴⁴ ROSC, p. 14

⁴⁵ FFSA, p. 8 et 27

et géré par la FINMA. Il propose aussi de changer régulièrement de sociétés d'audit ou d'en mandater plusieurs pour chaque banque.⁴⁶

Le Conseil fédéral a analysé attentivement le recours aux sociétés d'audit en se basant sur l'expertise Hayward, qui avait été réalisée dans le cadre du rapport sur le développement des instruments de surveillance et de l'organisation de la FINMA. Il convient de réitérer les recommandations qu'il avait alors émises à l'intention de la FINMA. Le Conseil fédéral se félicite, par exemple, que la FINMA ait développé sa propre activité de surveillance bancaire à la suite de la crise financière et intensifié ses analyses ainsi que le nombre de contrôles sur place, en particulier auprès des grandes banques. Tout comme le FMI, il lui conseille de poursuivre sur cette voie et d'exercer davantage la surveillance par ses propres moyens. L'examen approfondi d'une banque, de son modèle d'affaires, de ses risques et de leur gestion améliore les capacités de la FINMA en matière d'identification précoce. Les contrôles directs de la FINMA sont complémentaires à l'audit effectué par les sociétés d'audit. Les coûts qu'engendrent les activités d'audit des sociétés d'audit ainsi que les contrôles directs de la FINMA pour les sociétés contrôlées ne devront pas dépasser les coûts occasionnés par les processus de contrôle comparables effectués dans d'autres pays.

Comme le FMI, le Conseil fédéral estime que la FINMA devrait appliquer ces recommandations en renforçant ses effectifs de manière ciblée dans la surveillance bancaire et développer les compétences de ses collaborateurs pour identifier précocement les risques et les dérapages d'un assujetti et corriger les évolutions indésirables ainsi identifiées (cf. également les commentaires au ch. 2.4).

Le FMI souhaitait que les sociétés d'audit se conforment à un nombre accru de lignes directrices à l'avenir et que leur engagement soit harmonisé. Selon le Conseil fédéral, cet avis a été raisonnablement pris en compte, puisque douze circulaires sur les activités d'audit émises par les prédécesseurs de la FINMA ont récemment été remplacées par les nouvelles circulaires 2013/3 «Activités d'audit» et 2013/4 «Sociétés d'audit et auditeurs responsables» et les prescriptions concernant l'audit prudentiel destinées aux sociétés d'audit ont été développées et améliorées.

En revanche, le Conseil fédéral rejette, pour l'heure, la proposition du FMI relative à un changement régulier des sociétés d'audit ou à l'engagement de plusieurs sociétés pour chaque banque. Les spécialistes suisses et internationaux qui débattent actuellement sur ce sujet ne sont pas unanimes sur la question de savoir si une telle obligation d'alternance serait susceptible de renforcer, à long terme, la qualité de l'audit et l'indépendance de l'organe de révision. Il est préférable de conserver le statu quo, en attendant que les développements juridiques en cours dans d'autres pays soient achevés et que d'éventuels nouveaux enseignements en faveur de cette obligation d'alternance soient disponibles. D'ici là, des principes stricts relatifs à l'indépendance et à l'incompatibilité (cf. ch. marg. 32 ss de la Circ.-FINMA 2013/4 ou, selon le nouveau droit applicable dès le 1^{er} janvier 2015, l'art. 111 OSRev et l'art. 7 OA-FINMA) sont fixés pour éviter qu'une trop grande familiarité entre l'auditeur responsable et l'entreprise auditée n'affecte l'objectivité de ce dernier. De plus, la révision de la LSR limite le mandat de l'auditeur responsable à une durée de sept ans (art. 730a, al. 2, CO), par analogie à la réglementation sur l'audit des comptes. Cette personne ne peut exercer de nouveau le même mandat qu'après une interruption de trois ans (cf. art. 8 OA-FINMA dans sa version valable à partir du 1^{er} janvier 2015). Par ailleurs, la révision de la LSR s'accompagne des précisions suivantes dans la LFINMA: l'audit effectué au titre d'une autorisation et les audits habituels doivent être exécutés par deux sociétés d'audit distinctes et, dans des cas justifiés, la FINMA peut exiger de l'assujetti qu'il change de société d'audit (art. 28a LFINMA). Le nouvel art. 24a LFINMA énonce, en outre, que la FINMA peut charger une personne qualifiée et indépendante (chargé d'audit) d'auditer des assujettis.

⁴⁶ Cf. notamment FSSA, p. 8 et 27; ROSC, p. 14; DAR BCPs, p. 6, 8 et 32

Enfin, il convient de rejeter la suggestion du FMI concernant les coûts de l'audit, qui ne seraient plus réglés directement par les banques, mais seraient financés indirectement par un fonds alimenté par celles-ci et géré par la FINMA. La prise en charge des coûts par l'assujetti mandataire répond au principe de causalité (cf. également les commentaires au ch. 2.5) et s'applique aussi en matière d'établissement des comptes. Le passage à une désignation directe des sociétés d'audit par la FINMA modifierait profondément le système actuel. Or rien ne justifie pour l'heure un tel changement. La situation devra être réexaminée si les activités d'audit ne se développent pas comme prévu ou si les mesures susmentionnées ne garantissent plus l'indépendance des sociétés d'audit.

2.3.3.3 Chargé d'enquête

La réglementation énoncée à l'art. 36, al. 4, LFINMA pour la prise en charge des frais liés à l'engagement d'un chargé d'enquête n'a donné lieu à aucune critique lors des audits réalisés jusqu'à présent. Le Conseil fédéral recommande de la conserver. La suggestion de la motion CER-N, à savoir que ces frais soient pris en charge par l'assujetti concerné uniquement si les soupçons pesant sur lui sont confirmés lors de l'enquête, n'est pas adéquate. En effet, l'assujetti dont le comportement a requis l'engagement d'un chargé d'enquête et occasionné les frais correspondants ne serait plus tenu d'en répondre financièrement. Cela contreviendrait fondamentalement au principe de causalité.⁴⁷ La nouvelle réglementation souhaitée serait d'autant plus choquante que le montant des frais dépend sensiblement du degré de coopération de l'assujetti concerné. Si celui-ci ne satisfaisait pas pleinement à son obligation de renseigner et de collaborer, les coûts supplémentaires de la surveillance ainsi occasionnés seraient, en vertu de la réglementation actuelle, à la charge de tous les assujettis à travers la taxe générale de surveillance.

Le droit actuel protège déjà les intérêts des assujettis concernés: ils peuvent, dans un premier temps, demander à un tribunal d'examiner l'acte d'institution de la FINMA – et, partant, de déterminer s'il existe des indices suffisants pour engager un chargé d'enquête. Ils peuvent ensuite attaquer la décision finale de la FINMA en déposant un recours devant le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral. Cette décision s'appuie en particulier sur les enseignements que le chargé d'enquête a acquis dans le cadre de son mandat et elle fixe les coûts définitifs. De plus, la FINMA soumet le chargé d'enquête à une gestion stricte des coûts, qui implique également un compte-rendu régulier des frais déjà occasionnés. Si un décompte intermédiaire ne répond pas aux exigences de la FINMA, il est renvoyé et provisoirement refusé.⁴⁸

2.3.3.4 Amende administrative

Le FMI recommande par ailleurs à la Suisse d'examiner l'introduction éventuelle d'une amende administrative en tant qu'instrument de surveillance.⁴⁹ Il faut préciser à ce sujet que la question a été traitée plusieurs fois ces dernières années, notamment par les groupes d'experts «Zimmerli» et «Délits boursiers et abus de marché». Tous sont parvenus à la conclusion que des sanctions (administratives) pécuniaires concernant des infractions aux lois sur les marchés financiers pouvaient être considérées comme répressives à partir d'un certain montant, car elles ont un caractère dissuasif et rétributif et représentent une peine considérable. Elles peuvent donc être assimilées à une «accusation en matière pénale» au sens de l'art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).⁵⁰ Dès lors, l'application de telles sanctions devrait tenir compte non seulement

⁴⁷ Cf. Benedikt Maurenbecher/André Terlinden, «Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktauf-sichtsgesetz», 2^e édition, Bâle, 2011, N 75 ad art. 36; ATF 121 II 147

⁴⁸ Maurenbecher/Terlinden, N 76 ad art. 36

⁴⁹ FSSA, p. 32, ROSC, p. 44, DAR IOSCO, p. 62; cf. également ROSC, p. 20

⁵⁰ Cf. ATF 139 I 72, consid. 2.2; ATF 135 II 60, consid. 3.2.3

des garanties générales de procédure, mais également de celles inhérentes à une procédure pénale, telles que la présomption d'innocence et le droit de ne pas s'incriminer soi-même.

La FINMA devrait alors respecter les garanties minimales de la procédure pénale en vertu des art. 6 CEDH et 32 Cst. lorsqu'elle inflige des amendes, ce qui nécessiterait de repenser entièrement son organisation et sa procédure ainsi que la délimitation des compétences avec les autorités de poursuite pénale. Au sein de la FINMA, il faudrait mener à l'avenir deux processus de surveillance différents et totalement distincts: un service serait chargé de la procédure selon la PA et un autre de la procédure selon la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA).⁵¹ Cette nouvelle organisation s'accompagnerait de coûts élevés et serait également disproportionnée en termes d'économie de procédure. Les instruments de surveillance existants dont dispose la FINMA, en particulier la confiscation des gains, associés à la possibilité, pour les autorités de poursuite pénale, de prononcer les sanctions prévues par la législation sur les marchés financiers et dont font notamment partie les amendes, sont suffisants pour appliquer le droit de la surveillance.⁵² On peut préciser à titre complémentaire que plusieurs juridictions étrangères prévoient certes la possibilité d'infliger des sanctions pécuniaires en cas de violation des lois sur les marchés financiers, mais qu'elles doivent alors tenir compte des garanties de la procédure pénale.

2.3.3.5 Concept de surveillance

Sur la base de l'expertise Hayward, le Conseil fédéral a examiné et évalué positivement le concept de surveillance de la FINMA dans le rapport sur le développement des instruments de surveillance et de l'organisation de la FINMA. Il arrive notamment à la conclusion que les autorités de surveillance des principales places financières fondent leur activité sur une approche axée sur les risques – tout comme la surveillance exercée par la FINMA. Les établissements financiers présentant des risques accrus pour la stabilité du système financier requièrent une surveillance plus étroite que ceux qui présentent des risques potentiels moindres.⁵³ De même, les principes qui sous-tendent le concept de surveillance de la FINMA coïncident avec l'approche des autorités de surveillance américaines, canadiennes et européennes. En axant sa surveillance sur les risques, la FINMA pose les bases requises en vue d'une utilisation efficace et efficiente de ses moyens humains et financiers.

Le FMI salue, lui aussi, cette approche de la FINMA axée sur les risques.⁵⁴ Il ajoute cependant que celle-ci devrait garantir une surveillance uniforme à tous les assujettis présentant des risques comparables, ce qui n'est pas toujours le cas actuellement. Par exemple, le FMI déplore que les gestionnaires d'actifs soient soumis à une surveillance plus étroite que les négociants en valeurs mobilières, alors que tous deux relèvent de la même catégorie de surveillance (5).⁵⁵ Le Conseil fédéral est d'accord avec cette recommandation du FMI. Comme il l'a déjà mentionné dans son rapport sur le développement des instruments de surveillance et de l'organisation de la FINMA, l'efficacité de l'approche axée sur les risques dépend de la capacité de la FINMA à identifier les risques des assujettis. Cela implique de concentrer son attention sur la situation propre à chaque établissement et suppose une bonne compréhension de son modèle d'affaires et des risques qui peuvent en résulter. Dans ce contexte, la communication directe de la FINMA avec l'établissement assujetti, par exemple à la faveur de contrôles sur place, joue elle aussi un rôle important.⁵⁶

⁵¹ RS 313.0

⁵² Cf. également ROSC, p. 20

⁵³ FF 2012 5345, p. 5352 et 5362

⁵⁴ Cf. également l'expertise Kilgus, p. 98 s., ch. marg. 264 ss

⁵⁵ FSSA, p. 32; ROSC, p. 44, DAR IOSCO, p. 6

⁵⁶ FF 2012 5345, p. 5352

2.4 Ressources en personnel

2.4.1 Problématique

D'après la question 2 du postulat Graber, il faudrait vérifier si la FINMA dispose d'un effectif suffisant et du personnel qualifié nécessaire. La question 6 de ce postulat va dans le même sens: les membres des organes et les collaborateurs de la FINMA disposent-ils des qualifications, de l'expérience des questions financières ainsi que des connaissances du marché et de la place financière suffisantes?

2.4.2 Réglementation en vigueur

Dans son art. 9, al. 2, la LFINMA stipule notamment que le conseil d'administration de la FINMA doit se composer de membres experts. Le Conseil fédéral a défini les exigences qui leur sont posées dans un document du 18 août 2010 intitulé «Profil d'exigences applicable aux membres du conseil d'administration de la FINMA».⁵⁷ Pour sa part, le personnel de la FINMA est engagé sur la base d'un contrat de droit public (art. 13, al. 1, LFINMA). L'ordonnance du 11 août 2008 sur le personnel FINMA⁵⁸, qui a été approuvée par le Conseil fédéral, le règlement du personnel de la FINMA et le code de conduite précisent les conditions-cadres relevant du droit du personnel.

