
Annexe 1: Processus de réglementation et mise en œuvre

Table des matières

1	Introduction	3
1.1	Contexte	3
1.2	Mandat d'audit	3
2	Bases du processus de réglementation	3
2.1	Définition	3
2.2	Intégration du processus de réglementation sur le plan international.....	4
2.3	Bases de la politique en matière de marchés financiers	4
3	Participation des acteurs du marché.....	6
3.1	Bases existantes.....	6
3.2	Le défi de la mise en œuvre	6
3.3	Améliorations possibles	7
4	Identification précoce des évolutions réglementaires	8
4.1	Contexte	8
4.2	Identification précoce des nouvelles réglementations des marchés financiers à l'étranger.....	9
4.3	Améliorations possibles	9
5	Analyse des conséquences et analyse d'impact de la réglementation (AIR) 10	
5.1	Bases existantes.....	10
5.2	Analyses des conséquences et AIR en tant que paramètres réglementaires	11
5.3	Niveau de réglementation.....	11
5.4	Mise en œuvre.....	11
5.5	Améliorations possibles	12
6	Evaluation du besoin de réglementation.....	13
6.1	Indicateurs de réglementation	13
6.2	Constat d'un besoin d'intervention.....	13
6.3	Améliorations possibles	13
7	Processus législatif	14
7.1	Hiérarchie des normes.....	14
7.2	Autorégulation.....	15
7.3	Mise en œuvre: concept normatif	16
7.4	Améliorations possibles	16
8	Mise en œuvre de la réglementation	17
8.1	Contexte	17
8.2	Lignes directrices.....	17
8.3	Mise en œuvre.....	18
8.4	Améliorations possibles	18
9	Conclusions et recommandations.....	19
9.1	Conclusions	19
9.2	Recommandations.....	20

1 Introduction

1.1 Contexte

Des efforts ont été entrepris à la suite de la crise financière pour assurer la stabilité du système et pour conserver des conditions-cadres compétitives, un accès au marché et la protection des investisseurs. Leur harmonisation croissante au niveau mondial place la réglementation suisse des marchés financiers devant de nouveaux défis. On a notamment observé que la reconnaissance et l'application des normes internationales posaient régulièrement des problèmes de calendrier en Suisse. Cela tient, entre autres, à l'assise démocratique du processus législatif. Par ailleurs, la Suisse ne recherche pas suffisamment un consensus de base entre les autorités, les acteurs concernés et les milieux politiques lorsqu'elle adopte des normes internationales. Le processus de réglementation et la mise en œuvre correspondante doivent donc être optimisés pour garantir des conditions-cadres compétitives et l'accès au marché. Une réglementation appropriée, efficace, de grande qualité et dotée d'une large assise est primordiale pour l'avenir de la place financière suisse.

1.2 Mandat d'audit

Sur la base de ces constatations, nous avons examiné dans quelles parties du processus de réglementation et de quelle manière les optimisations souhaitées pourraient être réalisées dans la mise en œuvre de la législation. Le potentiel d'amélioration a été analysé dans les domaines suivants, conformément à la chronologie dudit processus:

1. participation des acteurs du marché (ch. 3)
2. identification précoce des évolutions réglementaires (ch. 4)
3. analyse des conséquences et analyse d'impact de la réglementation (ch. 5)
4. évaluation du besoin de réglementation (ch. 6)
5. processus législatif: hiérarchie des normes (ch. 7)
6. mise en œuvre de la réglementation (ch. 8)

Les résultats de l'audit effectué dans ces domaines sont compilés ci-après pour former une vue d'ensemble. Après un passage introductif sur le processus de réglementation, le rapport se penche sur la participation des acteurs du marché et sur l'analyse d'impact de la réglementation, car ces deux thèmes centraux concernent l'ensemble du processus.

2 Bases du processus de réglementation

2.1 Définition

Sur le plan formel, les travaux législatifs peuvent être initiés par l'Assemblée fédérale (art. 160 de la Constitution fédérale, Cst.) ou par le Conseil fédéral (art. 181 Cst.). Dans le cadre du processus de réglementation (au sens strict) qui est défini formellement, il incombe au Conseil fédéral d'élaborer et de définir les stratégies en matière de marchés financiers et de réglementation. Dans la pratique, ce processus est souvent engagé à l'aide d'interventions parlementaires en raison de l'actualité politique ou par l'administration ou les acteurs du marché eux-mêmes. En vertu de la loi sur la consultation, les cantons, les associations et les milieux intéressés doivent être invités à participer à une phase précise du processus de réglementation. Les étapes concernant la consultation et les débats parlementaires sont régies par la loi, alors que celles de la conception et de la mise en œuvre d'une réglementation ne sont pas structurées – notamment sur la forme. Il n'existe ainsi aucune procédure standardisée et formalisée pour surveiller les comportements sur les marchés et les tendances réglementaires avant le processus de réglementation au sens strict.

Le présent rapport repose sur un processus de réglementation au sens large, qui comprend tant la surveillance des comportements sur les marchés et des tendances réglementaires dans le contexte international que l'examen consécutif du besoin de réglementation et le processus législatif proprement dit au sens de la loi sur la consultation et de celle sur le Parlement. Un processus de réglementation complet englobe également l'analyse d'impact de la réglementation (y compris l'analyse des conséquences), qui doit être réalisée à chaque étape du processus, et la mise en œuvre, c'est-à-dire l'exécution de cette réglementation (par ex. ordonnances, circulaires ou communications de l'autorité de surveillance et d'un organisme [agrée] d'autorégulation)¹. En revanche, l'application concrète d'une réglementation par les acteurs concernés ne relève pas de la définition de la mise en œuvre.

2.2 Intégration du processus de réglementation sur le plan international

Ces dernières années, l'intense activité réglementaire de l'Union européenne (UE) et des Etats-Unis a contraint la place financière suisse à adapter sa réglementation des marchés financiers pour pouvoir conserver son accès au marché et sa compétitivité. Le processus de réglementation ne peut donc plus être appréhendé en Suisse selon une approche purement nationale.

Les travaux législatifs découlent également de plus en plus des évolutions juridiques internationales ou d'obligations de droit international. Les normes appliquées à l'échelle mondiale influent toujours plus fréquemment sur la législation nationale. En outre, les organisations ou instances normatives affichent des attentes croissantes quant à l'application de ces normes par la Suisse (également). Celle-ci est représentée dans ces instances internationales, telles que l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE), le Conseil de stabilité financière (CSF), le Groupe d'Action Financière (GAFI), le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, l'International Association of Insurance Supervisors (IAIS) ou l'International Accounting Standards Board (IASB ou Bureau international des normes comptables). En 2013, elle a pu participer à la partie financière du G20 et acquérir ainsi une expérience précieuse sur le fonctionnement de ce dernier.

Au nom de la compétitivité, il est parfois nécessaire pour une partie des acteurs du marché que le droit suisse s'adapte sous une forme équivalente aux évolutions internationales (par ex. accès au marché). Une modification de la législation suisse peut également se révéler indispensable pour préserver la réputation de la place financière suisse.

La participation active de la Suisse aux instances internationales est essentielle, car celles-ci élaborent généralement des réglementations lors de procédures rapides et peu structurées. La transposition de ces textes en droit national peut parfois être imposée et assortie de menaces de sanctions. Les autorités suisses s'efforcent de prendre part à la conception des normes internationales. La définition préalable d'un avis clair avec toutes les autorités pertinentes facilite donc le positionnement de la Suisse sur la scène internationale.

Le dynamisme des évolutions juridiques internationales et les développements nationaux conduisent régulièrement à engager le processus législatif dans l'urgence. La participation des acteurs du marché et des spécialistes intervient parfois trop tardivement, de sorte que le projet n'est pas toujours suffisamment axé sur la pratique. Il est alors difficile d'analyser le sujet en profondeur et des thématiques complexes doivent être étudiées en un temps extrêmement court – notamment par le Parlement. Il faut examiner les éventuelles marges de manœuvre lors de l'application des normes internationales et veiller à conserver la systématique de la réglementation des marchés financiers et la qualité de la législation.

