

# L'entraide internationale en matière boursière en droit suisse



CARLO LOMBARDINI  
Avocat au barreau de Genève

*La loi suisse sur les bourses donne à la Commission fédérale des banques des pouvoirs étendus dans le domaine de l'entraide administrative. Ces pouvoirs sont utilisés notamment pour aider des enquêtes conduites à l'étranger en matière de transactions d'initiés. Divers arrêts ont été rendus par le Tribunal fédéral qui permettent de dégager les principes essentiels à respecter.*

La Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) est entrée en vigueur en Suisse en partie en 1997 et en partie en 1998. La LBVM contient la première réglementation fédérale en matière de droit de la bourse. Elle traite de l'organisation des bourses, de la publicité des participations, des offres publiques d'acquisition et des règles à respecter par les négociants en valeurs mobilières. Les sociétés assujetties à la LBVM sont définies comme étant des négociants en valeurs mobilières, même si, souvent, elles sont également des banques ; nous emploierons le terme de négociant dans cet exposé. L'autorité compétente en matière de surveillance des bourses et des négociants est la Commission fédérale des banques (CFB) (1).

L'article 38 LBVM (2) pose le principe de la collaboration entre la CFB et les autorités de surveillance étrangères. Des dispositions identiques ont été introduites dans la nouvelle Loi sur les fonds des placements, ainsi que dans la Loi fédérale sur les banques (3). Nous décrivons les principes contenus en matière d'entraide boursière dans la LBVM, la procédure à suivre et les restrictions posées à l'utilisation des informations provenant de Suisse à l'étranger.

## 1 Les principes de l'entraide en matière boursière en droit suisse

En vertu de l'article 38 LBVM, la CFB peut recevoir ou décerner des requêtes d'entraide auprès des autorités équivalentes étrangères (4).

L'autorité requérante étrangère doit être une autorité

de surveillance des marchés boursiers ou des intervenants sur ces marchés. Elle doit être liée par le secret de fonction ou le secret professionnel, cette dernière exigence permettant de tenir compte du fait que certaines autorités étrangères (notamment dans le cadre de l'autorégulation) peuvent relever du droit privé.

La CFB n'est pas obligée d'octroyer l'entraide ; elle dispose d'une simple faculté. Elle pourrait ainsi ne pas octroyer l'entraide, notamment en l'absence de réciprocité, si l'autorité étrangère a besoin de renseignements pour des normes dont le droit suisse ne connaît pas l'équivalent ou si l'autorité étrangère ne respecte pas les restrictions posées par la Suisse à l'usage ultérieur de ces informations. Le fait que seul un profit minime ait été réalisé par une personne suspectée d'une transaction d'initiés ne permet pas de refuser l'entraide.

La CFB peut octroyer l'entraide de façon spontanée, pour autant qu'elle respecte les règles posées par la LBVM (5). L'article 38 LBVM permet d'octroyer l'entraide même pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de cette disposition (6).

## 2 La procédure

Lorsqu'elle adresse une requête d'entraide à la CFB l'autorité requérante étrangère expose son organisation, son fonctionnement, sa connaissance des mécanismes de l'entraide administrative suisse, ainsi que son engagement de respecter les principes de la LBVM. L'autorité requérante n'est pas partie à la procédure d'entraide. Elle n'est pas tenue de couvrir les frais que sa requête peut générer. L'entraide est accordée gratuitement.

Au niveau de la procédure à suivre, la LBVM distingue l'échange d'informations qui concernent l'identité des clients des négociants de l'échange d'informations qui ne concernent pas les clients.

L'échange d'informations qui ne concernent pas les clients peut avoir lieu de façon informelle par un contact direct entre autorités de surveillance et sans possibilité d'opposition. Les informations qui ne concernent pas les clients ne sont pas pour autant dépourvues d'importance. Elles peuvent avoir pour objet les qualifications de la direction d'un négociant, l'identité d'un actionnaire de référence, le contenu d'un rapport de révision, l'efficacité de systèmes de surveillance interne ou l'organisation.

Si l'échange d'informations concerne l'identité de clients des négociants, la procédure est plus formaliste. Ainsi, les clients ont le droit d'avoir accès au dossier et de connaître le contenu de la requête d'entraide étrangère, ils ont le droit de faire valoir leurs arguments ; ils ont le droit de recourir contre les décisions qui peuvent être rendues par la CFB.