Depuis sa création, la FINMA a développé ses ressources de manière ciblée en raison, soit d'influences extérieures comme l'attribution de nouvelles tâches à la suite de la révision de la législation sur les marchés financiers, soit du développement du savoir-faire existant. En 2013, elle employait en moyenne 504 collaborateurs pour 468 postes à temps plein. Le conseil d'administration a approuvé un effectif de 481 postes à temps plein pour l'année 2014. L'âge moyen des collaborateurs s'établissait à 41 ans en 2013. Environ 69 % des effectifs ont entre 30 à 49 ans. Les collaborateurs de 50 ans et plus représentent 21 % du personnel et la relève (moins de 30 ans) 11 %. Le taux de rotation (hors départs à la retraite) s'inscrivait à 11 % fin décembre 2013.⁵⁹ Il diffère selon les divisions considérées: dans les divisions Banques, Assurances et Enforcement, il est sensiblement inférieur à la barre des 10 %, tandis que les autres divisions affichent une fluctuation plus importante que le taux de référence de la FINMA (de 10 % à 12 %).⁶⁰

2.4.3 Evaluation

D'après les résultats des enquêtes réalisées par les experts Geiger et Green fin 2009, depuis qu'elle est opérationnelle, la FINMA est parvenue à engager des spécialistes du secteur financier disposant de plusieurs années d'expérience pour son activité de surveillance. Ces deux experts concluent qu'elle n'est pas exposée à un problème général de sous-dotation en personnel.⁶¹

La récente enquête du FMI indique également que la FINMA dispose d'un personnel très qualifié.⁶² Le FMI se félicite du renforcement des effectifs de la FINMA et de l'augmentation des formations internes dispensées aux collaborateurs. Il constate également que la FINMA a pu engager des collaborateurs dotés de connaissances sectorielles. De manière générale, il conseille de poursuivre le développement du savoir-faire du personnel.⁶³ Par ailleurs, le FMI recommande d'accroître encore les effectifs de manière ciblée dans la surveillance ban-

⁵⁷ <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33085.pdf>

⁵⁸ RS 956.121

⁵⁹ Rapport annuel 2013 de la FINMA, p. 92

⁶⁰ Rapport de la FINMA sur la politique en matière de personnel, exercice 2013, p. 9

⁶¹ Expertise Geiger, p. 18 ss; expertise Green, p. 19 ss; rapport sur la crise des marchés financiers, p. 22

⁶² FSSA, p. 8 et 29, ROSC, p. 29

⁶³ FSSA, p. 39

caire, sur le plan tant quantitatif que qualitatif. Il estime que le plafond correspondant fixé par la FINMA n'est pas approprié.⁶⁴ Enfin, le FMI considère que le taux de rotation relativement élevé dans certaines divisions atteint un niveau critique.⁶⁵ Il suggère à la FINMA d'analyser d'un œil critique les coûts et l'utilité de cette rotation et de prendre les mesures requises pour y remédier.⁶⁶

Des ressources en personnel adéquates au niveau tant quantitatif que qualitatif et leur gestion autonome sont essentielles à une surveillance de qualité. Ce critère est d'ailleurs repris unanimement dans les éléments centraux des «Principes fondamentaux» édictés par trois instances normatives internationales majeures: le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (CBCB), l'Association internationale des contrôleurs d'assurance (AICA) et l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV). Le Conseil fédéral recommande donc à la FINMA de prévoir des moyens humains adéquats sur les plans quantitatif et qualitatif en fonction de l'importance des différents domaines de surveillance.

Le taux de rotation de 11 % (hors départs à la retraite) indiqué par la FINMA fin décembre 2013 est relativement élevé par rapport à celui d'autres entités devenues autonomes de la Confédération et au taux net de 4,1 % dans l'administration fédérale. Si le calcul tient compte des rapports de travail arrivés à échéance, on obtient alors un taux de rotation de 13,9 % pour la FINMA en 2013, soit 70 départs sur 504 collaborateurs. Ce taux demeure stable par rapport à l'année précédente et il a même diminué de près de 3 % par rapport à 2011.

D'après la FINMA, le fort taux de rotation s'explique notamment par le fait que les jeunes universitaires se servent d'elle comme d'un tremplin pour leur carrière dans certains domaines. Il est dès lors un peu plus élevé dans ce groupe cible. La FINMA sait pertinemment qu'après quelques années, les plus jeunes collaborateurs cherchent de nouvelles opportunités de carrière et qu'elle se voit ainsi conférer une certaine fonction de formation.⁶⁷ Le Conseil fédéral se félicite que la FINMA engage de manière ciblée de jeunes diplômés universitaires, mais il suggère néanmoins de veiller à une diversification adéquate des effectifs: l'autorité de surveillance a besoin non seulement de jeunes spécialistes en début de carrière, mais également de collaborateurs expérimentés dotés d'une certaine expérience pratique et d'experts en surveillance. La FINMA indique elle-même que la diversification dans la division Marchés n'était pas optimale en 2013.⁶⁸ Dans ce contexte, le Conseil fédéral soutient la recommandation du FMI en vue d'une appréciation critique des coûts et de l'utilité d'une rotation élevée et de l'adoption de mesures appropriées pour y remédier.

2.5 Ressources financières

2.5.1 Problématique

La motion Engelberger porte sur le financement de la FINMA. Elle demande que la Confédération prenne en charge les frais des prestations que la FINMA fournit dans l'intérêt de l'économie. De plus, la taxe de surveillance acquittée par les organismes d'autorégulation (OAR) selon la LBA devrait être fixée en fonction de l'importance économique des intermédiaires financiers affiliés, du nombre de membres ainsi que de leur contribution à l'allègement des charges de l'autorité de surveillance. Les motifs avancés sont les suivants: il incombe au législateur de veiller à une répartition équitable des coûts. Or, en vertu de de la réglementation en vigueur, les OAR qui exercent une surveillance «attentive» de leurs

⁶⁴ Cf. notamment FSSA, p. 8, 27 et 28, ROSC, p. 14, 20, 39 et 51

⁶⁵ ROSC, p. 51

⁶⁶ ROSC, p. 62

⁶⁷ Rapport de la FINMA sur la politique en matière de personnel, exercice 2013, p. 8

⁶⁸ Rapport de la FINMA sur la politique en matière de personnel, exercice 2013, p. 9

membres, avec les frais qui en découlent, sont taxés de façon disproportionnée alors qu'ils allègent en fin de compte l'activité de la FINMA.

2.5.2 Réglementation en vigueur

Les coûts de la surveillance des marchés financiers sont intégralement supportés par les assujettis. Des émoluments sont perçus pour chaque procédure de surveillance et pour les prestations fournies. Les coûts de la FINMA non couverts par les émoluments sont financés par les assujettis à travers une taxe annuelle forfaitaire de surveillance par domaine de surveillance (art. 15, al. 1, LFINMA). La taxe de surveillance versée par les OAR selon la LBA est fixée en fonction du revenu brut et du nombre de membres affiliés (art. 15, al. 2, let. d, LFINMA).

Le Conseil fédéral a défini les critères dans l'ordonnance du 15 octobre 2008 sur les émoluments et les taxes de la FINMA (Oém-FINMA),⁶⁹ qui prévoit, à son art. 28, une taxe de base unique pour tous les OAR. Lors de la révision de l'Oém-FINMA du 25 mars 2009, cette taxe a été abaissée de 10 000 francs à 3000 francs avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2009.⁷⁰ Au-delà, le montant doit être financé par la taxe complémentaire. Il est calculé par OAR en fonction de sa part à la somme des produits bruts de tous les OAR et de sa part au nombre de tous les intermédiaires financiers qui sont affiliés à un OAR (art. 29, al. 1 et 2, Oém-FINMA). Le produit brut comprend, pour l'essentiel, le chiffre d'affaires résultant des ventes et des prestations de services selon l'art. 663 CO⁷¹ (art. 31, al. 1, Oém-FINMA).

2.5.3 Evaluation

Le financement intégral de la FINMA par l'intermédiaire des émoluments et des taxes versés par les assujettis résulte – avec la souveraineté du conseil d'administration en matière de budget (art. 9, al. 1, let. j, LFINMA) – de l'indépendance financière de la FINMA vis-à-vis de l'Etat.⁷² Un financement partiel avec l'argent des contribuables empêcherait dans une large mesure la FINMA – par exemple en raison d'éventuelles restrictions budgétaires – de réagir seule et à court terme à des modifications et, partant, d'assumer ses tâches de manière efficace et efficiente.⁷³ De plus, un financement par l'impôt serait contraire aux normes internationales, qui exigent de l'institution une indépendance fonctionnelle et des ressources adéquates pour exercer efficacement la surveillance des marchés financiers (cf. également ch. 2.1.3).

Par ailleurs, les assujettis tirent un avantage concret de toutes les activités de la FINMA, puisqu'une place financière suisse étroitement surveillée est à même de fournir des prestations de grande qualité et suscite la confiance auprès des clients. Cela bénéficie directement aux assujettis – et non à la communauté. Il est dès lors opportun que ceux-ci supportent tous les frais liés à la surveillance des marchés financiers. Les assujettis finançaient déjà les coûts inhérents à la CFB, à l'OFAP et à l'AdC LBA. D'autres places financières de renom, telles que l'Allemagne, l'Angleterre et les Etats-Unis, imposent aussi une prise en charge correspondante des coûts.⁷⁴ Le Conseil fédéral estime, pour ces motifs, qu'il faut s'en tenir à

⁶⁹ RS **956.122**

⁷⁰ Cf. RO **2009** 1559

⁷¹ RS **220**

⁷² Tomas Poledna/Philipp do Canto, «Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz», 2^e édition, Bâle, 2011, N 6 ad art. 21

⁷³ Cf. également le message LFINMA sur l'importance de l'indépendance financière, FF **2006** 2741, p. 2748 s.

⁷⁴ Cf. l'avis du Conseil fédéral sur la motion 09.3491 Heer «Indépendance financière de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers», qui a été retirée

la décision expresse du législateur⁷⁵ et renoncer à un financement partiel de la FINMA par les contribuables.

Concernant le calcul de la taxe de surveillance des OAR, il faut préciser que la motion Engelberger a été déposée avant l'adoption de l'Oém-FINMA. Or celle-ci précise que le calcul de la taxe se fonde sur le produit brut et que la taxe à la charge d'un OAR tient compte de sa part à la somme des produits bruts de tous les OAR. La requête exprimée dans cette motion, à savoir considérer l'importance économique des membres lors du calcul, a donc été mise en œuvre. A titre complémentaire, il faut préciser que l'Oém-FINMA est examinée régulièrement et adaptée aux nouvelles circonstances.

En revanche, contrairement à ce que demande la motion Engelberger, il ne faut pas tenir compte de la contribution des OAR à l'allègement de la charge de l'autorité de surveillance. Sur la base de l'art. 15 LFINMA, seuls les frais occasionnés à la FINMA par la surveillance directe des OAR sont répercutés sur ces derniers. Les coûts supportés par un OAR pour surveiller ses membres sont financés par ceux-ci. Dès lors, les OAR qui exercent une surveillance particulièrement attentive ne doivent pas s'acquitter de taxes plus élevées. A l'inverse, les OAR qui n'assument pas suffisamment leurs tâches doivent s'attendre à ce que la FINMA engage à leur encontre une procédure de surveillance et perçoive les émoluments correspondants. Par ailleurs, il ne serait guère possible de quantifier l'allègement dont bénéficierait l'autorité de surveillance.

2.6 Délimitation des compétences par rapport à d'autres autorités

2.6.1 Problématique

Le postulat Graber demande si les compétences respectives de la FINMA et des autres organismes exerçant des tâches de surveillance comme la Banque nationale suisse (BNS), sont suffisamment délimitées (cf. question 14).

2.6.2 Réglementation en vigueur

Comme indiqué au ch. 2.2, la FINMA est chargée de la surveillance au sens de la LFINMA et des lois sur les marchés financiers, à des fins de protection des créanciers, des investisseurs et des assurés (protection des individus) ainsi que de garantie du bon fonctionnement des marchés financiers (protection du fonctionnement des marchés). Cette seconde tâche contribue à la stabilité du système.

Outre la FINMA, la BNS en particulier assume des tâches liées aux marchés financiers. Il lui incombe ainsi, en vertu de l'art. 5, al. 2, let. e, de la loi du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale (LBN)⁷⁶, de contribuer à la stabilité du système financier. Elle le fait dans le cadre de sa politique monétaire. En outre, l'art. 19, al. 1, LBN portant sur la protection de la stabilité financière charge la BNS de surveiller les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. Les tâches de la BNS et celles de la FINMA sont complémentaires. Alors que la FINMA se concentre sur les établissements individuels (surveillance des établissements), la BNS privilégie la stabilité du système financier (surveillance systémique). Les tâches de la FINMA et de la BNS définies dans la loi amènent aussi ces deux institutions à s'intéresser à des domaines se recoupant, soit notamment la réglementation et l'analyse de la solidité des banques d'importance systémique, ainsi que la prévention et la gestion des crises. Le Département fédéral des finances (DFF) assume également certaines tâches dans le secteur fi-

⁷⁵ Cf. également les débats parlementaires ad art. 15 LFINMA, BO 2007 N 81 ss

⁷⁶ RS 951.11

nancier. Il élabore en particulier la politique en matière de marchés financiers ainsi que les actes législatifs concernant la réglementation de ces marchés.⁷⁷

La FINMA et la BNS ont précisé les modalités de leur collaboration dans un protocole d'accord (Memorandum of Understanding, MoU).⁷⁸ Ce document est complété par un autre MoU conclu entre la FINMA et la BNS⁷⁹, visant notamment à renforcer la collaboration en cas de crise menaçant la stabilité financière.

2.6.3 Appréciation

Dans leur rapport du 30 mai 2010 intitulé «Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données clients d'UBS aux Etats-Unis», les commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats avaient recommandé, au chapitre des leçons à tirer de la crise financière, d'envisager des changements législatifs permettant de fixer des objectifs précis à la FINMA et à la BNS dans le domaine de la surveillance du secteur financier, en leur confiant les compétences correspondantes.⁸⁰

Dans son avis du 13 octobre 2010⁸¹, le Conseil fédéral a estimé, d'entente avec la BNS et la FINMA, que les objectifs assignés à ces autorités étaient suffisamment clairs dans la loi et qu'elles disposaient de compétences et de ressources suffisantes pour atteindre ces objectifs. Le même constat avait déjà été fait dans le rapport sur la crise des marchés financiers.⁸² Le Conseil fédéral y préconisait toutefois de mieux analyser à l'avenir les interactions entre l'évaluation macroéconomique et le profil de risque des différents établissements.

Le DFF a institué par la suite un groupe de travail intitulé «Stabilité financière». En février 2012, ce groupe de travail est lui aussi parvenu à la conclusion, dans son rapport sur la surveillance macroprudentielle en Suisse, que les mandats en la matière du DFF, de la BNS et de la FINMA font l'objet d'une définition suffisamment précise dans la loi pour garantir une surveillance efficace en Suisse.⁸³ Le groupe de travail a toutefois recommandé de compléter les instruments macroprudentiels existants, en introduisant un volant anticyclique et en renforçant les exigences concernant la couverture en fonds propres des crédits hypothécaires. La majorité du groupe de travail a en outre recommandé d'accorder à la BNS un droit d'accès direct aux informations de nature non statistique concernant les acteurs du marché.⁸⁴

La recommandation du groupe de travail de créer un volant anticyclique ainsi que d'augmenter la couverture en fonds propres des crédits hypothécaires a abouti à l'ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres (OFR).⁸⁵ Son art. 44 précise les responsabilités respectives du DFF, de la BNS et de la FINMA quant à l'activation, l'adaptation ou la désactivation d'un tel volant de capital. A sa séance du 13 février 2013, le Conseil fédéral a décidé d'appuyer la demande de la BNS et d'activer en partie le volant anticyclique. C'est ainsi que depuis le 30 septembre 2013, les banques doivent détenir des fonds propres supplémentaires pour les hypothèques concernant l'immobilier résidentiel. Ce volant sectoriel a entre-temps été relevé, au printemps 2014.