2.3 Bases de la politique en matière de marchés financiers

Dans ce contexte, il convient de mentionner au préalable le mandat constitutionnel confié à la Confédération (et aux cantons), à savoir sauvegarder les intérêts de l'économie nationale

¹ Cf. également l'illustration en annexe.

et créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée². Les objectifs et les principes de la politique en matière de marchés financiers qui ont été fixés dans le rapport du Conseil fédéral du 19 décembre 2012³ s'appuient sur ces critères. Ils sont considérés dans le présent document comme les fondements d'une réglementation efficace et efficiente.

Dans son rapport, le Conseil fédéral a désigné la qualité des prestations, la stabilité de l'économie et l'intégrité de la place financière comme **objectifs de la politique en matière de marchés financiers**. Ils doivent donc être considérés comme relevant de l'intérêt public lors de l'examen constitutionnel d'un processus de réglementation.

Par ailleurs, le Conseil fédéral a fixé des **principes** généraux et spécifiques à la réglementation du secteur financier pour atteindre ces objectifs⁴:

Principes généraux:

- Maintien et si possible augmentation de l'attrait de la place financière
- Respect de la neutralité concurrentielle lors de la fixation des conditions-cadres
- Prise en compte de la marge de manœuvre internationale
- Réduction des risques
- Respect du principe de proportionnalité dans l'utilisation des instruments politiques

Principes spécifiques:

- Nécessité économique et responsabilité
- Evaluation des coûts et de l'utilité pour les acteurs du marché et réglementation différenciée
- Vérification systématique et périodique de la nécessité de réglementer et de l'effet des règles existantes et nouvelles
- Réglementation claire et transparente élaborée en collaboration avec les milieux concernés
- Harmonisation du contenu et coordination dans le temps des réglementations
- Standards internationaux
- Garantie de la sécurité juridique

Dès 1995, le Conseil de l'OCDE publiait une liste de critères de référence pour la prise de décision en matière de réglementation sous la forme d'une recommandation concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle^{5 6}. Sur cette base, il remettait en 2012 aux Etats membres une recommandation concernant la politique et la gouvernance réglementaires⁷. Sur le fond, les principes et les objectifs réglementaires de la Confédération sont conformes dans une large mesure à ceux de l'OCDE.

² Art. 94, al. 2 et 3, Cst.; RS 101

³ Rapport du 19 décembre 2012 concernant la politique de la Confédération en matière de marchés financiers (ci-après: rapport du Conseil fédéral), consultable à l'adresse: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/02679/index.html?lang=fr>

⁴ Cf. rapport du Conseil fédéral, p. 19 s. pour une présentation détaillée des principes et des objectifs

⁵ Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle, 9 mars 1995; <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=128&Lang=fr&Book=False>

⁶ Liste de critères de référence de l'OCDE pour la prise de décision en matière de réglementation: <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35220214.pdf>

⁷ Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires, OCDE 2012; <http://www.oecd.org/fr/gouvernance/politique-reglementaire/Recommandation%20with%20cover%20FR.pdf>

3 Participation des acteurs du marché

3.1 Bases existantes

La participation des acteurs du marché à la réglementation des marchés financiers⁸ est ancrée dans la Constitution (art. 147 Cst.). La concrétisation de la consultation est définie dans la loi sur la consultation (art. 3 et art. 2, al. 1, LCo)⁹.

De plus, la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)¹⁰ contraint l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) à veiller à la transparence du processus de réglementation et à la participation appropriée des milieux concernés (art. 7, al. 4, LFINMA). La FINMA a précisé cette obligation légale dans ses lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers¹¹ (ci-après lignes directrices de la FINMA).

Concernant la participation à la planification des réglementations, les lignes directrices du DFF applicables à la réglementation des marchés financiers¹² (ci-après lignes directrices du DFF), qui sont mentionnées dans le rapport du Conseil fédéral, prévoient que les autorités chargées de la réglementation informent sur les projets prévus et en cours. En outre, les milieux concernés doivent être associés de façon adéquate dans la planification d'une réglementation (ch. 8 des lignes directrices du DFF). La FINMA aussi doit communiquer dès que possible des informations sur les projets de réglementation en cours ainsi que sur leur état d'avancement (ch. 14 des lignes directrices de la FINMA)¹³.

Le principe d'une réglementation participative des marchés financiers est également reconnu sur le plan international. Dans sa recommandation concernant la politique et la gouvernance réglementaires, le Conseil de l'OCDE suggère d'«adhérer aux principes de l'ouverture de l'administration, notamment la transparence et la participation au processus de réglementation, de sorte que la réglementation serve les intérêts de la collectivité.»¹⁴

3.2 Le défi de la mise en œuvre

3.2.1 Concrétisation du principe d'une réglementation participative des marchés financiers

Hormis la procédure d'audition prévue dans la loi sur la consultation, l'obligation normative de participation des acteurs du marché n'a pas été concrétisée plus avant. Il manque une systématique rigoureuse pour faire appel à ceux-ci en dehors d'une consultation formelle au sens de cette loi.

Eu égard aux délais serrés, la planification de la réglementation et l'élaboration des projets correspondants ne peuvent intervenir qu'au sein de l'administration, sans une participation précoce appropriée des milieux concernés. L'évolution juridique internationale étant dynamique, on peut certes bénéficier de l'expérience et du savoir des autorités, mais les connaissances pratiques des acteurs du marché sont en revanche perdues en l'espèce.

⁸ Selon l'implication, cela englobe également les sociétés non financières (émetteurs par ex.).

⁹ RS 172.06

¹⁰ RS 956.1

¹¹ FINMA, juillet 2013; <http://www.finma.ch/f/regulierung/gesetze/Documents/leitlinien-finanzmarktregulierung-20130703-f.pdf>

¹² <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/dokumentation/dokumente-nach-thema/finanzmarktregulierung-und-aufsicht.html>

¹³ Cf. également le guide de législation de l'Office fédéral de la justice, notamment le ch. 1321.1, 2007; <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/gleitf-f.pdf>

¹⁴ Recommandation de l'OCDE, 2012, ch. I.2, p. 6

La participation des acteurs du marché ne doit cependant ni paralyser ni influencer unilatéralement la planification de la réglementation et le processus de réglementation (risque de détournement de la réglementation ou *regulatory capture*), mais être axée sur l'intérêt public général. Pour parvenir à élaborer une réglementation conforme aux principes correspondants, les acteurs du marché doivent être en mesure – dès la phase d'identification précoce – d'éviter les conflits d'intérêt ou, du moins, de les divulguer. Par ailleurs, leur participation précoce ne doit pas déboucher sur l'octroi d'un avantage aux groupes mieux organisés ni faire pencher la réglementation en leur faveur. Les intérêts particuliers ne devraient être invoqués que lors de la procédure de consultation.

Il faut néanmoins souligner que l'accès aux pouvoirs publics ou la participation des milieux intéressés sont plus étendus dans le processus de réglementation suisse que sur le plan international. Ce critère devrait être conservé.

3.2.2 Forum Place financière

Dirigé par le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI), le Forum Place financière rassemble actuellement la Banque nationale suisse (BNS), la FINMA, l'Association suisse des banquiers (ASB), SIX, l'Association suisse d'assurances (ASA), la Swiss Funds and Asset Management Association (SFAMA) et, désormais, les gestionnaires de fortune. Il doit notamment assumer des «fonctions d'identification précoce» sur le plan stratégique et peut faire appel à d'autres groupes d'intérêt selon le sujet et les besoins.