Les requêtes d'entraide étrangères qui concernent les clients ne doivent pour autant pas faire l'objet d'une motivation particulièrement détaillée. L'autorité requérante doit simplement exposer quels sont les motifs qui justifient sa démarche. De fait, la CFB n'entre pas en matière sur les moyens de défense factuels des personnes concernées. Elle se réserve de compléter la requête d'entraide spontanément et de fournir à l'autorité étrangère des éléments que celle-ci n'a pas requis mais qui peuvent lui être utiles. Le Tribunal fédéral a ainsi admis que la CFB puisse fournir l'identité de l'ayant droit économique d'un compte même si elle n'a pas été sollicitée en ce sens (7).

### 3 Les pouvoirs de la CFB

La CFB dispose de pouvoirs très étendus pour recueillir les informations qui lui sont demandées (8). La CFB peut également recueillir pour les transmettre à l'autorité requérante des informations et documents qui se trouvent sur le territoire suisse, même s'ils concernent des transactions exécutées au travers d'une banque suisse en provenance d'une entité étrangère appartenant au même groupe que la banque suisse (par exemple, une banque située dans un centre *off-shore*). Si l'un des organes ou des employés de la banque suisse connaît l'identité du client de l'entité étrangère concernée, cette information doit être transmise à la CFB. Le secret bancaire étranger ne peut être opposé à la CFB si l'information désirée se trouve en Suisse. Doit bien entendu être réservé le cas où la banque suisse ne connaît réellement pas le client concerné et s'est limitée à acheminer un ordre de bourse pour son exécution (9).

### 4 L'usage des informations

Une fois l'information fournie à l'étranger, la CFB doit donner son accord à toute autre forme d'utilisation par l'autorité requérante (par exemple, aux fins d'une utili-

sation dans une procédure pénale ou civile ou si l'information reçue est transmise à une autre autorité). Si l'autorité requérante étrangère veut transmettre l'information reçue de Suisse à sa propre autorité pénale, l'accord de l'Office fédéral de la police, soit l'autorité suisse compétente pour examiner *prima facie* l'admissibilité des requêtes d'entraide étrangères en matière pénale, est également nécessaire. L'accord de l'Office fédéral et de la CFB ne représente pas une simple formalité ; il ne peut être donné que sur la base d'un exposé des faits complets qui permet de s'assurer que, en cas de retransmission à des autorités pénales, le principe de la double incrimination est respecté (10). Cet accord de l'OFP doit être concrétisé sous la forme d'une décision attaquant si l'information concerne des clients (11).

La retransmission des informations reçues de Suisse n'est possible (art. 38 al. 2 lit. c LBVM) qu'à des autorités ou des organismes «ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public». Ces autorités ou organismes doivent être liés par une obligation légale de conserver le secret sur les données qu'elles reçoivent (12). Toute retransmission ultérieure d'informations est en principe interdite. Toute utilisation des renseignements recueillis à des fins de taxation est interdite.

L'autorité étrangère qui a requis l'entraide doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour faire en sorte que l'accord de la CFB soit recueilli avant de retransmettre les informations à une autre autorité. L'autorité étrangère ne peut simplement affirmer qu'elle demandera l'accord de la CFB «*except in the unlikely instance where seeking prior consent is not possible, such as where it is prohibited or an immediate response is required*» (13).

L'entraide administrative ne peut être accordée si l'autorité requérante (comme la SEC) dévoile les noms des personnes prises à partie dans les procédures qu'elle initie sur son site internet. Compte tenu de l'impossibilité de conserver le secret aux Etats-Unis sur les informations reçues depuis la Suisse, l'entraide boursière entre la Suisse et les Etats-Unis est actuellement de facto suspendue. La situation est identique s'agissant de l'entraide boursière entre la Suisse et l'Italie, suite à un arrêt non publié du Tribunal fédéral du 28 juin 2000 rendu dans la cause 2A.83/2000. Le Tribunal fédéral a en effet constaté que la CONSOB, autorité de surveillance des marchés boursiers italiens, ne pouvait pas garantir la confidentialité des informations reçues par rapport au Ministère du Trésor et qu'il n'y avait aucune garantie quant à l'usage que le Ministère du Trésor allait faire de ces informations.