⁷⁷ Art. 5, let. d^{bis} et art. 7, al. 2, de l'ordonnance du 17 février 2010 sur l'organisation du Département fédéral des finances (Org DFF; RS 172.215.1)

⁷⁸ <http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/mou-snb-finma-f.pdf>

⁷⁹ <http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/MoU-tripartit-2011-f.pdf>

⁸⁰ FF 2011 2903, recommandation 2

⁸¹ <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/20741.pdf>

⁸² Cf. rapport sur la crise des marchés financiers, p. 28

⁸³ Cf. p. 8 du rapport: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=43729>

⁸⁴ Cf. pp. 12 ss du rapport: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=43729>

⁸⁵ RS 952.03

Quant à l'accès direct de la BNS, préconisé par le groupe de travail, à d'autres informations de nature non statistique sur les acteurs du marché, il figure dans la nouvelle loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF).⁸⁶ Le projet de loi est actuellement en délibération au Parlement.

Enfin, le FMI considère lui aussi qu'un cadre de coopération abouti est en place en Suisse entre la FINMA, la BNS et le DFF.⁸⁷

En conclusion, le Conseil fédéral estime que les mandats du DFF, de la BNS et de la FINMA sont clairement définis et délimités dans la loi, et que les autorités concernées disposent de compétences suffisantes pour remplir leur mandat.

3 Activité de réglementation de la FINMA

3.1 Problématique

Le Conseil fédéral est chargé, pour répondre aux postulats Graber, de Courten et Schneeberger, d'examiner divers aspects de l'activité de réglementation de la FINMA. Selon le postulat Graber, il s'agit en particulier de préciser quel rôle la FINMA joue dans le processus législatif, si ses processus internes destinés à l'adoption des divers instruments de réglementation sont clairement fixés (question 3), et si l'usage fait de ces instruments est transparent et compréhensible (question 5). Il importe notamment encore de vérifier si le concept de réglementation et de surveillance de la FINMA est adapté aux acteurs du marché et approprié au renforcement de la compétitivité de la place financière suisse (question 7), et s'il prend en considération comme il se doit les avis communiqués par les consultés (question 8). Dans sa réponse au postulat de Courten, le Conseil fédéral devra vérifier si et de quelle manière la FINMA a respecté ses compétences en matière réglementaire ces dernières années. Le postulat Schneeberger charge en substance le Conseil fédéral d'analyser la densité normative ainsi que la fréquence des modifications réglementaires effectuées par la FINMA. Il s'agit surtout de montrer la proportionnalité de cette activité.

3.2 Réglementation en vigueur

3.2.1 Compétences de la FINMA en matière de réglementation⁸⁸

Le terme «réglementation» (en allemand «Regulierung») a beau s'utiliser couramment en science du droit et en sciences économiques, le législateur ne l'a pas décrit de manière précise.⁸⁹ Sur le plan juridique, on l'assimile à l'«activité législative», soit à la législation matérielle, par laquelle des normes générales et abstraites sont édictées.⁹⁰ Le terme de réglementation tel qu'il est employé dans le présent rapport est toutefois un terme générique qui désigne une activité législative englobant non seulement les ordonnances, mais aussi les circulaires.

Tant le Parlement que le Conseil fédéral et la FINMA disposent de compétences pour la réglementation des marchés financiers. Le Parlement édicte toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit des marchés financiers sous forme de loi fédérale (cf. art. 98 en relation avec l'art. 164, al. 1, Cst.⁹¹). Quant au Conseil fédéral, il peut édicter des règles de droit sous la forme d'une ordonnance (ordonnance de substitution), dans la me-

⁸⁶ Cf. message du Conseil fédéral du 3 septembre 2014, FF **2014** 7235, p. 7344 ss

⁸⁷ ROSC, p. 13; DAR BCPs, p. 8

⁸⁸ Cf. la question 5 du postulat Graber

⁸⁹ Winzeler, N 1 ad art. 7 LFINMA

⁹⁰ Expertise Kilgus, p. 21, ch. marg. 33

⁹¹ RS **101**

sure où la Constitution ou la loi l'y autorisent (art. 182, al. 1, Cst.). Il peut par ailleurs édicter directement, sans avoir besoin d'autorisation spécifique, les ordonnances d'exécution des lois sur les marchés financiers (ordonnance d'exécution; art. 182, al. 2, Cst.).⁹²

La loi limite les compétences de la FINMA en matière de réglementation à l'adoption d'ordonnances et de circulaires. La FINMA ne peut adopter une ordonnance qu'en se fondant sur une base légale expresse (art. 7, al. 1, let. a, LFINMA). Les circulaires permettent à la FINMA d'exposer la manière dont elle fait usage de son pouvoir d'appréciation dans l'interprétation de la législation relative aux marchés financiers. Elle n'a par conséquent besoin d'aucune base légale supplémentaire (art. 7, al. 1, let. b, LFINMA). Une réglementation qui fixe des droits et des devoirs juridiquement contraignants doit être promulguée sous la forme d'une ordonnance.

La FINMA n'a donc aucune compétence spécifique en matière de réglementation.⁹³ Elle peut toutefois donner l'impulsion à de tels projets; elle sera ensuite associée à leur élaboration et pourra se prononcer lors de la consultation des offices et à nouveau lors de la consultation publique. Et comme elle assume les tâches internationales liées à son activité de surveillance (cf. art. 6, al. 2, LFINMA), elle fait également bénéficier de ses compétences techniques les instances internationales de réglementation.⁹⁴

3.2.2 Principes de réglementation

En tant qu'autorité étatique, la FINMA est liée par la Constitution dans son activité de réglementation. Elle doit notamment respecter les principes de l'activité de l'Etat régi par le droit (art. 5 Cst.), le principe de subsidiarité (art. 5a Cst.) et les droits fondamentaux (art. 7 ss Cst.). En outre, l'art. 7 LFINMA délimite le cadre matériel de l'activité de réglementation de la FINMA. Ainsi, elle ne peut réglementer que dans la mesure où les buts visés par la surveillance le requièrent (principe de proportionnalité). Elle doit notamment tenir compte des effets de la réglementation sur la concurrence, sur la capacité d'innovation et sur la compétitivité internationale de la place financière suisse (art. 7, al. 2, let. b). Elle doit en outre tenir compte des différentes activités des assujettis et des risques qu'ils encourent (art. 7, al. 2, let. c). La loi oblige par ailleurs la FINMA à veiller à la transparence du processus de réglementation et à la participation appropriée des milieux concernés (art. 7, al. 4).

Pour mettre en œuvre ces principes de réglementation, la FINMA a édicté en avril 2010, d'entente avec le DFF, des lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers, qui ont été révisées en juillet 2013 (cf. aussi art. 7, al. 5, LFINMA).⁹⁵ Elle y indique les modalités de la mise en œuvre des exigences légales. L'accent est mis sur des processus rigoureux et compréhensibles, sur la transparence et une prise en compte adéquate des acteurs concernés.⁹⁶

⁹² Voir sur la distinction entre les ordonnances de substitution et les ordonnances d'exécution: Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^e éd., Zurich 2006, p. 27, ch. marg. 136 ss; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Regina Kiener, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berne 2000, p. 65 s.

⁹³ Winzeler, N 3 ad art. 7 LFINMA

⁹⁴ Cf. aussi l'expertise Kilgus, p. 96, ch. marg. 257 s.

⁹⁵ www.finma.ch > Réglementation > Processus de réglementation > Lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers

⁹⁶ Cf. ch. 7, 9, 12 et 14 des lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers

3.2.3 Directives internes de la FINMA

Par souci d'uniformité et de cohérence dans son action, la FINMA a publié un manuel sur la réglementation des marchés financiers. Le manuel de la FINMA donne notamment un aperçu des supports de réglementation et outils de communication, décrit chaque étape du processus général de réglementation et montre à quoi il faut veiller lors de la rédaction de textes législatifs. Outre ce manuel, la FINMA a conçu une documentation qui présente, sous la forme de diagrammes de processus, les divers supports de réglementation et outils de communication. La FINMA dispose encore d'une équipe assumant une fonction transversale qui, dans toutes les divisions, garantit la qualité juridique de chaque projet de réglementation. Les processus nécessaires à garantir la qualité ont également été mis en place. D'où un moindre risque de réglementations dépourvues de base légale.

Les documents susmentionnés servent en premier lieu d'aide de travail aux collaborateurs de la FINMA impliqués dans le processus de réglementation. Ils ne sont par conséquent pas publics. Les deux sous-chapitres qui suivent en exposent toutefois le contenu.⁹⁷

3.2.4 Supports de réglementation

3.2.4.1 Ordonnances

La FINMA ne peut édicter ses propres ordonnances que lorsque la législation sur les marchés financiers le prévoit (art. 7, al. 1, let. a, LFINMA). La promulgation d'ordonnances de substitution nécessite une délégation de compétences inscrite dans une loi fédérale (cf. par analogie l'art. 48, al. 2, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]⁹⁸). Une ordonnance d'exécution⁹⁹ peut par contre se fonder sur une autorisation figurant dans une ordonnance du Conseil fédéral, mais restera cantonnée aux questions de portée restreinte (cf. art. 55, al. 2, LFINMA). Cette limitation assure le respect de la hiérarchie des normes d'exécution, et garantit que les dispositions édictées par la FINMA s'inscrivent dans la droite ligne de celles du Conseil fédéral.¹⁰⁰

Les ordonnances de la FINMA ont la même valeur impérative que celles du Conseil fédéral. Par conséquent, elles imposent des obligations directes, contraignantes et générales aux assujettis à la surveillance, leur confèrent des droits ou précisent leurs compétences. Elles sont toutefois de nature plus technique que celles du Conseil fédéral.¹⁰¹ A l'instar de ces dernières, elles ne sont soumises à aucun contrôle abstrait des normes, mais peuvent faire l'objet d'un contrôle de la légalité dans un cas concret.¹⁰²

Selon les directives internes de la FINMA, l'élaboration d'une ordonnance exige un mandat formel du conseil d'administration. Le projet d'ordonnance ainsi que le rapport explicatif sont ensuite rédigés dans le cadre d'une organisation de projet, sur la base d'une esquisse d'acte normatif. Une fois que la direction et le conseil d'administration ont donné leur accord, une audition est organisée. Puis le projet d'ordonnance est remanié, sur la base des avis des participants à l'audition, et un rapport sur les résultats de l'audition est publié. Le conseil d'administration peut alors adopter la version finale des documents.

⁹⁷ Cf. aussi l'expertise Kilgus, p. 97, ch. marg. 261 et p. 104, ch. marg. 294

⁹⁸ RS 172.010

⁹⁹ Voir sur la distinction entre les ordonnances de substitution et les ordonnances d'exécution: Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5^e éd., p. 27, ch. marg. 136 ss; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Regina Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berne 2000, p. 65 s.

¹⁰⁰ Message LFINMA, FF 2006 2741, p. 2804

¹⁰¹ Winzeler, N 8 ad art. 7 LFINMA

¹⁰² Tschannen/Zimmerli/Kiener, p. 99

Les ordonnances de la FINMA paraissent dans les trois langues officielles dans le Recueil officiel du droit fédéral et dans le Recueil systématique du droit fédéral, en vertu de l'art. 2, let. e, de l'art. 11, al. 1, et de l'art. 14, al. 1, de la loi du 18 juin 2004 sur les publications officielles (LPubl)¹⁰³. La FINMA les publie en outre sur son site Internet, en y joignant un rapport d'audition et les prises de position reçues.¹⁰⁴

3.2.4.2 Circulaires

En vertu de l'art. 7, al. 1, let. b, LFINMA, la FINMA peut adopter des circulaires sans autre base légale. Elle y indique comment elle applique les lois sur les marchés financiers, autrement dit comment elle exploite sa marge de manœuvre pour interpréter la législation sur les marchés financiers. La codification de la pratique en matière de surveillance vise à garantir une pratique uniforme et transparente pour tous les acteurs concernés.¹⁰⁵

Selon la doctrine dominante et la jurisprudence, les circulaires ne sont pas des ordonnances législatives mais des ordonnances administratives.¹⁰⁶ Elles n'ont donc pas le caractère contraignant d'une loi ou d'une ordonnance, qui imposent des droits et des devoirs aux assujettis. Elles ne peuvent pas être contestées directement; seules peuvent l'être les décisions rendues par la FINMA dans un cas d'espèce, en invoquant une violation de la norme sous-jacente figurant dans les lois ou ordonnances.¹⁰⁷ D'où une certaine contradiction avec la nature réglementaire des circulaires indiquée à l'art. 7 LFINMA. Elle n'est toutefois pas fondamentale, chaque circulaire offrant la possibilité de rendre une décision, dont l'application devient contraignante.¹⁰⁸ Comparées aux actes législatifs, les circulaires déploient donc des effets contraignants atténués. C'est pourquoi elles sont considérées comme des actes relevant de la *soft law*.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les circulaires de la FINMA n'ont pas d'effet contraignant pour les tribunaux non plus.¹⁰⁹ Les juges en tiendront toutefois compte dans leur prise de décision, si elles leur offrent une interprétation adéquate et adaptée au cas particulier des dispositions légales applicables.¹¹⁰ Les circulaires lient en outre la FINMA dans sa propre activité de surveillance. Les assujettis peuvent par conséquent en toute bonne foi s'appuyer sur les circulaires et les invoquer.¹¹¹ Elles peuvent certes être modifiées, mais seulement si des raisons objectives justifient une nouvelle pratique. Un tel changement de pratique devra tenir compte des principes de droit administratif définis pour une telle situation.¹¹²

Le processus interne à la FINMA régissant la mise au point d'une circulaire est pour l'essentiel identique à celui régissant les ordonnances de la FINMA. En particulier, toute nouvelle circulaire et chaque projet de modification donnent lieu à une audition (cf. ch. 3.2.4.1). Après leur adoption, la FINMA publie les circulaires sur son site dans les trois langues officielles.

