

AUTORITE FEDERALE DE
SURVEILLANCE DES MARCHES
FINANCIERS FINMA
Laupenstrasse 27
CH – 3003 Berne

A l'attention de Madame Anne-Marie
NUSSBAUMER

Genève, le 26 août 2016

Concerne : nouvelle circulaire « transmission directe »

Chère Madame,

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de prendre position sur la Circulaire « Transmission directe » en préparation par vos services et avons l'avantage de vous communiquer ici notre prise de position à son sujet.

Le projet mis en audition comporte une ambiguïté, en ce sens qu'il définit le cercle des assujettis auxquels elle s'appliquera, par seule référence à l'article 3 LFINMA.

Or, certains assujettis au sens de cette disposition échappent au champ d'application effectif de la Circulaire, en particulier les organismes d'autorégulation (OAR-SRO) dont nous sommes, dès lors que ceux-ci, quoique soumis à l'agrément et la surveillance de la FINMA, ne peuvent en aucune circonstance « *dépendre d'autorités étrangères de surveillance des marchés financiers* », ni être amenés à transmettre des informations en relation avec une « *transaction* » ou à l'égard de « *clients* » au sens de l'article 42c LFINMA.

Pour autant que la base légale soit donnée, il serait donc souhaitable de définir séparément quelles informations les OAR, dont la qualité d'organe délégataire d'une tâche publique au sens de l'art. 35 Cst a été reconnue par la jurisprudence (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_887/2010, du 28 avril 2011), pourraient être amenés à transmettre à des autorités étrangères par transmission directe (par exemple quant au fait qu'un intermédiaire financier leur est affilié, ou s'il a fait ou non l'objet de sanctions disciplinaires).

S'agissant des assujettis auxquels la circulaire tend à s'appliquer, notre principale remarque est qu'elle ne lève qu'imparfaitement l'incertitude de ces assujettis quant aux informations qu'ils peuvent transmettre sans transgresser l'article 271 CP. Dans une matière sanctionnée par le droit pénal, une telle incertitude n'est pas possible.

C'est sans compter la responsabilité civile qui pèse sur ces assujettis quant à la protection de leurs clients.

Il nous semblerait donc plus approprié de dresser un catalogue autoritatif et exhaustif, des informations qui peuvent être transmises directement, toutes autres devant faire l'objet d'une référence préalable à la FINMA, ou d'un envoi seulement par cette dernière. Ce catalogue pourrait d'ailleurs être revu et complété périodiquement en fonction des expériences pratiques.

À défaut, par précaution, nombre de transmissions anodines n'auront pas lieu de la part des assujettis, de sorte que le but du législateur ne sera pas atteint, et le travail de la FINMA s'en trouvera augmenté.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous adressons, Chère Madame, nos sentiments très dévoués.

Pour le Comité de l'ARIF