Le Forum Place financière vise à impliquer les acteurs concernés du marché dans l'aménagement des conditions-cadres et dans la mise en œuvre des mesures politiques relatives aux marchés financiers à travers une collaboration institutionnelle entre les autorités et le secteur privé de manière à trouver des solutions différenciées répondant aux besoins¹⁵. Par ailleurs, la politique de la Suisse en matière de marchés financiers et les intentions du Conseil fédéral qui la sous-tendent doivent être présentées de façon systématique et crédible à l'étranger. Le DFF élabore et applique des stratégies et des concepts de communication appropriés avec la participation du secteur privé et en collaboration avec le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), en particulier avec les représentations suisses à l'étranger et avec Présence Suisse¹⁶.

3.3 Améliorations possibles

3.3.1 Extension du dialogue institutionnalisé

Les lacunes mentionnées aux différentes étapes du processus de réglementation actuel doivent être comblées pour pouvoir suivre les évolutions de la réglementation sur les marchés financiers, tout en élaborant une législation correspondante en Suisse qui soit crédible et acceptée sur le plan tant national qu'international – voire reconnue comme équivalente. La participation adéquate des acteurs du marché constitue dès lors une priorité.

Un dialogue permanent et institutionnalisé entre les autorités, les acteurs du marché, les spécialistes et, le cas échéant, des représentants du Parlement optimise sensiblement l'identification précoce des évolutions réglementaires en Suisse et à l'étranger. Il englobe une planification évolutive de la réglementation, qui fait appel aux acteurs du marché et définit les priorités correspondantes en fonction du contexte international. Les autorités doivent concevoir ce dialogue de façon transparente et l'organiser de manière à garantir une représentation adéquate de toutes les parties concernées. Elles communiquent ouvertement sur la planification et la stratégie en matière de marchés financiers, qui doivent toutes deux être élaborées par le Conseil fédéral, et sur la position de la Suisse dans les instances internationales.

De plus, la stratégie de base définie par le Conseil fédéral pour la réglementation des marchés financiers sera affinée régulièrement dans le cadre de ce dialogue avec les acteurs du

¹⁵ Cf. rapport du Conseil fédéral, ch. 4.1.2, p. 26

¹⁶ Cf. rapport du Conseil fédéral, référence citée.

marché et les experts. Grâce à leurs réseaux et à leur accès facilité à l'information, les acteurs du marché peuvent contribuer fortement à l'identification précoce des besoins de réglementation, ce qui permet d'engager le processus de réglementation assez tôt lors de l'analyse de ces derniers.

3.3.2 Communication offensive

En plus d'un dialogue étendu, une stratégie de communication offensive tout au long du processus de réglementation assure une large participation des parties prenantes. Avoir rapidement connaissance des projets de réglementation permettrait également aux acteurs du marché et aux milieux politiques de prendre une part plus active à ce processus, à un moment où l'approche adoptée peut encore être corrigée.

Ces opérations de communication englobent notamment les informations fournies par les intervenants du DFF/de la FINMA dans la presse spécialisée, lors de séminaires et auprès des associations, ces dernières étant libres de les transmettre à leurs membres.

A l'avenir, il faudrait donc inciter le DFF, voire la FINMA, à informer de manière institutionnalisée, une à deux fois par an, un public spécialisé sur les perspectives générales, les réglementations existantes et futures et, le cas échéant, d'autres sujets d'actualité concernant les marchés financiers.

Une autorité devrait communiquer, notamment lors d'une procédure de consultation, de manière plus transparente sur l'évaluation et la pondération des avis émis par les acteurs concernés, soit dans le cadre du message correspondant, soit au cours d'entretiens informels avec ces personnes.

3.3.3 Le Forum Place financière en tant que service de coordination

A l'avenir, le Forum Place financière devrait également agir en tant que service de coordination dans le dialogue entre les autorités et les acteurs du marché portant sur les questions de réglementation. Des groupes de travail dont la composition variera selon les sujets traités examineront les connaissances et émettront des recommandations destinées au Forum Place financière. L'extension du dialogue institutionnalisé lors de la phase d'identification précoce devra être coordonnée avec le mandat du Forum Place financière¹⁷. Les enseignements tirés du dialogue devront être exploités et gérés. L'organisation et le mandat du Forum Place financière seront précisés en la matière. La composition de ce dernier devra être adaptée afin de représenter de façon adéquate tous les acteurs concernés du marché.

4 Identification précoce des évolutions réglementaires

4.1 Contexte

Dans le processus de réglementation au sens large, la procédure et la participation des acteurs concernés ne sont définies que de manière générale¹⁸. Il n'existe aucune règle de procédure standardisée pour identifier précocement les tendances réglementaires. Eu égard à l'urgence croissante induite par les projets de réglementation au niveau mondial, une identification précoce institutionnalisée aurait un effet positif, car elle permettrait d'appréhender ces tendances en temps opportun et d'élaborer en peu de temps des concepts de mise en œuvre.

¹⁷ Rapport du Conseil fédéral du 16 décembre 2009 en réponse au postulat Graber (09.3209): axes stratégiques de la politique suisse en matière de place financière (rapport en réponse au postulat Graber)

¹⁸ Cf. ch. 2.1

4.2 Identification précoce des nouvelles réglementations des marchés financiers à l'étranger

Dans son rapport du 16 décembre 2009 en réponse au postulat Graber (09.3209) «Axes stratégiques de la politique suisse en matière de place financière»¹⁹, le Conseil fédéral indiquait que les mesures prises par les régulateurs des autres marchés financiers, en tout premier lieu ceux des Etats-Unis et de l'UE, avaient de plus en plus souvent et plus directement des répercussions en Suisse et que celle-ci devait donc améliorer ses mécanismes d'identification précoce. Le projet FFA (*Früherkennung Finanzmarktregulierung Ausland*) devait notamment permettre un échange d'informations sur une plate-forme électronique fermée pour poursuivre la collaboration entre la place financière, les autorités et le gouvernement, le but étant d'améliorer les conditions-cadres et d'accroître la compétitivité de la place financière suisse²⁰. Le système FFA, auquel des collaborateurs sélectionnés des autorités et des associations sectorielles ont accès, serait pleinement opérationnel. On a cependant constaté que les informations confidentielles continuent d'être échangées uniquement de manière bilatérale. Cette plate-forme présente donc un avantage très faible et n'est pas utilisée.

4.3 Améliorations possibles

4.3.1 Positionnement de la Suisse

Les autorités devraient intensifier leurs efforts pour participer aux instances internationales et à l'élaboration des normes mondiales et également s'appuyer en la matière – là encore grâce à un dialogue institutionnalisé – sur les connaissances spécialisées des acteurs du marché dotés d'un réseau mondial. Avant de contribuer à la rédaction de ces normes, il faut définir, dans le cadre de ce dialogue, les objectifs de la Suisse et les standards qu'elle estime déterminants.

Une planification et une stratégie de réglementation bénéficiant d'une large assise permettent aux autorités suisses de défendre leur position dans les instances internationales lors de l'élaboration des normes. La participation du marché, des spécialistes, voire des milieux politiques confère aux autorités une crédibilité accrue dans les négociations internationales et le soutien national requis pour pouvoir prendre d'éventuels engagements contraignants devant ces instances. Ceux-ci renforcent également la réputation de la Suisse, mais ne devraient pas limiter sa stratégie et sa réglementation en matière de marchés financiers.

4.3.2 Rédaction rapide d'une esquisse de projet

La publication rapide d'une esquisse de projet peut également renforcer le dialogue institutionnalisé étendu. Cette esquisse (dénuée de valeur juridique) comprend un concept sur la participation des acteurs du marché, qui précise notamment comment et à quel stade du processus de réglementation ces derniers et les experts sont entendus et prennent part à la rédaction (par ex. table ronde, auditions, entretiens avec des groupes spécialisés). L'esquisse de projet recommandée, qui doit relever de la phase de planification en vertu du guide de législation de l'Office fédéral de la justice²¹, se différencie d'un concept normatif²².

L'autorité peut s'appuyer sur des principes de réglementation reconnus²³ pour justifier l'évaluation des principales requêtes des acteurs du marché. On favorise ainsi la transparence et la compréhension, tout en augmentant l'acceptation de la réglementation. Les acteurs du marché ont, par ailleurs, la possibilité de se préparer en temps opportun aux futures réglementations, mais ils doivent également mettre à disposition des ressources pertinentes pour la consultation, l'analyse des conséquences et le travail réglementaire.