¹⁰³ RS 170.512

¹⁰⁴ Cf. aussi ch. 12 et 14 des lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers

¹⁰⁵ Winzeler, N 19 ad art. 7 LFINMA; message LFINMA, FF 2006 2741, p. 2773

¹⁰⁶ Cf. à propos de la différence entre les ordonnances administratives et les ordonnances législatives: Häfelin/Müller/Uhlmann, p. 23, ch. marg. 119 ss; Tschannen/Zimmerli/Kiener, p. 63 s.

¹⁰⁷ Voir l'expertise Kilgus, p. 34, ch. marg. 83 et 84, avec renvois; Martin Karl Weber, Informationsmissbrauch im Finanzmarktrecht, Schweizer Schriften für Finanzmarktrecht, vol./n° 111 2013, p. 27

¹⁰⁸ Winzeler, N. 19 ad art. 7; ch. 2 des lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers

¹⁰⁹ Voir par ex. ATF 137 II 284

¹¹⁰ ATF 119 V 259 consid. 3a avec renvois et ATF 122 V 19, p. 25

¹¹¹ Cf. aussi Martin Karl Weber, p. 28

¹¹² Cf. Häfelin/Müller/Uhlmann, p. 108, ch. marg. 509 ss et p. 134, ch. marg. 638 s.

3.3 Appréciation

3.3.1 Compétences en matière de réglementation¹¹³

La compétence accordée à la FINMA d'édicter des ordonnances fait sens, en garantissant que les prescriptions techniques émanent d'une autorité ayant le savoir-faire nécessaire. En outre, dans le contexte dynamique des marchés financiers, les ordonnances de la FINMA permettent de réagir rapidement et de trouver une solution contraignante aux changements permanents des conditions-cadres.¹¹⁴

La codification d'une pratique de surveillance dans une circulaire constitue un moyen très répandu en Suisse de garantir une pratique uniforme et transparente pour tous les acteurs concernés. Les circulaires autocontraignantes permettent aux autorités d'établir une pratique équitable et prévisible, et donc fiable. Outre leur effet préventif contribuant à la protection juridique des intéressés, elles se traduisent par de moindres coûts et par une surveillance plus efficace.¹¹⁵ Le droit des marchés financiers est basé sur des principes, car il faut pouvoir l'adapter rapidement et avec souplesse à l'évolution constante des conditions-cadres. Il renferme ainsi beaucoup de termes juridiques imprécis, rendant d'autant plus important l'usage de circulaires qui les interprètent de manière uniforme et transparente.

Comme les circulaires ne produisent pas d'effet législatif, mais offrent la possibilité de rendre une décision, dont l'application devient contraignante (cf. ch. 3.2.4.2), les principes de réglementation énoncés à l'art. 7 LFINMA s'appliquent également aux circulaires, et le processus de réglementation interne à la FINMA servant à édicter une circulaire correspond à celui prévu pour les ordonnances de la FINMA. En particulier, une audition est menée pour chaque nouvelle circulaire ou pour tout projet de modification de circulaire, ce qui équivaut déjà à un certain contrôle préventif. Les résultats sont publiés avec le rapport d'audition, et les circulaires sont accessibles dans les trois langues officielles. Les circulaires de la FINMA jouissent ainsi d'une plus grande légitimité que beaucoup d'ordonnances administratives comparables émanant d'autres autorités.¹¹⁶

D'un point de vue matériel, la FINMA est liée dans son activité de réglementation par les exigences constitutionnelles. En outre, le législateur a prévu des garde-fous à son activité de réglementation, avec les principes de réglementation ancrés à l'art. 7 LFINMA. Si un assujéti estime qu'une ordonnance ou une circulaire de la FINMA ne respectent pas le cadre légal, il peut porter la décision rendue sur cette base, en première instance devant le Tribunal administratif fédéral, et en deuxième instance devant le Tribunal fédéral. Les voies de recours sont ainsi garanties.

En fin de compte, le Conseil fédéral estime que les compétences de la FINMA en matière de réglementation sont adéquates. Une analyse de droit comparé avec la situation au Royaume-Uni et à Singapour aboutit à la même conclusion. Il en ressort que les compétences de la FINMA en matière de réglementation sont comparables à celles des autorités de surveillance des juridictions susmentionnées.¹¹⁷ Il reste enfin à rappeler que la FINMA peut et doit tirer parti des connaissances acquises dans son activité de surveillance pour lancer de bonne heure un projet de réglementation.¹¹⁸

¹¹³ Cf. question 3 du postulat Graber

¹¹⁴ Cf. aussi l'expertise Kilgus, p. 25, ch. marg. 62

¹¹⁵ Expertise Kilgus, p. 44 s., ch. marg. 113 ss et p. 38, ch. marg. 94 s.

¹¹⁶ Expertise Kilgus, p. 37, ch. marg. 92 et p. 40 s., ch. marg. 100 ss

¹¹⁷ Voir l'étude approfondie de droit comparé de l'expertise Kilgus, p. 66 ss

¹¹⁸ Cf. aussi l'expertise Kilgus, p. 96, ch. marg. 256 ss

3.3.2 Directives internes de la FINMA¹¹⁹

La FINMA a défini ses deux supports de réglementation, leur finalité et les étapes internes à respecter dans son manuel sur la réglementation des marchés financiers, lui-même complété par des diagrammes de processus (cf. ch. 4.2.2). Ces documents sont précis, clairs et propres à garantir une activité de surveillance uniforme et cohérente de la part de la FINMA. Le Conseil fédéral ne voit par conséquent aucune nécessité d'agir dans ce domaine (cf. aussi ch. 3.3.4).¹²⁰

3.3.3 Respect des principes de réglementation¹²¹

3.3.3.1 Généralités

La FINMA est liée dans son activité de réglementation par les exigences constitutionnelles ainsi que par les principes de réglementation énumérés à l'art. 7 LFINMA. D'entente avec le DFF, la FINMA a édicté des lignes directrices qui concrétisent les principes de réglementation (cf. ch. 3.2.2). Or des voix se sont récemment élevées, dans le secteur comme dans la politique, pour affirmer que la FINMA ne respecterait pas ces principes. Il lui est notamment reproché un «zèle réglementaire» non adapté aux acteurs du marché et nuisible en définitive à la compétitivité de la place économique suisse.¹²² De même, les souhaits exprimés par les consultés ne seraient pas pris en considération comme il se doit.¹²³

3.3.3.2 Principe de proportionnalité

Le reproche de «zèle réglementaire» adressé à la FINMA revient à dire qu'elle s'écarterait du principe de proportionnalité. Or une telle affirmation est infondée à propos des ordonnances de la FINMA. Il en existe huit seulement, et la fréquence des nouveaux actes législatifs ou de leurs modifications ne saurait être qualifiée d'excessive. Quant aux circulaires, la FINMA n'a fait que reprendre à son entrée en activité, puis remanier formellement, celles des autorités l'ayant précédée. Il n'en est résulté aucune adaptation matérielle pour les assujettis. Il est vrai qu'en 2012 et en 2013, les circulaires ont été particulièrement nombreuses à être édictées, adaptées matériellement ou abrogées.

Il convient de signaler d'emblée que la FINMA n'a pas de propre compétence en matière de réglementation (cf. ch. 3.2.1). La recrudescence constatée de son activité de réglementation en 2012 et 2013 ne lui est donc pas imputable, mais tient surtout à ce que plusieurs modifications de lois ou d'ordonnances sont entrées en vigueur, nécessitant l'adaptation des circulaires correspondantes. On citera en particulier la modification de la loi sur les placements collectifs (LPCC), celle de la loi sur les bourses (LBVM; abus de marché et délits boursiers), ainsi que les modifications de l'ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres (OFR)¹²⁴, de l'ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (OLiq)¹²⁵ et du CO (règles comptables à appliquer). Or ces modifications de lois et d'ordonnances découlent essentiellement des expériences faites pendant la crise financière et sont la réponse internationale, européenne notamment, à cette crise.

¹¹⁹ Cf. postulat Graber, question 3

¹²⁰ Cf. aussi l'expertise Kilgus, p. 96, ch. marg. 225

¹²¹ Cf. postulat Graber, questions 7, 8, 10 à 12 et 15, postulat de Courten et postulat Schneeberger

¹²² Cf. notamment les postulats de Courten et Schneeberger

¹²³ Cf. postulat Graber, question 8

¹²⁴ RS 952.03

¹²⁵ RS 952.06

Par ailleurs, les activités d'audit ont également été réformées suite à la crise financière, nécessitant plusieurs adaptations de circulaires. Les modifications effectuées dans ce domaine avaient été recommandées par plusieurs experts et ont obtenu l'aval tant du Parlement que du Conseil fédéral (cf. ch. 2.3.2 et 2.3.3.2). Enfin, il faut relativiser la hausse de la densité normative constatée en 2012 et 2013 dans le domaine des circulaires, sachant que lesdites circulaires ne s'appliquent pas à tous les assujettis, mais ne concernent à chaque fois qu'un cercle limité de destinataires.

En conséquence, le Conseil fédéral juge infondé le reproche fait à la FINMA de réglementation surabondante et donc disproportionnée.¹²⁶

3.3.3.3 Réglementation différenciée

En outre, il est reproché à la FINMA d'avoir une réglementation peu «adaptée aux acteurs du marché», donc trop peu différenciée, notamment en ce qui concerne les prescriptions sur les fonds propres et les liquidités des banques.¹²⁷ Cette critique semble surtout due à la catégorisation des établissements dans la Circ.-FINMA 11/2 «Volant de fonds propres et planification des fonds propres – banques», qui n'est pas harmonisée avec les exigences applicables aux banques d'importance systémique. Le Conseil fédéral a pris bonne note de cette critique, également formulée dans la motion 12.3656 CER-N «Fixer les exigences en matière de fonds propres applicables aux banques qui ne sont pas d'importance systémique dans une ordonnance distincte ou les intégrer rapidement dans l'ordonnance sur les fonds propres». Une adaptation dans ce sens de l'OFR est en chantier.

Par ailleurs, la FINMA tient suffisamment compte aux yeux du Conseil fédéral, dans sa réglementation, des différentes activités des assujettis et des risques qu'ils encourent (art. 7, al. 2, let. c, LFINMA).¹²⁸ On le voit notamment au fait que les diverses circulaires, comme indiqué plus haut, ne s'appliquent pas à tous les assujettis mais à un groupe spécifique de destinataires. Or là encore, il convient d'ajouter que ce sont les lois fédérales et les ordonnances du Conseil fédéral qui fixent le cadre de l'activité de réglementation de la FINMA. Dans le cas des banques, il s'agit principalement de la LB, de l'OFR et de l'OLiQ. La FINMA n'a pas la compétence d'outrepasser cette réglementation.

La circulaire 15/2 «Risque de liquidités – banques» est un bon exemple du souci de la FINMA d'adapter sa réglementation à ses destinataires. Le principe de proportionnalité s'y applique tant aux exigences qualitatives en matière de gestion du risque de liquidités qu'aux exigences quantitatives (ratio de liquidité à court terme, *Liquidity Coverage Ratio*, LCR). Ce principe poursuit plusieurs objectifs – réduction de la complexité au profit des petites et moyennes banques, proportionnalité des exigences afférentes à la gestion du risque de liquidités, mise en œuvre en fonction de la nature, de l'étendue, de la complexité et du degré de risque des activités bancaires. Toujours selon cette circulaire, les petites banques (catégorie de surveillance 5 et dans une large mesure catégorie 4) n'ont pas à respecter diverses exigences qualitatives. Il convient de souligner encore que les circulaires 11/2 «Volant de fonds propres et planification des fonds propres – banques», 15/2 «Risque de liquidité – banques», 08/21 «Risques opérationnels – banques», 08/23 «Répartition des risques – banques», 10/1 «Systèmes de rémunération», 08/24 «Surveillance et contrôle interne – banques» renferment de nombreuses exceptions ou différenciations fondées sur la taille des établissements surveillés et en règle générale sur les catégories de surveillance. D'où un allègement de la charge tant organisationnelle que financière des établissements. De même, les circulaires 08/20 «Risques de marché – banques» et 08/19 «Risques de crédit – banques» procèdent à une différenciation basée sur l'activité commerciale des banques,

¹²⁶ Cf. aussi l'expertise Kilgus, p. 58, ch. marg. 159

¹²⁷ Cf. notamment le développement du postulat de Courten

¹²⁸ Expertise Kilgus, p. 98, ch. marg. 264

soumises le cas échéant à des exigences différentes en matière de risques de marché et de risques de crédit.

Pour ce qui est de la prise en compte différenciée, dans la surveillance, des risques encourus par les assujettis, on se reportera aux explications relatives au concept de surveillance basé sur les risques de la FINMA, figurant au ch. 2.3.3.5.

3.3.3.4 Effets sur la compétitivité

La FINMA doit prendre en compte, en vertu de l'art. 7, al. 2, let. b, LFINMA, les effets de la réglementation sur la concurrence, sur la capacité d'innovation et sur la compétitivité internationale de la place financière suisse. La FINMA n'a pas pour autant une mission de promotion directe de l'économie.¹²⁹ Il lui faut plutôt veiller à ce que sa réglementation n'entrave pas la concurrence tant indigène (entre intermédiaires financiers) qu'internationale (avec les autres places financières).¹³⁰ Elle ne peut toutefois le faire que dans le cadre prévu par les lois fédérales et les ordonnances du Conseil fédéral. Là encore, il revient en premier lieu au Parlement et au Conseil fédéral de mesurer l'impact de la réglementation sur la concurrence et sur la capacité d'innovation de la place financière, et la FINMA se doit de respecter la volonté du législateur.

L'analyse faite de l'activité de réglementation de la FINMA n'a trouvé aucun indice montrant que la FINMA négligerait les effets de sa réglementation sur la concurrence, sur la capacité d'innovation et sur la compétitivité internationale de la place financière suisse.¹³¹ Pour ce qui est de sa contribution au renforcement de la compétitivité de la place financière suisse dans son activité de surveillance, on se référera aux explications données au ch. 2.2.