### 5 La procédure de recours

La décision de la CFB de transmission de documents ou d'informations concernant des clients peut être attaquée par un recours de droit administratif devant le tribunal fédéral dans un délai de trente jours ; le recours n'a pas d'effet suspensif automatique. La CFB attend l'échéance du délai de recours pour exécuter la décision qu'elle aurait rendue (14).

Les décisions de la CFB sont notifiées aux parties soit les négociants visés et leurs clients pour autant que

ces derniers aient fait élection de domicile en Suisse, à défaut, la notification n'a lieu qu'au négociant. Le négociant et le titulaire du compte visé par la requête d'entraide ont qualité pour s'opposer à l'entraide. En

revanche, le bénéficiaire économique des fonds ou celui qui bénéficie d'une procuration sur le compte dont la documentation est transmise à l'étranger n'a pas qualité pour recourir au Tribunal fédéral (15). ■

(1) La CFB est l'autorité de surveillance dans le domaine des banques, des bourses et des fonds de placement.

(2) Article 38 Assistance administrative :

«1. L'autorité de surveillance peut demander aux autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières de lui transmettre les informations et les documents nécessaires à l'application de la présente loi.

2. Elle peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières des informations et des documents liés à l'affaire, non accessibles au public seulement si ces autorités : a) utilisent ces informations exclusivement à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières ; b) sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel et c) ne transmettent ces informations à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public qu'avec l'assentiment préalable de l'autorité de surveillance suisse ou en vertu d'une autorisation générale contenue dans un traité international. Lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue, aucune information ne peut être transmise à des autorités pénales. L'autorité de surveillance décide en accord avec l'Office fédéral de la police.

3. La loi fédérale sur la procédure administrative est applicable lorsque les informations à transmettre par l'autorité de surveillance concernent des clients de négociants. La transmission d'informations sur des personnes qui, de manière évidente, ne sont pas impliquées dans une affaire nécessitant l'ouverture d'une enquête est interdite».

(3) L'art. 38 LBVM correspond aux art. 63 LFP ou 23 sexies LFB.

(4) Décision CFB 10 décembre 1997, Bulletin CFB 36, p. 25 ss, 32.

(5) Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ATF) 125 II 65 ss, 74.

(6) Arrêt du Tribunal fédéral du 29 octobre 1998 non publié dans la cause 2A213/1998, considérant 5.

(7) ATF 125 II 65 ss, 74.

(8) ATF 125 II 79 ss, 80.

(9) ATF 125 II 450 ss, 453.

(10) ATF 125 II 450 ss, 459 ss.

(11) ATF 125 II 65 ss, 77.

(12) ATF 126 II 126 ss, 141.

(13) ATF 126 II 126 ss, 140 : déclaration de la SEC à la CFB.

(14) Décision CFB 10 décembre 1997, Bulletin CFB 36, p. 25 ss, 36.

(15) ATF 125 II 79 ss, 80.

### Bibliographie

A. Althaus, *Amsthilfe und Vor-Ort-Kontrolle*, Berne 1997.

T. Amy, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière*, Zürich 1999.

Kung M., Huber F., Kuster M., «Kommentar zum Börsengesetz», Zürich 1998.

C. Lombardini, *Droit et pratique de la gestion de fortune*, Bâle 2000.

P. Nobel, *Rechsthilfe unter dem Eidgenössischen Börsengesetz*, *Revue Suisse du Droit des affaires* numéro spécial 1997, *Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières*, Ed. P. Nobel, p. 78 ss.

R. Sansonetti, *L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers*, Zürich 1998.

H.G. Tomasone, *Amsthilfe und Bankgeheimnis*, Zurich 1997.

U. Zulauf, *Die Verwaltungsrathshilfe in den neuen Erlassen zum Finanzmarktrecht*, in: *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, hrsg. von P. NOBEL; Berne 1994, p. 77 ss.

U. Zulauf, *Rechsthilfe - Amsthilfe*, *Zur Zusammenarbeit der Eidg. Bankenkommision mit ausländischen Aufsichtsbehörden im Rahmen der neuen Banken-, Börsen- und Anlagefondsgesetzgebung des Bundes*, *Revue Suisse du Droit des Affaires* 1995, p. 50 ss.