¹⁹ Cf. rapport en réponse au postulat Graber (09.3209): p. 61 ss

²⁰ Rapport en réponse au postulat Graber: p. 61 s.

²¹ Cf. Cm. 61 ss du guide de législation, module L-O-IP

²² Cf. Cm 159 ss du guide de législation, module L-O-IP

²³ Cf. ch. 2.3

5 Analyse des conséquences et analyse d'impact de la réglementation (AIR)

5.1 Bases existantes²⁴

Une analyse des conséquences évalue de manière prospective les conséquences générales éventuelles d'un acte législatif (y compris les coûts et l'utilité pour les différents acteurs et pour l'ensemble du marché financier) lors de chaque phase du processus de réglementation, alors que l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) fournit également une appréciation détaillée du besoin d'intervention, des autres réglementations entrant en ligne de compte et des aspects pratiques de l'exécution. Les résultats de l'analyse des conséquences sont publiés dans un rapport et exposés brièvement dans le message.

Le guide de législation de l'Office fédéral de la justice précise qu'une analyse des conséquences doit être réalisée dès la conception et qu'elle devrait influencer sur la rédaction de la loi au fur et à mesure de l'avancement du projet. Il peut donc être nécessaire d'effectuer cette analyse à chaque étape du processus de réglementation au sens large.

Une évaluation cohérente des coûts et de l'utilité des réglementations concernant les marchés financiers fait partie intégrante de la politique du Conseil fédéral en la matière²⁵. On utilise à cet égard également les «Lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers» qui ont été élaborées par le DFF en 2005 et qui constituent en quelque sorte une liste de contrôle pour la réalisation d'une AIR²⁶.

Lorsqu'elle met en place une réglementation, la FINMA doit appliquer des principes de réglementation qui tiennent compte des coûts induits pour les acteurs concernés (art. 7 LFINMA).

L'obligation de réaliser des analyses des conséquences et une AIR lorsque l'on légifère repose sur la Constitution fédérale²⁷ et sur la loi sur le Parlement²⁸. Par ailleurs, le Conseil fédéral a adopté dès 1999 des directives sur les conséquences économiques des projets d'actes législatifs. En 2013, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) a approuvé un manuel AIR²⁹, selon lequel une AIR doit porter sur les points suivants:

- nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat;
- impact du projet sur les différents groupes de la société;
- implications pour l'économie dans son ensemble;
- autres réglementations entrant en ligne de compte;
- aspects pratiques de l'exécution;
- art. 46 de la loi sur les cartels³⁰ (LCart; examen des projets d'actes normatifs de la Confédération quant aux conséquences sur la concurrence).

Par ailleurs, en vertu de la recommandation de l'OCDE³¹, l'analyse d'impact devrait déterminer si l'instrument réglementaire est nécessaire et dans quelles conditions il peut être le plus efficace et le plus efficient pour atteindre les objectifs politiques. Il faudrait également réfléchir à des moyens autres que la réglementation.

La collecte et l'évaluation de données pertinentes constituent l'un des défis les plus exigeants des analyses des conséquences en relation avec une AIR. Dans l'idéal, ces données

²⁴ Les bases légales de l'AIR sont également présentées à l'adresse suivante: <http://www.seco.admin.ch/themen/00374/00459/00465/04056/index.html?lang=fr> (25 avril 2014)

²⁵ Cf. rapport du Conseil fédéral, principale déclaration, p. 18

²⁶ <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/dokumentation/dokumente-nach-thema/finanzmarktregulierung-und-aufsicht.html>

²⁷ Cf. art. 5, al. 2, et art. 170 Cst.

²⁸ Cf. art. 141, al. 2, LParl; RS 171.10

²⁹ Cf. <http://www.seco.admin.ch/themen/00374/00459/00465/04052/index.html?lang=fr> (25 avril 2014)

³⁰ RS 251

³¹ <http://www.seco.admin.ch/themen/00374/00459/00465/04056/index.html?lang=fr>

sont obtenues empiriquement avec de faibles ressources, présentent une qualité élevée (validité, fiabilité, exactitude), proviennent de sources neutres et indépendantes (aucune distorsion par les intéressés) et sont très pertinentes lors de leur utilisation.

5.2 Analyses des conséquences et AIR en tant que paramètres réglementaires

Un projet de réglementation doit s'appuyer sur une évaluation des coûts et de l'utilité. Cette réglementation doit être proportionnée et tenir compte des différents modèles d'affaires, ce qui implique une structure différenciée. Les analyses des conséquences et l'AIR basée sur celles-ci sont des outils standardisés pour évaluer la conformité du projet avec ces principes.

Lors de l'évaluation du besoin de réglementation, il faut déterminer l'existence d'un tel besoin sur la base d'une analyse des coûts et de l'utilité pour l'ensemble de l'économie. On mènera dans ce cadre un dialogue institutionnalisé entre les autorités et les acteurs du marché et on examinera l'impact et l'efficacité de la réglementation prévue. Ce dialogue devrait accompagner le processus législatif jusqu'à sa conclusion. Ses résultats peuvent être pris en compte dans l'analyse des conséquences et dans l'AIR connexe.

Une fois prise la décision de légiférer, une analyse *parallèle* des conséquences doit soutenir le processus de réglementation. Les réflexions sous-jacentes seront intégrées continuellement dans l'élaboration du projet de loi. Une analyse des conséquences exécutée régulièrement dans l'optique de l'AIR doit considérer l'ensemble de l'économie et présenter les coûts et l'utilité correspondants. Elle exposera les conséquences économiques pour les acteurs du marché et pour la compétitivité de la place financière suisse et s'efforcera de comparer les résultats avec les réglementations mises en œuvre par les places financières concurrentes.

Par ailleurs, l'analyse des conséquences sert à évaluer les *réglementations existantes* (clauses de révision). On déterminera dans ce cadre si les objectifs recherchés ont été atteints. La clause de révision adoptée dans la législation *too big to fail* illustre parfaitement ce propos. Elle permet d'examiner à intervalles réguliers les effets de la législation et de la réglementation et de procéder le cas échéant à des adaptations si celles-ci sont nécessaires.

5.3 Niveau de réglementation

Une analyse systématique des conséquences est requise lors de toute révision d'une loi. Elle devrait également être exécutée lors des révisions d'ordonnances, dans la mesure où l'on crée des bases légales ayant un impact sur l'ensemble de l'économie. De manière générale, plus les dispositions d'une ordonnance sont détaillées et restreignent la liberté d'action des acteurs concernés, plus une analyse des conséquences est nécessaire. Un autre point est décisif: l'existence d'un vaste consensus sur les adaptations prévues dans l'ordonnance ou la controverse qu'elles suscitent. Enfin, il faut réaliser une analyse des conséquences lorsque la FINMA édicte des ordonnances ou des circulaires ayant des conséquences sur toute l'économie. Les circulaires constituent certes, sur le plan juridique formel, une interprétation des bases légales par les autorités de surveillance, mais elles présentent de fait un caractère normatif.

5.4 Mise en œuvre

Concernant les récents projets de réglementation, la branche a l'impression – malgré les bases existantes – que l'AIR (exposée dans le message) n'est réalisée qu'à la fin du processus de réglementation et a plutôt tendance à être superficielle. Elle estime qu'une véritable interaction entre l'analyse des conséquences et le choix des outils réglementaires fait défaut. Elle déplore également l'absence de participation des acteurs du marché, alors que ceux-ci pourraient, à son avis, évaluer l'impact des différentes mesures. Il n'y a donc pas de moment idéal à tous points de vue pour mener une AIR. Une grande incertitude règne au début du processus législatif, car il n'existe encore aucune ébauche des dispositions légales proposées et l'on ignore la conception précise et, partant, les conséquences possibles des me-

sures. L'examen de ces conséquences est plus facile lors d'une phase ultérieure du processus législatif, lorsque des ébauches et des explications relatives aux dispositions légales ont été formulées. Or l'étude pertinente d'autres mesures possibles est souvent déjà très limitée à ce moment-là par rapport à une phase antérieure de ce processus.