Pour compléter, on peut constater de façon générale qu'un *Swiss finish* – soit des règles allant au-delà des standards internationaux – voulu par le législateur ne nuit pas nécessairement à la compétitivité internationale de la place financière suisse. Au contraire, il peut même contribuer le cas échéant au bon fonctionnement de la place financière, ce qui serait bénéfique à son image et donc renforcerait sa compétitivité.¹³²

3.3.3.5 Processus de réglementation transparent et participation adéquate des acteurs concernés

Ces dernières années, un processus de réglementation prévoyant d'emblée la participation des milieux concernés aux projets s'est imposé dans le secteur bancaire, entre les services compétents du DFF et la FINMA. On peut citer ici à titre d'exemple la mise en œuvre des prescriptions de Bâle III relatives aux fonds propres, celle des prescriptions comptables (adaptation à la révision du CO) ou encore les prescriptions sur les liquidités (là aussi, en adaptation à Bâle III). A chaque fois, les projets d'ordonnances du Conseil fédéral et les circulaires correspondantes de la FINMA ont été rédigées avec la participation des banques concernées (essentiellement au sein de groupes de travail nationaux).

Par ailleurs, la FINMA procède pour toute nouvelle ordonnance, pour chaque circulaire et pour tout projet de modification de tels actes juridiques, à une audition publique où tous les intéressés ont (une fois encore) l'occasion de se prononcer. Elle publie les avis reçus en même temps que son rapport sur les résultats de l'audition. Ce dernier rend notamment

¹²⁹ Expertise Kilgus, p. 101, ch. marg. 283

¹³⁰ Winzeler, N. 75 ad art. 7 LFINMA

¹³¹ Expertise Kilgus, p. 101, ch. marg. 182

¹³² Expertise Kilgus, p. 101, ch. marg. 283

compte de la réaction de la FINMA aux questions pertinentes abordées dans les prises de position.¹³³

Le processus de réglementation de la FINMA est donc réglé de manière transparente aux yeux du Conseil fédéral; les intéressés peuvent participer aux auditions, sinon déjà à l'élaboration des réglementations. La prise en considération matérielle des revendications formulées lors de l'audition dépend naturellement de leur contenu et de leur qualité, ainsi que de la marge de manœuvre dont dispose la FINMA – règle qui vaut pour tout projet de l'administration fédérale mis en consultation.¹³⁴

Le groupe d'experts «Développement de la stratégie en matière de marchés financiers», dans lequel le secteur est représenté, constate dans son rapport final que les connaissances pratiques de la branche sont très précieuses notamment pour identifier très tôt l'évolution de la réglementation; elles permettent de planifier les travaux nécessaires et assurent ainsi une bonne position à la Suisse au niveau international. La prise en compte du marché, des milieux académiques et le cas échéant des acteurs politiques renforce la crédibilité des autorités dans les organismes internationaux et lors de l'élaboration de normes internationales. Le groupe recommande donc de façon générale, à propos de la réglementation des marchés financiers, d'encourager le dialogue institutionnalisé entre les autorités, les participants au marché et le monde académique. Le Conseil fédéral invite à son tour la FINMA à appliquer cette recommandation dans son activité de réglementation. Il approuve en ce sens l'intention signalée par la FINMA de créer, en collaboration avec l'économie privée, des groupes d'experts thématiques formés de décideurs du secteur privé ainsi que des autorités de surveillance, dans le but de mieux faire connaître son activité de réglementation et sa pratique de surveillance.

3.3.4 Usage des supports de réglementation¹³⁵

Le secteur déplore parfois que les ordonnances et circulaires de la FINMA soient dépourvues de la base légale ou réglementaire requise. Un tel risque existe surtout pour les circulaires qui, à la différence des ordonnances, n'ont besoin d'aucune norme de délégation explicite figurant dans le droit de rang supérieur, puisqu'elles interprètent des termes juridiques imprécis du droit des marchés financiers. Si les acteurs concernés jugent qu'une disposition d'ordonnance ou une circulaire n'est pas couverte par le droit supérieur, ils peuvent se défendre devant les tribunaux (cf. ch. 3.2.4). Le Conseil fédéral n'est pas habilité à se prononcer ici, au risque d'empiéter sur l'indépendance de la FINMA (cf. ch. 4.1).

Dans le passé, le Tribunal fédéral a constaté dans son arrêt 2C_98/2013 du 29 juillet 2013, rendu sur recours, que l'art. 9, al. 2 de l'ordonnance de la FINMA du 28 octobre 2008 sur les bourses (OBVM-FINMA)¹³⁶ n'était pas couvert par l'art. 20 LBVM. De même, le Tribunal fédéral a conclu dans l'ATF 137 II 284 que certaines dispositions de la Circ.-FINMA 08/8 «Appel au public – placements collectifs» n'étaient pas couvertes à l'époque par l'art. 3 LPCC. Par la suite, les dispositions concernées de la FINMA ont été inscrites au niveau légal (révision de la LPCC) ou vont l'être (P-LIMF¹³⁷). Ces exemples montrent que la FINMA a ponctuellement interprété de manière trop extensive une norme de délégation ou un terme juridique imprécis. Même si par la suite ses réglementations ont été ancrées dans la loi ou le seront encore, la FINMA doit s'en tenir aux lois et ordonnances de rang supérieur, pour des raisons liées à l'Etat de droit. A supposer qu'une décision du Parlement ou du Conseil fédéral ne soit plus adéquate pour diverses raisons ou qu'elle comporte une lacune, il faut y re-

¹³³ Cf. ch. 14 des lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers

¹³⁴ Expertise Kilgus, p. 99, ch. marg. 269 et p. 103, ch. marg. 290

¹³⁵ Postulat Graber, question 4 et postulat Schneeberger

¹³⁶ RS **954.193**

¹³⁷ Cf. message du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, FF **2014** 7235, p. 7334

médier en révisant les lois ou ordonnances du Conseil fédéral applicables. Le Conseil fédéral recommande par conséquent à la FINMA de s'assurer, en prenant des mesures adéquates, que ses ordonnances et circulaires se fondent sur une base légale suffisante ancrée dans le droit fédéral.

4 Activité de surveillance de la FINMA

4.1 Problématique

Les postulats Graber et de Buman chargent le Conseil fédéral d'examiner les différents aspects des activités de surveillance et de communication de la FINMA.

D'après le postulat Graber, il faut notamment examiner si les processus internes de la FINMA sont clairement définis pour l'utilisation des différents outils de communication (question 3) et si celle-ci est transparente et compréhensible (question 5). Par ailleurs, il convient de vérifier si la pratique publiée et non publiée de la FINMA en matière de surveillance est conforme aux exigences d'une base légale irréprochable (question 4) et si les délais prévus pour l'octroi d'autorisations ne pénalisent pas notre place financière face aux marchés étrangers (question 9). De plus, le postulat de Buman charge le Conseil fédéral d'établir un rapport sur le respect des procédures d'élaboration des communications de la FINMA, sur leur légalité et sur leur force contraignante.

4.2 Réglementation en vigueur

4.2.1 Activité de surveillance en tant qu'application du droit

L'activité de surveillance et, partant, l'application matérielle des différentes lois sur les marchés financiers constituent la principale tâche de la FINMA (cf. ch. 2.2). Par surveillance, on entend non seulement un contrôle régulier et continu (*surveillance*) – qui englobe l'octroi d'autorisations – mais également une activité administrative ponctuelle et contraignante (*enforcement*), qui vise, en premier lieu, à identifier toute infraction aux lois sur les marchés financiers, à les corriger, à les sanctionner le cas échéant et à rejeter des demandes d'autorisation.¹³⁸

La FINMA exerce son activité de manière autonome et indépendante (art. 21 LFINMA). Ni le Conseil fédéral, ni les Chambres fédérales n'ont le pouvoir de lui donner des instructions.¹³⁹ Si l'on ne garantissait pas ainsi cette indépendance, la FINMA ne pourrait exercer son activité de surveillance sans subir l'influence de tiers.¹⁴⁰

Les mesures de la FINMA prennent généralement la forme d'une décision au sens de l'art. 5 PA. Celle-ci peut faire l'objet d'un recours des assujettis devant le Tribunal administratif fédéral et, en deuxième instance, le Tribunal fédéral (art. 54 LFINMA). Le Tribunal administratif fédéral jouit d'un plein pouvoir d'examen sur les décisions de la FINMA. En clair, il peut vérifier si les faits violent le droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, et s'il y a inopportunité (art. 49 PA).¹⁴¹ On garantit ainsi un contrôle judiciaire approfondi.

¹³⁸ Expertise Kilgus, p. 33, ch. marg. 78; Urs Zulauf/David Wyss/Kathrin Tanner/Michel Kähr/Claudia M. Fritsche/Patric Eymann/Fritz Ammann, «Finanzmarktenforcement», 2^e édition, Berne, 2014, p. 4

¹³⁹ Message LFINMA, FF 2006 2741, p. 2785 s.

¹⁴⁰ Poledna/de Canto, N 5 ad art. 21 LFINMA

¹⁴¹ Expertise Kilgus, p. 11, ch. marg. 25

Par ailleurs, la FINMA conclut des contrats de droit administratif et prend des décisions relatives à des actes matériels, en vertu desquelles toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente s'abstienne d'actes illicites ou élimine les conséquences de ces derniers (art. 25a PA).¹⁴²

4.2.2 La communication comme élément de l'activité de surveillance

Dans le cadre de son activité de surveillance, la FINMA utilise plusieurs instruments pour informer les assujettis, le public ou les milieux politiques sur certains aspects du droit de la surveillance. Conformément à son manuel, elle les classe en deux catégories: outils de communication destinés aux assujettis et outils de communication destinés au public et aux milieux politiques.

La première catégorie comprend les communications, les foires aux questions (*frequently asked questions*, FAQ), les guides pratiques et les formulaires. D'après le manuel FINMA, ces documents ont un caractère purement informatif et ne doivent pas imposer une obligation aux assujettis au sens d'une ordonnance, ni concrétiser une pratique au sens d'une circulaire. Dans la mesure où ils ne revêtent aucune importance stratégique, ils sont édictés par la direction ou par l'un de ses membres compétents.

Selon le manuel FINMA, la seconde catégorie englobe les documents de discussion et de position, les fiches d'information, les rapports, les rapports annuels et les bulletins. Ce manuel ne précise pas leur but, contrairement aux outils de communication destinés aux assujettis. Leurs processus internes d'élaboration et d'approbation ne sont pas non plus indiqués, sauf pour les documents de discussion et de position. D'après la version actuelle du manuel, ces outils permettent en premier lieu à la FINMA d'exécuter son mandat légal, en vertu duquel elle informe le public au moins une fois par an sur son activité et sa pratique en matière de surveillance (cf. art. 22, al. 1, LFINMA).¹⁴³ Le rapport annuel, notamment, sert à informer les instances politiques afin qu'elles puissent exercer leurs droits de pilotage et d'influence envers la FINMA (cf. ch. 2.1.2).

Les outils de communication ne doivent avoir aucun effet juridique, mais uniquement un caractère informatif. Ils peuvent dès lors être considérés comme des mesures administratives informelles et comme des actes matériels (cf. notamment ch. 4.2.3.1 à ce sujet).

La FINMA a publié, fin octobre 2014, des lignes directrices applicables à la communication.¹⁴⁴ Celles-ci exposent les principes de sa communication sur des thèmes généraux de surveillance et de réglementation ainsi que les principes de la communication relative à des entreprises ou des personnes et donnent un aperçu des différents supports correspondants. La communication sur des thèmes généraux de surveillance et de réglementation comprend plusieurs catégories: communication publique, communication en matière de réglementation et communication en matière de surveillance. Les supports de communication respectifs correspondent à ceux qui étaient utilisés jusqu'à présent et qui sont décrits dans le manuel interne de la FINMA. Le support «communication» est désormais appelé «communication en matière de surveillance». Les communications sont remplacées par le support «communications sur la surveillance». Pour la FINMA, celles-ci devront, à l'avenir, être employées avec plus de parcimonie que ne l'étaient jusqu'ici les communications et se concentrer sur les questions de surveillance. En outre, la décision de publier une communication sur la surveillance incombe désormais à la direction et non plus au domaine d'activités concerné. Enfin, les documents de position sont supprimés. Les outils de communication utilisés par la FIN-

¹⁴² Expertise Kilgus, p. 33, ch. marg. 79

¹⁴³ François Rayroux/Shelby du Pasquier, «Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz», 2^e édition, Bâle, 2011, N 24 ad art. 22 LFINMA

¹⁴⁴ <http://www.finma.ch/f/aktuell/pages/mm-leitlinien-enforcement-kommunikation-20141030.aspx>

MA sont présentés en détail ci-après, l'accent étant mis sur les communications au sens du postulat de Buman.

4.2.3 Les différents outils de communication

4.2.3.1 Communications (sur la surveillance)¹⁴⁵

En publiant des communications (sur la surveillance), la FINMA entend informer rapidement des groupes précis d'assujettis sur des sujets prudentiels sélectionnés. Ces communications (sur la surveillance) peuvent dès lors comporter des avertissements, exposer des attentes vis-à-vis des assujettis ou leur rappeler certaines obligations. Le manuel de la FINMA indique expressément que, contrairement aux circulaires, les communications ne définissent aucune pratique prudentielle, mais attirent l'attention d'un lectorat spécifique sur des sujets prudentiels particulièrement importants ou d'actualité. Les nouvelles lignes directrices de la FINMA applicables à la communication indiquent également que, dans ses communications sur la surveillance, la FINMA se fonde sur ses observations et ses expériences pour adresser aux assujettis des remarques pertinentes sur les développements en cours ou sur les risques que ceux-ci encourent. Elle cherche ainsi, dans un souci de prévoyance, à sensibiliser les assujettis sur certaines questions afin de les aider dans leurs efforts pour respecter la législation sur les marchés financiers. Conformément aux lignes directrices et à la différence des ordonnances et des circulaires de la FINMA, les communications sur la surveillance concernent des comportements et ne visent aucun effet juridique.

Conformément aux directives internes de la FINMA, les communications (sur la surveillance) devaient jusqu'à présent être élaborées par la division compétente, en accord avec les autres divisions éventuellement concernées. Elles devaient être approuvées par le responsable de la division compétente et, en cas de publication sur Internet, par la direction également. Elles relèvent désormais des compétences de cette dernière et doivent être approuvées par le conseil d'administration si elles présentent une importance stratégique. C'était, par exemple, déjà le cas pour la communication 41 (2012) du 26 novembre 2012 concernant les rétrocessions. Les communications sont publiées en français, en allemand et en italien, mais les versions traduites sont parfois disponibles ultérieurement (indication correspondante).

Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a pas statué explicitement sur le caractère juridique des communications FINMA; la doctrine non plus. Dans la mesure où celles-ci ont un caractère purement informatif – comme l'entend la FINMA – et ne visent pas un effet juridique, elles peuvent être considérées comme une mesure administrative informelle de la FINMA et, partant, comme un acte matériel.¹⁴⁶ Cela devrait également s'appliquer aux communications (sur la surveillance), dans lesquelles la FINMA émet des recommandations à l'intention de certains assujettis. Cette interprétation repose sur l'arrêt du Tribunal fédéral 2C 1184/2013 du 17 juillet 2014, selon lequel un courrier de la FINMA recommandant à un organisme d'autorégulation (OAR) d'adapter des points spécifiques de son règlement à la législation sur le blanchiment d'argent constitue en fait une mesure administrative informelle et non un acte obligatoire et contraignant visant à obtenir des effets juridiques.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Cf. également le postulat de Buman

¹⁴⁶ Cf. également l'expertise Kilgus, p. 48, ch. marg. 126

¹⁴⁷ Cf. également Tschannen/Zimmerli/Kiener, p. 263 s. concernant la recommandation en tant qu'acte matériel

Les actes matériels ne sont pas axés sur le déploiement d'un effet juridique et ne sont donc pas juridiquement contraignants pour leurs destinataires; ils n'évoluent cependant pas dans un vide juridique. Comme toutes les autres mesures d'un Etat, les actes matériels sont soumis aux principes de l'activité de l'Etat régi par le droit.¹⁴⁸ Cela signifie notamment que les communications FINMA doivent être conformes au droit supérieur (art. 5, al. 1, Cst.) et respecter le principe de proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst.) ainsi que les droits fondamentaux (par ex. art. 8 et 9 Cst.).

Contrairement à une décision ou à une décision de portée générale, les actes matériels ne peuvent pas faire directement l'objet d'un recours. Comme dans le cas d'une circulaire, un tel recours doit être précédé d'une décision (cf. art. 25a PA).¹⁴⁹

4.2.3.2 Foires aux questions (FAQ)

Les réponses standardisées aux questions fréquemment posées constituent un autre instrument de la FINMA. D'après le manuel de la FINMA, elles visent à informer les assujettis sur des thèmes qui soulèvent régulièrement des questions sur le marché et auprès des acteurs concernés. Cela permet d'accroître la sécurité juridique. La FINMA indique explicitement que les FAQ ont un caractère purement informatif, qu'elles ne fondent aucune prétention et ne la lient pas dans ses décisions.¹⁵⁰

Le manuel de la FINMA précise que les FAQ sont approuvées par le responsable de la division compétente, puis publiées en français, en allemand, en italien et en anglais sur le site Internet de la FINMA.

4.2.3.3 Guides pratiques et formulaires

D'après le manuel de la FINMA, les guides pratiques offrent aux assujettis, sous une forme brève, claire et compréhensible, une aide pratique concernant des questions d'application concrètes. Ils donnent des instructions en vue du traitement de documents par des tiers, informent les assujettis de leurs droits et obligations et fournissent notamment des conseils sur les dispositions légales en vigueur. Il peut s'agir, par exemple, d'explications, de tableaux ou de graphiques qui permettent aux assujettis de se familiariser avec différentes réglementations en leur indiquant comment formuler une demande d'autorisation, quelles annexes y joindre ou comment transmettre une annonce à la FINMA. Les guides pratiques ne constituent pas des règles de droit; ils n'ont aucun caractère normatif et ne fondent pas la pratique de la FINMA.

Le manuel de la FINMA présente les formulaires comme des modèles standardisés et structurés, qui comportent généralement des champs libres à compléter et permettent principalement à la FINMA de collecter des données et informations spécifiques.

Selon les directives internes de la FINMA, les guides pratiques et les formulaires doivent être approuvés par le responsable de la division compétente avant d'être publiés en français et en allemand et, le cas échéant, en italien sur le site Internet de la FINMA.

¹⁴⁸ Markus Müller, p. 330 s.

¹⁴⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, p. 206 s., ch. marg. 924 s.

¹⁵⁰ www.finma.ch > faq

4.2.3.4 Documents de position et de discussion

La FINMA expose son avis sur un sujet d'actualité dans les documents de position. Le but ainsi recherché est visiblement différent dans les trois documents de position publiés jusqu'à présent: si la FINMA formule des attentes concrètes vis-à-vis des assujettis dans le «document de position Risques juridiques», elle exprime un besoin concret de réglementation dans le «document de position Règles applicables à la distribution». Enfin, le «document de position Assainissement des banques d'importance systémique» présente de manière transparente aux groupes d'intérêts impliqués la stratégie d'assainissement et de liquidation privilégiée par la FINMA. La publication de ces documents de position vise à accroître la prévisibilité pour les autorités étrangères chargées de la surveillance et des procédures d'insolvabilité, les banques concernées, leurs créanciers et leurs investisseurs. D'après ses lignes directrices applicables à la communication, la FINMA n'entend plus utiliser les documents de position comme outil de communication à l'avenir.

Dans les documents de discussion, la FINMA attire l'attention sur des faits constatés dans l'exercice de son activité de surveillance et souhaite engager un débat public à ce sujet. D'autant d'octobre 2010, le seul document de discussion publié jusqu'à présent, qui s'intitule «Réglementation sur la production et la distribution de produit financiers aux clients privés – état des lieux, lacunes et options possibles» (rapport FINMA Distribution de produits financiers 2010), visait visiblement à ouvrir un débat sur le besoin de réglementation concernant la production et la distribution de produits financiers.

Les documents de position et de discussion ont été publiés dans les trois langues nationales et en anglais. Comme indiqué précédemment (cf. ch. 4.2.2), les processus internes de la FINMA pour l'approbation des supports mentionnés ne sont pas définis. Compte tenu de leur importance stratégique, on peut néanmoins supposer qu'ils doivent être approuvés par le conseil d'administration.

4.2.3.5 Fiches d'information

Les fiches d'information constituent un support de communication relativement nouveau grâce auquel la FINMA tente de fournir aux milieux intéressés un bref aperçu de certains aspects du droit de la surveillance. Elles sont publiées dans les trois langues nationales et en anglais.

4.2.3.6 Rapports

Les rapports de la FINMA concernent principalement la surveillance des assurances. La FINMA doit ainsi établir chaque année un rapport sur l'activité des entreprises d'assurance qui lui sont assujetties, conformément à l'art. 22 LFINMA en relation avec l'art. 25 de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (LSA).¹⁵¹ Ce rapport vise en premier lieu à fournir une vue d'ensemble des évolutions et des changements intervenus dans les établissements assujettis.¹⁵² Dans le passé, la FINMA a également publié plusieurs rapports sur des sujets d'actualité ou des enquêtes. Elle prévoit désormais de proposer chaque année un rapport sur son activité d'*enforcement*. La publication d'un rapport contribue à accroître la transparence sur les activités des services de la FINMA chargés de faire appliquer le droit.

Les rapports sont disponibles en français et en allemand, mais rarement en italien.

¹⁵¹ RS 961.01

¹⁵² Rayroux/du Pasquier, N 26 ad art. 22 LFINMA

4.2.3.7 Bulletins de la FINMA

En général, les bulletins de la FINMA regroupent régulièrement des décisions de principe en matière de droit de la surveillance. Celles-ci sont publiées dans leur langue d'origine et ne sont pas traduites.

4.2.3.8 Rapport annuel

En vertu de la loi, le rapport annuel doit être élaboré, puis soumis à l'approbation du Conseil fédéral avant d'être publié (art. 9, al. 1, let. f, et art. 22, al. 1, LFINMA). Son contenu, qui est réglé conformément au code des obligations, présente les activités de l'année écoulée, ce qui en fait également un rapport de gestion destiné au Conseil fédéral et aux Chambres fédérales. De plus, des données statistiques et les comptes annuels font partie intégrante du rapport annuel,¹⁵³ qui est disponible dans les trois langues nationales sur le site Internet de la FINMA.

4.3 Evaluation

4.3.1 Pratique en matière de surveillance¹⁵⁴

La FINMA exerce son activité de manière autonome et indépendante. Ni le Conseil fédéral, ni les Chambres fédérales n'ont le pouvoir de lui donner des instructions. Les acteurs concernés peuvent recourir contre les décisions de la FINMA devant le Tribunal administratif fédéral et, en deuxième instance, le Tribunal fédéral (art. 54 LFINMA), ce qui garantit un contrôle judiciaire approfondi (cf. ch. 4.1).

Compte tenu des critiques parfois émises par le secteur concernant la durée trop longue du processus d'autorisation et d'approbation de la FINMA en matière de droit des placements collectifs, cette dernière a fixé plusieurs délais de traitement pour les demandes relatives aux placements collectifs de capitaux suisses et à l'intention des gestionnaires de placements collectifs. Ces délais et leurs conditions d'application ont été communiqués aux acteurs du marché. Le Conseil fédéral se félicite de cette évolution et recommande de manière générale à la FINMA d'examiner rapidement les demandes d'autorisation et d'approbation. Il estime cependant qu'aucune mesure législative n'est requise. Des délais d'ordre prescrits par la loi seraient extrêmement rigides et risqueraient d'entraver l'examen approprié des faits dans des cas complexes ou d'entraîner un refus formel au lieu de permettre un accord avec les assujettis. Si ceux-ci estiment qu'une autorisation ou une approbation n'est pas délivrée suffisamment vite, ils peuvent déposer un recours pour déni de justice et retard auprès du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral.¹⁵⁵

4.3.2 Outils de communication¹⁵⁶

Une information appropriée et précoce sur l'activité de surveillance de la FINMA est une condition préalable importante de l'efficacité de la surveillance.¹⁵⁷ Elle contribue également à la sécurité du droit pour les assujettis et les investisseurs. Elle est en outre indispensable pour que les autorités politiques puissent exercer en toute connaissance de cause sur la FINMA les droits de pilotage et d'influence que leur confère la loi.

¹⁵³ Message LFINMA, FF 2006 2741, p. 2776

¹⁵⁴ Cf. postulat Graber, questions 4 et 9

¹⁵⁵ Cf. Häfelin/Müller/Uhlmann, p. 356, ch. marg. 1657 ss

¹⁵⁶ Cf. postulat Graber, question 3, et postulat de Buman

¹⁵⁷ Rayroux/de Pasquier, N 2 ad art. 158

La FINMA utilise différents outils de communication pour informer ses assujettis, le public et les milieux politiques (cf. ch. 4.2.2). Le recours à ces outils permet de fournir des informations en fonction des destinataires et doit dès lors être salué (cf. également art. 22 LFINMA): la FINMA informe rapidement sur des évolutions importantes grâce à ses communications (sur la surveillance), donnant ainsi la possibilité aux acteurs concernés de réagir de manière adéquate et responsable à ces changements.¹⁵⁸ Les FAQ et les guides pratiques contribuent également à une surveillance transparente et prévisible, à son efficacité accrue et à une utilisation raisonnée des ressources, tout en apportant une aide aux assujettis et aux milieux intéressés.¹⁵⁹ Enfin, les documents de discussion et de position de la FINMA reflètent clairement son avis sur des sujets qui ont ou pourraient avoir de l'importance à l'avenir en matière de surveillance et de réglementation. Ils lui permettent d'intégrer précocement les acteurs concernés au processus de réglementation.¹⁶⁰

Lorsqu'elle emploie un outil de communication, l'autorité de surveillance peut cependant être confrontée à un problème de délimitation du contenu par rapport aux supports de réglementation. Ainsi, le contenu des communications, des FAQ, des documents de position ou de discussion ou des guides pratiques, notamment, pourrait, en théorie, devoir être également réglementé dans une circulaire ou une ordonnance. Si l'autorité de surveillance utilise ces outils de communication comme des supports implicites de réglementation, la participation prévue du public à la création de ces derniers fait alors défaut. De plus, leur élaboration ne relève généralement pas des compétences du conseil d'administration, mais de celles des différents responsables de division. Avant de publier une communication (sur la surveillance), il faut évaluer minutieusement si le contenu prévu s'apparente à une simple information ou s'il ne devrait pas plutôt être réglementé sous la forme d'une circulaire ou d'une ordonnance.

Au final, le Conseil fédéral estime qu'aucune mesure concernant les outils de communication de la FINMA n'est nécessaire. Si ceux-ci sont utilisés uniquement à titre d'information conformément aux dispositions, leur conception et leur application semblent adéquates. Une comparaison avec le Royaume-Uni et Singapour révèle également que ces outils sont usuels sur le plan international.¹⁶¹ Le recours à certains outils pose uniquement problème s'il n'est pas conforme aux dispositions et s'il est confus pour les acteurs concernés.

4.3.3 Directives internes de la FINMA¹⁶²

Le manuel de la FINMA sur la réglementation des marchés financiers comprend non seulement des indications sur les différents supports de réglementation, mais également sur les outils de communication de la FINMA (cf. ch. 3.2.3 et 4.2.2) et des schémas présentant le processus d'élaboration de ces outils. Il convient de saluer la simplicité de ce dernier par rapport à l'élaboration d'une ordonnance ou d'une circulaire, car elle permet de conserver la flexibilité des outils de communication. On peut également se féliciter du fait que les directives relatives à la publication soient disponibles dans les langues nationales. Il faut néanmoins veiller à leur respect.

Les directives internes de la FINMA sont malheureusement lacunaires. Elles ne fournissent, par exemple, aucune information sur le but des documents de discussion et des fiches d'information. De plus, les communications (sur la surveillance) devraient également être traduites en italien. Le Conseil fédéral recommande dès lors à la FINMA de compléter ses directives afin de garantir une activité de communication uniforme et cohérente.

¹⁵⁸ Expertise Kilgus, p. 49, ch. marg. 129, p. 50, Cm 131, p. 105, Cm 296, p. 64, ch. 9

¹⁵⁹ Expertise Kilgus, p. 64 s., ch. 10 s.