Les tâches inhérentes à la réalisation d'une AIR sont plus exigeantes et plus approfondies, notamment en raison de l'évolution de la réglementation à l'étranger. La mise en œuvre des projets normatifs à travers l'AIR implique donc, d'une part, que les acteurs du marché mettent à disposition des informations pertinentes pour analyser les conséquences des projets et agissent comme un «comité consultatif» (*sounding board*) lors des résultats provisoires et, d'autre part, que les autorités prévoient des ressources appropriées.

5.5 Améliorations possibles

5.5.1 Réalisation précoce

Pour être utile, l'analyse des conséquences doit être réalisée assez tôt dans le processus de réglementation. Il est recommandé de commencer les analyses liées à l'AIR dès les premières étapes du processus (élaboration d'une esquisse du projet, rapport). Les analyses pourront ensuite être approfondies pendant les différentes phases ultérieures. Lors de la procédure de consultation, les premiers résultats doivent être exposés dans le rapport explicatif. Ils seront dès lors disponibles pour la consultation des offices. Les résultats de la phase finale de l'AIR devront figurer dans le message ou dans la proposition au Conseil fédéral.

L'exigence d'une analyse précoce et continue des conséquences d'un projet de réglementation ne doit toutefois pas faire oublier que le principe de proportionnalité qui prévaut dans la politique en matière de marchés financiers s'applique également aux analyses des conséquences et aux AIR et qu'il faut donc aussi tenir compte des coûts et de l'efficacité dans ce domaine.

Si un projet de réglementation concerne plus de 10 000 entreprises et s'il peut entraîner une hausse de la charge administrative, il faut également procéder à une évaluation quantitative des coûts de la réglementation dans le cadre de l'AIR, ainsi qu'à une évaluation qualitative à l'aide du test de compatibilité PME (ou test PME).

5.5.2 Facteurs de succès d'une AIR

Les expériences acquises ces dernières années avec l'AIR ont révélé que plusieurs facteurs devaient être considérés en la matière. Le nombre d'auteurs est déterminant – le cas échéant, une externalisation même partielle de l'AIR est nécessaire. L'évaluation des coûts et de l'utilité doit être présentée de manière transparente et être quantifiée dans la mesure du possible. En outre, l'AIR doit être rédigée de telle sorte qu'elle soit compréhensible pour des personnes plus ou moins aguerries.

Comme dans toute analyse, une interaction et une réflexion critique sont bénéfiques à l'AIR. Il est donc judicieux de faire appel à plusieurs autorités et représentants du secteur lors de l'élaboration de l'AIR. Il peut être nécessaire d'externaliser son exécution (par ex. auprès d'une université) si l'administration ne dispose pas des connaissances spécialisées ou des ressources suffisantes ou si l'on table sur une opposition importante à la réglementation. Dans ce cas, l'indépendance des experts mandatés devra être assurée autant que possible. L'évaluation des coûts et de l'utilité devrait reposer, si possible, sur des données statistiques correspondantes afin de pouvoir fournir des informations quantitatives transparentes. Dans le cas contraire, il faudra préciser comment et pourquoi les éléments non quantifiables ont été évalués et pondérés. Les estimations et les évaluations doivent être compréhensibles.

6 Evaluation du besoin de réglementation

6.1 Indicateurs de réglementation

Les indicateurs suivants peuvent révéler un besoin de réglementation:³²

1. événements de portée particulière;
2. nouveautés ou modifications sur le marché financier, qui peuvent survenir tant en Suisse qu'à l'étranger;
3. réglementation adoptée par des Etats tiers ou des instances internationales;
4. constatation d'une divergence entre la situation effective et les objectifs de la politique en matière de marchés financiers (indicateur uniquement national).

Certains problèmes qui peuvent se produire sur le marché financier ne constituent donc pas en soi des indicateurs de réglementation. Les enseignements issus de l'identification précoce des évolutions réglementaires dans le cadre du dialogue institutionnalisé soutiennent le processus d'identification de ces indicateurs.

6.2 Constat d'un besoin d'intervention

Le besoin effectif (et non purement indiciel) de réglementation est évalué à l'aune de la politique de la Confédération en matière de marchés financiers, telle que le Conseil fédéral l'a définie dans son rapport au 19 décembre 2012³³. On s'appuie pour ce faire sur les principes énoncés par le Conseil fédéral³⁴. Les buts et les principes de réglementation de la surveillance des marchés financiers, qui sont fixés dans la LFINMA³⁵, s'appliquent également.

Le besoin de réglementation doit être mesuré et examiné à l'aide de ces principes, l'objectif étant de l'évaluer objectivement et d'améliorer la compréhension de cette évaluation. Dans cette optique, les principes agissent comme des «filtres» pour éviter tout processus de réglementation inutile.

6.3 Améliorations possibles

6.3.1 Précision des principes prioritaires

Les risques découlant de l'adaptation de la réglementation et le rapport coûts/utilité (analyse d'impact de la réglementation) doivent être examinés précisément. Les autorités de régulation doivent rechercher un haut niveau d'efficacité et de différenciation pour la réglementation, estimer autant que possible les effets et les coûts pour les acteurs concernés (prestataires et clients) et les évaluer à l'aune des avantages escomptés. Cela correspond à la première recommandation du Conseil de l'OCDE: l'intérêt économique, social et environnemental d'une réglementation doit justifier son coût.

L'évaluation du besoin de réglementation doit tenir compte de tous les objectifs de la politique en matière de marchés financiers, à savoir la protection des investisseurs, celle du système et la compétitivité. De plus, il faut examiner lors de l'analyse des conséquences si et comment ces objectifs peuvent être réalisés avec les moyens proposés.

Il semble dès lors opportun de préciser les principes suivants dans le cadre du processus de réglementation, les autres principes conservant par ailleurs toute leur validité:

³² Ils peuvent également révéler un besoin de déréglementation.

³³ Cf. rapport du Conseil fédéral, ch. 3, p. 19 s.

³⁴ Cf. ch. 2.3

³⁵ RS 956.1; art. 5 et 7

1. Evaluation des **coûts et de l'utilité** pour les acteurs du marché et examen des possibilités de différenciation: les éventuelles conséquences juridiques et économiques des réglementations prévues (aux niveaux national et international) doivent être évaluées empiriquement dans le cadre d'AIR standardisées, avant et pendant la formulation des nouvelles règles, et prises en compte tout au long du processus législatif.
2. Respect du **principe de proportionnalité** dans l'utilisation des instruments politiques; nécessité économique et responsabilité: un examen approfondi et équilibré du principe de proportionnalité des réglementations (adéquation, nécessité et subsidiarité) permet de mieux coordonner les exigences relatives à la compétitivité de la place financière ainsi qu'à la protection des investisseurs et du système. Une mesure réglementaire doit être appropriée pour atteindre le but correspondant ainsi recherché.
3. **Standards internationaux**: les normes internationales déterminantes doivent être définies dans le cadre du dialogue institutionnalisé. Leur reprise devrait respecter les principes sous-jacents de la législation, mais des exceptions demeurent possibles en cas de conflits d'intérêt qualifiés et dans l'intérêt de toute l'économie. Leur mise en œuvre effective dans des pays présentant une réglementation équivalente et des marchés comparables peut également servir de référence en vue de la reprise de ces normes.
4. Prise en compte de la **marge de manœuvre internationale**: lorsqu'il existe une marge de manœuvre, il faut également considérer les particularités nationales. Si la Suisse définit au préalable les normes internationales qu'elle doit reprendre tout en préservant ses propres particularités, elle peut renforcer sa compétitivité en tant que place financière internationale. Il faut éviter tout *swiss finish* qui, sans motif particulier, instaurerait une réglementation allant au-delà des normes internationales. Par exemple, une réglementation divergeant d'un standard international peut être opportune si elle justifie l'avantage économique qui en découle.
5. Maintien et si possible augmentation de **l'attrait de la place financière**: cet attrait suppose une protection efficace des clients et du système. La nécessité d'une mesure réglementaire relative à la protection des investisseurs doit être justifiée empiriquement.

6.3.2 Mise en œuvre

Le processus de réglementation sera engagé uniquement après la constatation d'un besoin et pour réaliser les trois objectifs de la politique en matière de marchés financiers, c'est-à-dire si,

1. à l'aide d'indicateurs (par ex. événement, réglementation adoptée par des instances internationales) et
2. sur la base des principes de cette politique,
3. un besoin de réglementation est identifié qui
4. s'avère nécessaire pour atteindre ces objectifs.

7 Processus législatif

7.1 Hiérarchie des normes

La *Constitution fédérale* abrite les principaux fondements de cette thématique, et en particulier l'art. 163 Cst. sur la forme des actes édictés par l'Assemblée fédérale, l'art. 164, al. 1, Cst. sur la définition des «dispositions importantes qui fixent des règles de droit» et l'art. 164, al. 2, Cst. sur la délégation législative. L'art. 182 Cst. concernant la compétence générale du Conseil fédéral en matière d'exécution et d'ordonnances est également pertinent. L'art. 141 Cst. a quant à lui une importance notable pour le processus politique, puisqu'il soumet les lois fédérales au référendum facultatif. Il convient également de mentionner les compétences

jurisprudentielles du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral en vertu de l'art. 188 ss Cst. Ces deux instances ne peuvent certes pas examiner la constitutionnalité des lois fédérales, mais elles peuvent vérifier la légalité de toutes les normes de rang inférieur. En outre, leurs arrêts créent dans des cas particuliers une jurisprudence pertinente pour interpréter l'ordre juridique dans son ensemble.

Ces bases sont ensuite concrétisées plus avant dans plusieurs *lois fédérales* (cf. par ex. les art. 7 ss et 48 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration³⁶). La FINMA aussi dispose de compétences pour édicter des ordonnances, lorsque la législation sur les marchés financiers le prévoit, et des circulaires, afin de préciser les modalités d'application de la législation sur les marchés financiers (art. 7 LFINMA; cf. également l'art. 23 de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral des finances³⁷). L'art. 7, al. 2, LFINMA énonce par ailleurs les principes de réglementation essentiels pour la FINMA et notamment, de manière explicite, l'exigence d'une réglementation différenciée (let. c).

Dans l'*ordonnance sur l'organisation* du Département fédéral de justice et police, l'Office fédéral de la justice (OFJ) est notamment chargé d'examiner la constitutionnalité et la légalité de l'ensemble des projets d'actes législatifs, leur conformité et leur compatibilité avec le droit national et international en vigueur et leur exactitude quant au fond ainsi que, en collaboration avec la Chancellerie fédérale (ChF), leur pertinence dans la perspective de la technique législative et de la rédaction (contrôles juridiques préventifs³⁸). Le *guide de législation* de l'OFJ rassemble les lignes directrices pour l'élaboration de la législation fédérale, qui doivent être respectées par l'administration fédérale. Toutes les personnes prenant part à un processus législatif doivent appliquer les exigences générales.

7.2 Autorégulation

Instrument reconnu en Suisse, l'autorégulation constitue une autre forme de réglementation en dehors de la hiérarchie étatique des normes. Il existe plusieurs types d'autorégulation, qui doivent clairement être différenciés:

On parle d'autorégulation facultative, libre ou véritable lorsque des particuliers édictent, sans mandat ni participation de l'Etat, des règles applicables à un cercle précis de particuliers (par ex. informations spécialisées de la Swiss Funds and Asset Management Association).

En cas d'autorégulation déléguée ou obligatoire, un acte législatif accorde par délégation à la branche concernée la *possibilité* d'élaborer une autorégulation (= autorégulation déléguée) ou lui confère un *mandat* à cet effet (= autorégulation obligatoire)³⁹.

Si une autorégulation est reconnue par la FINMA comme standard minimum en vertu de l'art. 7, al. 3, LFINMA, on parle alors d'autorégulation reconnue (ou dirigée). Elle s'applique dès lors à un nombre étendu d'acteurs sur le plan prudentiel (par ex. Convention relative à l'obligation de diligence des banques, CDB 08). Les autorégulations ne peuvent et ne doivent pas remplacer la législation de l'Etat, ni être utilisées pour se substituer à un échelon normatif approprié. De plus, les standards issus de l'autorégulation ne sont généralement pas considérés comme des normes juridiques à l'étranger, notamment aux Etats-Unis et dans l'UE, ce qui empêche de reconnaître l'équivalence de la réglementation suisse. Utilisée correctement, l'autorégulation représente néanmoins un instrument éprouvé et reconnu en Suisse.

³⁶ LOGA; RS 172.010

³⁷ Org DFF; RS 172.215.1

³⁸ Cf. art. 7, al. 3, Org DFJP; RS 172.213.1

³⁹ Exemple d'autorégulation déléguée: art. 25 de la loi sur le blanchiment d'argent (règlement des organismes d'autorégulation); exemples d'autorégulation obligatoire: art. 37h de la loi sur les banques (garantie des dépôts), art. 4, al. 3, de l'ordonnance sur les placements collectifs (exigences afférentes au prospectus pour les produits structurés) et art. 4 de la loi sur les bourses (organisation de l'exploitation, de l'administration et de la surveillance d'une bourse).

7.3 Mise en œuvre: concept normatif

La hiérarchie des normes et les principes de la délégation législative doivent être pris en compte dans le processus de réglementation. Le contenu principal de la réglementation, les décisions fondamentales et les limites de la délégation doivent être ancrés dans une loi formelle. Pour favoriser la sécurité juridique et l'acceptation, les bases légales doivent être formulées de telle sorte que l'autorité d'exécution dispose de garde-fous clairs lors de l'application du droit. A cet égard, une approche basée sur des principes doit être conservée.

L'expérience acquise dans l'application des règles existantes concernant la hiérarchie des normes et le processus législatif a mis en lumière plusieurs problèmes. Les dispositions des lois et des ordonnances sont souvent formulées de manière trop vague ou une décision est déléguée à l'avance à un acte législatif de rang inférieur. Les principes conceptuels de l'autorégulation sont flous ou ils sont fréquemment négligés. Les rôles, les tâches et les compétences définis pour les autorités compétentes sont combinés ou celles-ci ne peuvent pas assumer pleinement leur rôle, par exemple en raison de la confidentialité des affaires traitées par le Conseil fédéral.

Parfois, la réglementation est adoptée à un échelon normatif «inapproprié», car on a renoncé à une planification conceptuelle précoce. Or l'élaboration d'un concept normatif est indispensable précisément dans le domaine des marchés financiers, où il faut souvent réglementer des sujets extrêmement complexes dans un laps de temps très court et faire appel à de très nombreuses parties prenantes. Ce concept permet de mettre en place ultérieurement une base solide pour un avant-projet et prévoit une procédure structurée pour les différentes étapes de travail que sont la *définition du problème*, la *formulation des objectifs* et le *choix de la solution* (informations détaillées à ce sujet dans le module «loi», Cm 83 ss).

7.4 Améliorations possibles

L'élaboration de concepts normatifs solides (notamment définition de l'échelon normatif approprié et prévention des normes de délégation ouvertes; le cas échéant, fixation de la forme adéquate d'autorégulation) et l'intégration structurée des connaissances spécialisées internes et externes à l'administration (y compris celles des futurs assujettis du secteur des marchés financiers et de la FINMA) doivent intervenir dès la phase de conception.