¹⁶⁰ Expertise Kilgus, p. 53, ch. marg. 142 et p. 55, ch. marg. 147

¹⁶¹ Cf. à ce sujet la comparaison détaillée des législations dans l'expertise Kilgus, p. 66 ss

¹⁶² Cf. postulat Graber, question 3, et postulat de Buman

4.3.4 Utilisation des outils de communication¹⁶³

Divers reproches sont régulièrement faits à la FINMA en relation avec l'utilisation de ses outils de communication: ceux-ci ne seraient pas conformes au droit supérieur, porteraient abusivement sur des aspects relevant du droit privé, nuiraient à la sécurité du droit en raison de fréquentes modifications et ne sont pas publiés dans toutes les langues officielles. On allègue également que la FINMA aurait parfois utilisé ses outils de communication à des fins de réglementation. Ce serait le cas en particulier de ses communications.¹⁶⁴

L'examen des communications publiées ces dernières années ne laisse apparaître aucun indice de comportement systématiquement ou fondamentalement inadapté dans l'utilisation des outils de communication. Il faut souligner en particulier que le droit de la surveillance peut avoir des effets indirects sur la conception des contrats de droit privé conclus entre les prestataires de services financiers et leurs clients, ainsi que sur l'organisation de droit privé des intermédiaires financiers. C'est notamment le cas en relation avec la LBA et ses exigences en matière de contrats. La LBVM et la LPCC contiennent en outre des dispositions à la fois de droit public et de droit privé (normes de droit mixte). Il n'y a donc, en soi, pas de quoi se formaliser si, à la suite de l'application d'une norme de droit mixte, par exemple, une communication (sur la surveillance) de la FINMA a également des répercussions sur des rapports de droit privé. La publication ponctuelle et à court terme de communications (sur la surveillance) traitant d'un sujet donné relève en outre de la conception même de cet instrument. Lorsque la situation évolue, elles doivent pouvoir être rapidement complétées, modifiées ou remplacées.¹⁶⁵ On peut cependant effectivement déplorer que les communications publiées à ce jour ne le soient pas toutes dans les trois langues officielles. Aucune de celles publiées en 2014, par exemple, n'est traduite en italien.

Comme nous l'avons déjà relevé, le Conseil fédéral estime que la délimitation entre les supports de réglementation et les outils de communication de la FINMA est satisfaisante. Ce qui peut néanmoins poser problème dans la pratique est le fait que des outils de communication puissent intégrer des contenus établissant des règles de droit, comme cela s'est parfois produit dans le passé. C'est ainsi que dans sa communication n° 12 du 23 juillet 2010 «Engagement de sociétés d'audit prudentielles», la FINMA exigeait, avec effet immédiat, une séparation stricte entre la société d'audit qui accompagne un établissement financier durant la procédure d'autorisation et celle remplissant le mandat de société d'audit statutaire après l'octroi de l'autorisation. La FINMA prescrivait ainsi un changement de pratique qu'il aurait été plus correct d'inscrire à cette époque dans la circulaire 13/4 «Sociétés d'audit et auditeurs responsables», ou même dans une ordonnance du Conseil fédéral. On peut également se demander si l'exigence de mise en place d'un comité des risques figurant dans la FAQ du 28 août 2012 «Direction supérieure des banques et des négociants en valeurs mobilières» n'aurait pas dû être formulée dans une circulaire. De même, le document de position du 22 octobre 2010 «Risques juridiques», qui décrit notamment les attentes de la FINMA vis-à-vis des assujettis, aurait peut-être aussi dû être publié en tant que circulaire. Le constat de l'expertise Kilgus selon lequel certaines communications présentent des caractéristiques propres à une ordonnance administrative¹⁶⁶ amène en outre à conclure que la FINMA, dans certains cas, s'est effectivement servie de ses outils de communication comme d'instruments dictant le droit.

¹⁶³ Cf. postulat Graber, question 3, et postulat de Buman

¹⁶⁴ Cf. développement du postulat de Buman

¹⁶⁵ Cf. l'expertise Kilgus, p. 105, ch. marg. 296

¹⁶⁶ Expertise Kilgus, p. 48, ch. marg. 126

Compte tenu de la problématique des communications (sur la surveillance), des FAQ et des documents de position exposée au ch. 4.3.2, le Conseil fédéral recommande à la FINMA de ne se servir de ces outils qu'avec retenue et exclusivement aux fins pour lesquelles ils sont prévus.¹⁶⁷ Les communications sur la surveillance ne doivent par exemple être utilisées que si elles concernent un groupe limité d'assujettis, que la FINMA souhaite informer rapidement d'importants développements. De plus, si plusieurs communications portant sur des questions matériellement apparentées entre elles se succèdent, il y a lieu d'examiner l'opportunité de les transcrire dans une circulaire. Par ailleurs, s'il s'agit de préciser le contenu d'exigences prudentielles spécifiques, il est préférable de le faire dans une circulaire plutôt qu'au moyen d'un outil de communication (ou, selon la nouvelle terminologie, un outil de communication en matière de surveillance). De manière générale, en cas de doute, les réglementations doivent être édictées sous la forme d'une ordonnance de la FINMA ou d'une circulaire.

Afin d'éviter à l'avenir que les communications sur la surveillance n'établissent des règles de droit, le Conseil fédéral recommande à la FINMA d'examiner périodiquement les effets des communications publiées. Si elles ont encore des effets déterminants longtemps après avoir été publiées, cela indique qu'elles sont importantes du point de vue de la pratique de la FINMA dans le domaine concerné et qu'elles doivent par conséquent être transcrites dans des circulaires. Cette façon de procéder permettrait d'améliorer la constance et la transparence des activités de la FINMA en matière de réglementation et de communications.¹⁶⁸ Par ailleurs, la distinction faite sur le site Internet de l'autorité de surveillance entre les «Communications FINMA dernièrement publiées» et les «Communications FINMA plus anciennes» est difficilement compréhensible.¹⁶⁹ Elle amène en particulier à se demander si les anciennes publications n'ont pas la même force exécutoire que les récentes. Il serait en outre souhaitable de donner aux différentes communications des titres significatifs, ce qui n'est pas toujours le cas aujourd'hui. Le Conseil fédéral se félicite toutefois que la FINMA ait récemment publié des «Lignes directrices applicables à la communication», dans lesquelles elle présente en détail ses divers outils de communication. Cette initiative va contribuer à réduire l'insécurité qui règne dans la branche en relation avec ces instruments et leurs effets juridiques. Il s'agit cependant maintenant d'appliquer ces lignes directrices de façon systématique, notamment en définissant les processus internes nécessaires à cet effet et en les observant rigoureusement. Les lignes directrices devront en outre être réexaminées régulièrement, dans la mesure du possible avec le concours des acteurs du marché, et être modifiées au besoin.¹⁷⁰

Enfin, il faut souligner que la FINMA est tenue d'observer les principes d'action de l'Etat de droit, y compris lors de l'utilisation de ses outils de communication (cf. le ch. 4.2.3.1). Il s'ensuit que si une personne concernée estime que la FINMA a enfreint ces principes, notamment en relation avec une communication, elle peut saisir les tribunaux.

¹⁶⁷ Cf. aussi à ce sujet le rapport final du groupe d'expert «Développement de la stratégie en matière de marchés financiers»

¹⁶⁸ Cf. l'expertise Kilgus, p. 50, ch. 131

¹⁶⁹ www.finma.ch/f/finma/publikationen/finmamitteilungen/seiten/default.aspx

¹⁷⁰ Cf. aussi le rapport final du groupe d'experts «Développement de la stratégie en matière de marchés financiers», p. 20

5 Conclusions et recommandations

5.1 Aspects institutionnels de la FINMA

Forme juridique, structure de conduite et organisation

Pour être forte et efficace, la surveillance des marchés financiers doit être indépendante de l'administration fédérale centrale, tant du point de vue fonctionnel et institutionnel qu'en termes de ressources. La forme juridique d'établissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre remplit idéalement ces conditions. De plus, la structure de conduite de la FINMA est garante de la bonne collaboration du conseil d'administration et la direction: reposant sur le principe du poids et contrepoids, elle permet d'aboutir à des décisions équilibrées. La forme juridique et la structure de conduite actuelles de la surveillance des marchés financiers en assurent donc à la fois l'efficacité et l'efficace. Ce constat vaut également pour l'organisation de la FINMA, qui lui permet en particulier d'exploiter des effets de synergie traversant toutes ses divisions. Le Conseil fédéral estime donc qu'il n'est pas nécessaire d'intervenir au niveau de la forme juridique, de la structure de conduite ou de l'organisation de la FINMA.

Tâches

Les activités de la FINMA servent la protection des clients (protection individuelle) et celle du bon fonctionnement des marchés (protection fonctionnelle). Promouvoir la réputation et la compétitivité de la place financière suisse – comme le demande l'initiative parlementaire Lüscher – ne fait pas partie des objectifs proprement dits de la FINMA: il s'agit simplement d'effets collatéraux de la protection individuelle et de la protection fonctionnelle. De l'avis du Conseil fédéral, il convient de s'en tenir à cette réglementation, car si la mission de la FINMA devait être explicitement élargie à la promotion de la réputation et de la compétitivité de la place financière, il en résulterait inévitablement un conflit avec les objectifs – prioritaires du point de vue du droit de la surveillance – de la protection des clients et du bon fonctionnement des marchés. La FINMA en tant qu'autorité de surveillance des marchés financiers perdrait en outre en crédibilité et en acceptation à l'étranger et ne pourrait plus y défendre les intérêts de la place financière suisse comme elle le fait aujourd'hui.

Instruments et modèle de surveillance

Suite à la crise des marchés financiers, la FINMA a étendu ses activités de surveillance (principalement dans le secteur bancaire), développé ses activités d'analyse et augmenté le nombre de ses contrôles sur place. Le Conseil fédéral recommande à la FINMA de poursuivre systématiquement sur cette voie, comme le préconise également le FMI, et de davantage exercer ses activités de surveillance par elle-même. Plus elle aura directement affaire aux assujettis – et par conséquent à leur modèle d'affaires ainsi qu'à leurs risques et gestion des risques –, plus ses compétences augmenteront en matière d'identification précoce des risques. Les contrôles directs de la FINMA sont complémentaires à l'audit effectué par les sociétés d'audit. Les coûts qu'engendrent les activités d'audit des sociétés d'audit ainsi que les contrôles directs de la FINMA pour les sociétés contrôlées ne devront pas dépasser les coûts occasionnés par les processus de contrôle comparables effectués dans d'autres pays. Compte tenu des révisions qui ont déjà été mises en œuvre, le Conseil fédéral considère que le domaine de l'audit ne requiert pas d'autre intervention.

Recommandation 1

Le Conseil fédéral recommande à la FINMA de continuer à développer ses propres activités de surveillance, en particulier d'étendre ses activités d'analyse et de réaliser davantage de contrôles sur place.

Le Conseil fédéral estime en outre qu'il faut s'en tenir à la réglementation actuelle en ce qui concerne la prise en charge des frais occasionnés par l'engagement d'un chargé d'enquête. La nouvelle règle proposée dans la motion CER-N, selon laquelle ces coûts ne devraient être supportés par l'assujetti sous enquête que si les soupçons pesant sur lui sont confirmés, est en effet contraire au principe de causalité. Le droit actuel garantit une protection suffisante des intérêts de l'assujetti.

Le Conseil fédéral conclut par ailleurs qu'il n'y a pas lieu d'accorder à la FINMA le droit de prononcer des amendes. Si elle disposait de cette compétence, la FINMA devrait observer les garanties de procédure pénale, telles que la présomption d'innocence et le droit du prévenu de ne pas s'auto-incriminer. Cela nécessiterait de revoir en profondeur son organisation et ses procédures, de même que la délimitation de ses compétences par rapport à celles des autorités de poursuite pénale. Or une telle réorganisation structurelle serait non seulement très coûteuse à mettre en œuvre, mais encore disproportionnée en termes d'économie procédurale. Combinés aux possibilités de sanctions par les autorités de poursuite pénale, les instruments de surveillance dont dispose déjà la FINMA, en particulier la confiscation des bénéfices, suffisent à garantir l'application du droit de la surveillance. Il est certes vrai que plusieurs juridictions étrangères prévoient la possibilité de réprimer la violation de leurs lois sur les marchés financiers par des peines pécuniaires, mais toutes tiennent alors dûment compte des garanties de la procédure pénale.

Enfin, le Conseil fédéral approuve la poursuite du développement du modèle de surveillance de la FINMA basé sur les risques. En accord avec le FMI, il recommande néanmoins à l'autorité de surveillance de veiller à ce que tous les assujettis présentant des risques comparables soient surveillés de la même manière. Cela concerne notamment la surveillance des négociants en valeurs mobilières et des gestionnaires d'actifs.

Recommandation 2

Le Conseil fédéral recommande à la FINMA de s'assurer que tous les assujettis exerçant des activités et présentant des risques comparables soient surveillés de la même manière.

Ressources humaines

La FINMA dispose en principe de personnel hautement qualifié. Le FMI demande néanmoins que dans le domaine de la surveillance bancaire, les ressources en personnel soient encore consolidées, aussi bien en quantité qu'en qualité. Estimant en outre que le taux de fluctuation du personnel relativement élevé dans certaines divisions est contre-productif, il recommande à la FINMA d'examiner de façon critique le rapport coût/utilité de ces importantes fluctuations et de prendre des mesures appropriées pour les contrer.

Disposer dans chaque domaine de surveillance des ressources en personnel adéquates, en termes aussi bien de quantité que de qualité, est déterminant pour la qualité de la surveillance. Le Conseil fédéral soutient donc les recommandations du FMI, dans la mesure où il estime que la répartition des ressources humaines doit correspondre à l'importance des divers domaines de surveillance. Il préconise en outre une bonne mixité: outre de jeunes spé-

cialistes en début de carrière, l'autorité de surveillance a absolument besoin de collaborateurs expérimentés, faits au feu de la pratique, ainsi que de spécialistes chevronnés de la surveillance.

Recommandation 3

Le Conseil fédéral recommande à la FINMA d'affecter ses ressources en personnel conformément à l'importance des divers domaines de surveillance.

Recommandation 4

Le Conseil fédéral recommande à la FINMA de procéder à un examen critique du rapport coût/utilité des importantes fluctuations de son personnel et de prendre les mesures propres à y remédier. Il préconise en outre une bonne mixité entre jeunes spécialistes et collaborateurs expérimentés.

Ressources financières

Le financement de la surveillance des marchés financiers est assuré exclusivement par les assujettis. Cette approche découle de l'exigence d'indépendance financière de la FINMA et doit être maintenue. Un financement partiel par l'impôt – comme le demande la motion Engelberger – mettrait la FINMA dans l'impossibilité de réagir rapidement et en toute indépendance aux changements et l'empêcherait ainsi de remplir sa mission avec efficacité et efficience. Il serait en outre contraire aux normes internationales.