Eu égard à son mandat particulier, il faut faire appel à l'OFJ en temps opportun, c'est-à-dire avant de prendre des décisions de principe, pour qu'il réalise un contrôle juridique préventif au sein de l'administration. Les solutions retenues devront notamment être examinées (par ex. domaine de l'autorégulation). La transparence sera assurée très tôt dans le processus d'élaboration, par exemple lorsque la loi n'apporte (encore) aucune réponse exhaustive à une question précise. Des clauses de révision ou d'évaluation (comme dans la réglementation *too big to fail*) ou – dans une moindre mesure – des clauses de limitation dans le temps (*sunset clause*)⁴⁰ peuvent constituer des solutions dans certains cas. L'impact sur d'autres actes législatif sera toutefois étudié. De plus, il faut prévoir des dispositions introductives et transitoires et des délais correspondants suffisants.

L'analyse de la situation dépeinte révèle que les bases en vigueur permettent de répondre aux questions concernant la hiérarchie des normes et le processus législatif. Des mesures sont cependant requises pour la mise en œuvre et pour le respect de ces bases. Les solutions mentionnées indiquent comment les principes de la hiérarchie des normes et de la délégation législative pourraient être renforcés concrètement.

⁴⁰ *Sunset clause*: la loi a une durée de validité limitée, sauf si sa prolongation est décidée dans un délai donné.

8 Mise en œuvre de la réglementation

8.1 Contexte

La mise en œuvre de la réglementation intervient lorsque le processus de réglementation est achevé et les actes législatifs sont entrés en vigueur sous une forme générale et abstraite. Cette phase porte sur les principes sous-jacents à l'exécution des lois et des ordonnances par les autorités compétentes et sur la manière dont les acteurs concernés du marché doivent les appliquer.

La FINMA exerce la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers⁴¹. Elle doit prendre les mesures et les décisions nécessaires à l'exécution de ces lois⁴². La FINMA doit informer le public sur son activité et sa pratique en matière de surveillance⁴³.

8.2 Lignes directrices

D'après les principes de la réglementation prudentielle, celle-ci est définie dans «des ordonnances lorsque la législation sur les marchés financiers le prévoit» et dans «des circulaires afin de préciser les modalités d'application de la législation sur les marchés financiers».⁴⁴ La mise en œuvre de ces principes est exposée dans les «Lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers» du 3 juillet 2013⁴⁵ ⁴⁶. La FINMA s'efforce de la faciliter au sens strict en assurant l'information et la formation et en répondant aux questions des assujettis ou des particuliers⁴⁷.

Comme les lignes directrices du DFF de septembre 2005⁴⁸, celles de la FINMA prévoient que cette dernière suive et observe les conséquences résultant des réglementations adoptées⁴⁹.

L'action de l'Etat et, partant, des autorités d'exécution doit être conforme aux principes fondamentaux du droit administratif qui sont énoncés dans la Constitution fédérale. Il s'agit notamment des principes de la légalité, de l'intérêt public et de la proportionnalité⁵⁰, du principe de l'égalité des droits⁵¹ et de celui de la bonne foi⁵².

Les tâches d'une autorité peuvent être assumées de différentes manières. Elles sont axées sur l'effet juridique ou sur le résultat d'une action et se différencient par les droits procéduraux. Une mesure juridique administrative prenant la forme d'actes juridiques vise un effet immédiat (par ex. actes législatifs et décisions). Les actes matériels et donc les mesures administratives effectives portent sur le résultat d'une action et peuvent avoir des effets juridiques indirects.

⁴¹ Art. 6 LFINMA; RS 956.1

⁴² Art. 56 LFINMA

⁴³ Art. 22, al. 1, LFINMA

⁴⁴ Art. 7, al. 1, LFINMA

⁴⁵ Art. 7, al. 5, LFINMA

⁴⁶ Consultables à l'adresse: <https://www.finma.ch/f/regulierung/gesetze/Documents/leitlinien-finanzmarktregulierung-20130703-f.pdf>

⁴⁷ Lignes directrices de la FINMA, ch. 16

⁴⁸ Cf. lignes directrices du DFF de septembre 2005, p. 4 et 6

⁴⁹ Lignes directrices de la FINMA, ch. 17

⁵⁰ Art. 5 Cst.

⁵¹ Art. 8 Cst.

⁵² Art. 5, al. 3, et art. 9 Cst.

8.3 Mise en œuvre

La FINMA exécute la réglementation des marchés financiers en appliquant les dispositions légales au cas par cas. Elle expose sa pratique administrative aux assujettis dans des circulaires. Celles-ci ne sont toutefois pas des actes législatifs, c'est-à-dire des dispositions générales et abstraites d'application directe, qui définissent les obligations des assujettis, leur confèrent des droits ou leur attribuent des compétences⁵³.

Par ailleurs, la FINMA communique son avis sur des thèmes ou questions importants par l'intermédiaire de documents de base ou de position ou de foires aux questions (*frequently asked questions*, FAQ). Bien que les communications n'aient aucune conséquence juridique et ne soient pas juridiquement contraignantes pour leurs destinataires, elles ont indirectement un effet juridique factuel, car elles indiquent aux acteurs concernés comment la FINMA déciderait en cas de requêtes, par exemple. Ces communications doivent donc satisfaire strictement au mandat légal. L'activité de communication de l'autorité d'exécution ne saurait remplacer le processus de fixation des règles de droit.

8.4 Améliorations possibles

Il faut tout d'abord appliquer de manière cohérente les principes de réglementation du Conseil fédéral et du DFF qui ont été mentionnés, les lignes directrices de la FINMA et les principes généraux du droit administratif (par ex. application modérée du droit).

De plus, la mise en œuvre de la réglementation se fait souvent dans l'urgence; il faut donc agir sur l'applicabilité de cette réglementation dès sa planification. Des dispositions transitoires claires doivent accorder aux acteurs concernés suffisamment de temps pour adapter leurs processus, systèmes et règlements internes et pour informer leurs clients.

Les communications juridiquement non contraignantes (documents de base, documents de position, FAQ) doivent être expressément désignées comme telles et utilisées avec modération compte tenu de leur impact effectif. Elles doivent respecter les limites fixées par les bases légales, être compatibles avec l'objectif de la surveillance des marchés financiers et se conformer aux compétences déléguées par le législateur. L'activité de communication de l'autorité d'exécution ne peut ni ne doit remplacer ou compléter le processus législatif établi. La communication fera l'objet d'une attention particulière notamment lorsqu'une modification considérée comme nécessaire des principes de réglementation étrangers doit être transposée en droit national.

L'efficacité et l'efficience de la réglementation devront également être contrôlées régulièrement dans le cadre de la mise en œuvre.

La FINMA a publié le 30 octobre 2014 des lignes directrices concernant la communication⁵⁴. Une fois les premières expériences faites avec ce nouveau concept de communication, celles-ci devront être soumises à une évaluation.

Le dialogue institutionnalisé englobe également la planification de la mise en œuvre de la réglementation et l'application proprement dite. Les mesures d'application doivent être annoncées à temps et les assujettis disposeront d'un délai suffisant pour s'adapter aux nouvelles règles.

Après une période prédéfinie, l'efficacité et l'efficience de la réglementation seront vérifiées *ex officio* ou à la demande des assujettis, dans la mesure où aucune vérification n'est requise en raison des développements actuels.

Les autorités doivent avoir des ressources appropriées pour pouvoir appliquer de manière adéquate les principes de réglementation lors de la mise en œuvre.

⁵³ Cf. message concernant la LFINMA, FF 2006 2773

⁵⁴ Cf. <http://www.finma.ch/f/aktuell/pages/mm-leitlinien-enforcement-kommunikation-20141030.aspx>.

Les lignes directrices tant du DFF que de la FINMA devront être examinées et complétées à l'aune des enseignements et des recommandations du présent rapport. Les autorités chargées de l'exécution des lignes directrices remaniées devront rendre compte de leur respect de manière régulière et sous une forme appropriée.