Délimitation des compétences

Outre la FINMA, ont des compétences dans le domaine des marchés financiers principalement la Banque nationale suisse (BNS) et le Département fédéral des finances (DFF). Les objectifs et les tâches de ces autorités étant clairement définis dans la loi, le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas nécessaire d'intervenir dans ce domaine.

5.2 Activités de réglementation de la FINMA

Compétences en matière de réglementation

De par la loi, la FINMA ne peut exercer ses compétences en matière de réglementation que par voie d'ordonnance ou de circulaire. Elle ne peut, en outre, édicter d'ordonnance dans un domaine donné que si une base ancrée dans la législation sur les marchés financiers l'y autorise expressément. La compétence accordée à la FINMA d'édicter des ordonnances se justifie en ceci qu'elle garantit que les prescriptions d'ordre technique soient arrêtées par une autorité spécialisée disposant du savoir-faire nécessaire. Les ordonnances de la FINMA permettent en outre de réagir rapidement à l'évolution continue des conditions-cadres observée dans l'environnement très dynamique des marchés financiers.

Pour ce qui est des circulaires, la FINMA s'en sert pour codifier sa pratique de la surveillance. En Suisse, les circulaires sont un moyen très répandu de garantir une pratique uniforme et transparente pour toutes les parties concernées. La publication de circulaires fondées sur le principe de l'autocontrainte permet d'établir une pratique égalitaire et prévisible et par conséquent fiable. Le fait que les circulaires, bien que n'ayant pas d'effet législatif, offrent la possibilité de rendre une décision, dont l'application devient contraignante, est dûment pris en compte dans la LFINMA. Celle-ci prescrit en effet que les principes de réglementation va-

lent non seulement pour les ordonnances, mais aussi pour les circulaires, et que l'adoption des unes comme des autres est soumise au même processus interne de réglementation de la FINMA. En particulier, chaque nouvelle circulaire ainsi que chaque modification d'une circulaire fait l'objet d'une procédure d'audition.

Du point de vue des contenus, la FINMA est tenue, dans ses activités de réglementation, d'observer les dispositions constitutionnelles pertinentes ainsi que les principes de réglementation arrêtés à l'art. 7 LFINMA. Si un assujetti estime qu'une ordonnance ou une circulaire de la FINMA outrepassse le cadre légal ainsi défini, il peut saisir les tribunaux. Les voies de droit sont donc garanties.

En fin de compte, le Conseil fédéral estime que les compétences de la FINMA en matière de réglementation sont appropriées. Les dispositions en vigueur en la matière laissent à l'autorité de surveillance une marge de manœuvre suffisante, sans être excessive. Il n'est donc pas nécessaire d'intervenir dans ce domaine.

Directives internes de la FINMA

La FINMA a défini ses deux supports de réglementation (ordonnance et circulaire), leur but respectif et les processus internes régissant leur adoption dans un manuel de réglementation des marchés financiers, ainsi que dans des schémas de processus. Ces documents sont bien structurés, clairs et propres à garantir l'uniformité et la cohérence des activités de réglementation de la FINMA. Le Conseil fédéral estime donc qu'il n'est pas non plus nécessaire d'intervenir dans ce domaine.

Respect des principes de réglementation

De l'avis du Conseil fédéral, le reproche selon lequel la FINMA ferait preuve de «zèle réglementaire», imposant une réglementation disproportionnée par rapport aux besoins, est infondé. Certes, on a pu observer en 2012 et 2013 une activité réglementaire supérieure à la moyenne dans le domaine des circulaires, mais cela s'explique aisément: les enseignements tirés de la crise financière ont amené à réviser plusieurs lois et ordonnances, ce qui a nécessité d'adapter également les circulaires correspondantes.

Au reste, l'analyse des activités de réglementation de la FINMA montre que cette dernière tient opportunément compte de la diversité des activités des assujettis et des risques qu'elles comportent. Pour ce qui est de la critique parfois formulée dans le secteur selon laquelle les prescriptions en matière de fonds propre et de liquidité des banques ne seraient pas suffisamment différenciées, il faut rappeler que ce sont l'OFR et l'OLiQ qui fixent le cadre dans lequel la réglementation de la FINMA doit obligatoirement s'inscrire. La FINMA n'a pas la compétence de sortir de ce cadre légal.

De plus, selon l'art. 7. al. 2, let. b, LFINMA, l'autorité de surveillance doit tenir compte notamment des effets de sa réglementation sur la concurrence, sur la capacité d'innovation et sur la compétitivité internationale de la place financière suisse. Cela ne signifie toutefois pas que la FINMA a une mission de promotion économique axée sur la place financière. Elle doit simplement veiller à ce que sa réglementation ne porte pas atteinte à la concurrence, ni interne (entre intermédiaires financiers), ni externe (avec les autres places financières). Elle ne peut cependant agir, dans ce cas également, que dans les limites qui lui sont fixées par la législation fédérale et par les ordonnances du Conseil fédéral. Il appartient donc prioritairement au Parlement et au gouvernement d'être attentifs aux effets que la réglementation peut avoir sur la concurrence et sur la capacité d'innovation de la place financière. L'analyse n'a pas mis en évidence d'indices selon lesquels la FINMA ne tiendrait pas suffisamment compte des effets de sa réglementation sur la concurrence, sur la capacité d'innovation et sur la compétitivité internationale de la place financière suisse.

Enfin, on a constaté que le processus de réglementation de la FINMA présente la transparence requise et que les parties concernées peuvent y participer de façon appropriée à la faveur de la procédure d'audition, ou même avant cette dernière, comme c'est souvent le cas. Que les demandes faites lors de l'audition soient ensuite effectivement prises en compte et traduites en dispositions matérielles dépend naturellement de leur contenu et de leur qualité, mais aussi de la marge de manœuvre de la FINMA. Le Conseil fédéral invite néanmoins la FINMA, en relation avec ses projets de réglementation, à suivre la recommandation générale du groupe d'experts «Développement de la stratégie en matière de marchés financiers», qui voudrait qu'elle développe le dialogue institutionnel avec les participants au marché et les milieux scientifiques. Le Conseil fédéral se félicite à cet égard de l'intention de la FINMA de mettre sur pied, en collaboration avec l'économie privée, des panels thématiques d'experts réunissant des décideurs du secteur privé et des représentants des autorités de surveillance, afin de mieux informer sur ses activités de réglementation et sur sa pratique de la surveillance.

Recommandation 5

Le Conseil fédéral recommande à la FINMA, en relation avec ses projets de réglementation, de développer le dialogue institutionnel avec les participants au marché et les milieux scientifiques, comme le préconise le groupe d'experts «Développement de la stratégie en matière de marchés financiers».

Utilisation des supports de réglementation

On s'inquiète parfois dans le secteur que les ordonnances et les circulaires de la FINMA ne soient pas couvertes par le droit supérieur (lois fédérales et ordonnances du Conseil fédéral). Ce risque concerne surtout les circulaires, car celles-ci, à la différence des ordonnances, ne requièrent pas qu'une norme de délégation soit explicitement inscrite dans le droit supérieur, leur but étant simplement d'interpréter certains éléments imprécis du droit des marchés financiers. A ce jour, cette préoccupation ne s'est avérée fondée que dans de rares cas et les règles concernées de la FINMA ont alors été reprises au niveau de la loi, puisque cela se justifiait du point de vue matériel. Le Conseil fédéral recommande toutefois à la FINMA de s'assurer, en prenant des mesures adéquates, que ses ordonnances et ses circulaires se fondent sur une base suffisante ancrée dans le droit fédéral.

Recommandation 6

Le Conseil fédéral recommande à la FINMA de s'assurer, en prenant des mesures adéquates, que ses ordonnances et ses circulaires reposent sur une base légale suffisante, inscrite dans le droit supérieur (lois fédérales et ordonnances du Conseil fédéral).

5.3 Activités de surveillance de la FINMA

Outils de communication

Une information précoce et appropriée sur l'activité de surveillance de la FINMA est une condition préalable importante de l'efficacité de la surveillance et contribue également à la sécurité du droit pour les assujettis et les investisseurs. Elle est en outre indispensable pour que les autorités politiques puissent exercer en toute connaissance de cause sur la FINMA les droits de pilotage et d'influence que leur confère la loi.

Pour informer les assujettis, le public et les milieux politiques, la FINMA se sert de divers outils de communication. Elle les subdivisait jusqu'il y a peu en «instruments de communication vis-à-vis des assujettis» (communications, FAQ, guides pratiques et formulaires) et en «instruments de communication vis-à-vis du public et des milieux politiques» (rapport annuel, bulletins, rapports, documents de discussion, documents de position et fiches d'information).

Fin octobre 2014, la FINMA a publié de nouvelles «Lignes directrices applicables à la communication».¹⁷¹ Celles-ci présentent les principes de communication de la FINMA ainsi qu'une vue d'ensemble de ses divers supports de communication. Les supports relevant de la communication vis-à-vis du public (désormais appelée «communication publique») et ceux relevant de la communication vis-à-vis des assujettis (désormais: «communication en matière de surveillance») correspondent pour l'essentiel aux supports utilisés précédemment et décrits dans le manuel interne de la FINMA. L'instrument de la communication a toutefois été remplacé par la «communication sur la surveillance» et celui du document de position a été aboli.

Les outils de communication décrits dans les nouvelles lignes directrices servent la transmission des informations par des moyens adaptés à leurs destinataires, ce dont on ne peut que se féliciter. Il n'en reste pas moins que l'utilisation de certains de ces instruments peut poser des problèmes de délimitation par rapport aux supports de réglementation de la FINMA. C'est le cas notamment des communications (sur la surveillance), des FAQ ou des guides pratiques, dont le contenu peut aussi être réglé par voie de circulaire ou d'ordonnance. C'est pourquoi il y a lieu – surtout avant de publier une communication (sur la surveillance) – d'examiner attentivement si le contenu prévu relève effectivement de la pure communication ou s'il ne vaudrait pas mieux le régler dans une circulaire ou une ordonnance.

Le Conseil fédéral conclut néanmoins qu'il n'y a pas lieu d'intervenir en ce qui concerne les outils de communication mis en œuvre par la FINMA. S'ils sont utilisés conformément aux règles arrêtées, leur conception et leur destination paraissent justifiées. En d'autres termes, certains de ces instruments ne poseront problème que s'ils ne sont pas utilisés dans les règles, prêtant alors à équivoque pour les parties concernées.

Directives internes de la FINMA

Le manuel de la FINMA sur la réglementation des marchés financiers contient des prescriptions non seulement sur les différents supports de réglementation, mais encore sur les outils de communication de l'autorité de surveillance. Il est en outre complété par des schémas présentant le déroulement du processus d'établissement de ces instruments. Il s'avère toutefois que ces règles sont lacunaires. Font défaut par exemple des prescriptions sur l'utilisation des fiches d'information. De plus, les communications (sur la surveillance) devraient être traduites en italien également. Le Conseil fédéral recommande donc à la FINMA de compléter ses directives en conséquence. C'est le seul moyen de garantir l'uniformité et la cohérence de ses activités de communication.

Recommandation 7

Le Conseil fédéral recommande à la FINMA de compléter ses directives internes de manière qu'elles couvrent l'intégralité de ses outils de communication, en les délimitant clairement les uns des autres.

¹⁷¹ <http://www.finma.ch/f/aktuell/pages/mm-leitlinien-enforcement-kommunikation-20141030.aspx>

Utilisation des outils de communication

L'examen des communications publiées ces dernières années ne laisse apparaître aucun indice de comportement systématiquement ou fondamentalement inadapté en relation avec le choix des outils de communication. Il s'est toutefois avéré que les instruments de communication ont parfois été utilisés de façon inadéquate, c'est-à-dire comme des supports de réglementation. Tel a notamment été le cas de communications, mais aussi de documents de position et de foires aux questions (FAQ).

Le Conseil fédéral recommande par conséquent à la FINMA de ne se servir des outils de communication analogues à ses supports de réglementation qu'avec retenue et exclusivement aux fins pour lesquelles ils sont prévus. Les communications sur la surveillance ne doivent par exemple être utilisées que si elles concernent un groupe limité d'assujettis, que la FINMA souhaite informer rapidement d'importants développements. De plus, si plusieurs communications (sur la surveillance) portant sur des questions matériellement apparentées entre elles se succèdent, il y a lieu d'examiner l'opportunité de les transcrire dans une circulaire. De manière générale, en cas de doute, les réglementations doivent être édictées sous la forme d'une ordonnance de la FINMA ou d'une circulaire. Afin d'éviter une utilisation inadéquate des communications sur la surveillance, le Conseil fédéral recommande à la FINMA d'examiner périodiquement les effets des communications publiées. Si elles ont encore des effets déterminants longtemps après avoir été publiées, cela indique qu'elles sont importantes du point de vue de la pratique de la FINMA dans le domaine concerné et qu'elles doivent par conséquent être transcrites dans des circulaires.

Le Conseil fédéral se félicite que la FINMA ait récemment publié des «Lignes directrices applicables à la communication», dans lesquelles elle présente ses outils de communication. Cette initiative va contribuer à réduire l'insécurité qui règne dans le secteur en relation avec ces instruments et leurs effets juridiques. Il s'agit maintenant d'appliquer ces lignes directrices de manière cohérente, notamment en définissant les processus internes nécessaires à cet effet et en les observant rigoureusement. Les lignes directrices devront en outre être réexaminées régulièrement, dans la mesure du possible avec le concours des acteurs du marché, et être modifiées au besoin.

Recommandation 8

Le Conseil fédéral recommande à la FINMA de ne se servir de ses outils de communication qu'avec retenue et exclusivement aux fins pour lesquelles ils sont prévus. En cas de doute, les réglementations doivent être édictées sous la forme d'une ordonnance de la FINMA ou d'une circulaire. De plus, si plusieurs communications (en matière de surveillance) portant sur des questions matériellement apparentées se succèdent ou si une communication (en matière de surveillance) a encore des effets déterminants longtemps après avoir été publiée, il y a lieu d'examiner l'opportunité de transcrire les contenus de ces communications dans des circulaires. La FINMA doit également examiner périodiquement si certaines communications ne doivent pas être transcrites dans des circulaires.

Recommandation 9

Le Conseil fédéral recommande à la FINMA de mettre en œuvre ses lignes directrices applicables à la communication de manière cohérente, et de définir et observer rigoureusement les processus internes nécessaires à cet effet. Les lignes directrices doivent en outre être réexaminées régulièrement, dans la mesure du possible avec le concours des acteurs du marché, et être modifiées au besoin.