9 Conclusions et recommandations

9.1 Conclusions

9.1.1 Bases adéquates: mise en œuvre déficiente

Le marché financier suisse et les autorités disposent des bases constitutionnelles, des lois et des principes de réglementation nécessaires à l'ensemble du processus correspondant. Leur prise en compte et leur application dans ce dernier, à savoir durant la phase de planification et de mise en œuvre, ainsi que dans le processus législatif proprement dit sont toutefois trop peu systématiques. Cela empêche les autorités de bénéficier d'informations et de connaissances précieuses pendant le processus législatif. En général, l'analyse d'impact de la réglementation est réalisée trop tardivement pour la même raison.

Les travaux conceptuels préparatoires sont négligés. L'urgence inhérente au processus de réglementation, qui découle souvent du rythme accru des réglementations sur le plan international et du besoin d'adaptation consécutif, limite dès lors toute possibilité de rectification.

Les acteurs du marché déplorent un manque de transparence et l'absence de concepts normatifs et de concepts de communication dans la mise en œuvre des réglementations.

9.1.2 Extension du dialogue

Une extension du dialogue institutionnalisé devrait garantir la participation des acteurs concernés du marché tout au long du processus de réglementation. Cela suppose, d'une part, que ceux-ci mettent à disposition des ressources correspondantes et, d'autre part, que les autorités prévoient dans leur planification le temps nécessaire à un échange approprié.

Les autorités se sont efforcées d'intensifier la participation des acteurs du marché, mais les mesures mises en place manquaient d'attractivité (par ex. FFA) ou leur mandat concernant la réglementation des marchés financiers était trop vague (Forum Place financière) pour garantir la participation systématique escomptée.

9.1.3 Intégration du processus de réglementation sur le plan international

L'évolution réglementaire au niveau international et dans l'UE a un impact croissant sur la place financière suisse. Les Etats tiers sont de plus en plus souvent contraints de reprendre des normes juridiques internationales ou européennes pour conserver leur accès au marché. Il faut donc renforcer la participation active de la Suisse aux instances internationales.

9.1.4 Participation des acteurs du marché: conflits d'intérêt

«Conformément à la Constitution fédérale, la politique économique de la Confédération et des cantons doit sauvegarder les intérêts de l'économie nationale...»⁵⁵. La participation systématique et institutionnalisée des acteurs concernés du marché aux différentes phases de planification de la réglementation et à la réalisation des projets correspondants leur confère une certaine responsabilité. Elle suppose la représentation de positions «neutres» sur le plan tant économique que politique au sens des principes de réglementation. La procédure formelle de consultation est destinée à faire valoir des intérêts particuliers, mais durant les étapes antérieures de leur participation au processus de réglementation, les acteurs du marché doivent veiller à ce que ces intérêts n'entravent pas le processus et n'engendrent aucune discrimination à l'égard de certains acteurs ou segments du marché. Dans le cadre de

⁵⁵ Rapport du Conseil fédéral, ch. 3, p. 19; art. 94, al. 2, Cst.

son mandat, le Forum Place financière doit s'assurer, d'une part, que les intérêts de l'économie nationale soient pris en compte et, d'autre part, que les intérêts divergents des différents acteurs et segments du marché soient considérés et équilibrés de manière équitable.

9.2 Recommandations

L'extension du dialogue institutionnalisé – en particulier pendant la phase d'identification précoce – permet de répondre au reproche concernant une participation insuffisante des acteurs du marché. Le Forum Place financière devrait assumer la coordination et la gestion de ce dialogue. L'adaptation de son mandat constitue la principale innovation dans le processus de réglementation.

Pour améliorer ce processus et la mise en œuvre de la réglementation, il faut ensuite respecter de manière plus systématique les bases et les prescriptions existantes et veiller à leur application tout au long dudit processus.

9.2.1 Compréhension globale du processus de réglementation

La compréhension du processus de réglementation doit acquérir un caractère global – notamment au sein des autorités. Celui-ci englobe également les tendances de réglementation dans le contexte international, la phase d'identification précoce et la décision concernant un besoin de réglementation.

Les principes de réglementation en vigueur doivent s'appliquer systématiquement au processus de réglementation au sens large.

9.2.2 Evolutions réglementaires internationales: extension du dialogue institutionnalisé

Dans le cadre de l'identification précoce des évolutions réglementaires notamment, les connaissances pratiques du secteur apportent une contribution précieuse à la planification de la réglementation et au positionnement de la Suisse, en particulier sur le plan international. La participation du marché, des spécialistes, voire des milieux politiques confère aux autorités une crédibilité accrue dans les instances internationales et lors de l'élaboration de normes mondiales. On peut s'appuyer à cet égard sur les procédures (non formalisées) existantes, mais celles-ci devront être complétées et institutionnalisées.

Le dialogue doit être conçu de façon à garantir une représentation adéquate de tous les acteurs concernés et à prendre en compte leurs différents modèles d'affaires. Il est renforcé par la publication rapide d'une esquisse de projet et par une stratégie de communication offensive.

A l'avenir, la participation des acteurs du marché devra être structurée et institutionnalisée en tant que partie intégrante du processus de réglementation global, y compris durant la phase d'identification précoce.

Il faut étendre le dialogue institutionnalisé entre les autorités, les acteurs du marché et les spécialistes et le renforcer pendant la phase d'identification précoce des évolutions réglementaires. Une communication offensive et la publication rapide d'une esquisse de projet l'intensifie. Les autorités, les spécialistes et, en particulier, les acteurs du marché doivent contribuer à un dialogue constructif et objectif.

9.2.3 Le Forum Place financière en tant que service de coordination

Dirigé par le SFI, le Forum Place financière devra agir en tant que service de coordination entre les autorités et les différents acteurs du marché et gérer le dialogue en cours, c'est-à-

dire exploiter les enseignements connexes et les mettre en œuvre de manière correspondante. Son mandat devra être coordonné avec l'extension du dialogue institutionnalisé lors de la phase d'identification précoce et précisé en conséquence.

Le Forum Place financière sera le service de coordination dans le dialogue portant sur les questions de réglementation. Son mandat sera précisé en conséquence et sa composition adaptée afin de représenter de façon adéquate tous les acteurs concernés du marché.

9.2.4 Analyses des conséquences et analyse d'impact de la réglementation

Eu égard à l'AIR qui doit être réalisée, l'analyse des conséquences doit être considérée comme faisant partie intégrante de toutes les étapes du processus de réglementation global et être exécutée systématiquement. Dans le même temps, les autorités compétentes doivent tenir compte du principe de proportionnalité: une AIR simple suffit pour les projets de moindre importance, alors qu'une AIR approfondie devra être effectuée pour les projets d'envergure. Les résultats de l'analyse des conséquences et de l'AIR doivent être communiqués de manière transparente aux acteurs du marché et être pris en compte et mis en œuvre tout au long du processus de réglementation.

Une analyse des conséquences et une AIR adaptées aux différents échelons seront réalisées pendant tout le processus de réglementation. Leurs résultats seront communiqués en toute transparence. Les autorités de régulation doivent rechercher un haut niveau d'efficacité et de différenciation pour la réglementation.

9.2.5 Analyse systématique de la conformité avec les principes

L'autorité chargée d'un projet de réglementation doit systématiquement évaluer le besoin correspondant en vérifiant la conformité avec les principes de la politique en matière de marchés financiers.

L'analyse de la conformité avec les principes sera réalisée pour tout projet de réglementation, lors de l'évaluation du besoin correspondant.

9.2.6 Elaboration de concepts normatifs

Les autorités doivent élaborer un concept normatif complet dès la phase de conception. Elles s'appuieront pour ce faire sur les connaissances spécialisées à l'intérieur et hors de l'administration. L'OFJ sera chargé en temps opportun du contrôle juridique préventif.

Un concept normatif complet doit être élaboré pour tout projet de réglementation.

9.2.7 Elaboration de concepts de communication

La FINMA a publié le 30 octobre 2014 des lignes directrices applicables à la communication. Une fois les premières expériences faites avec ce nouveau concept de communication, celles-ci seront soumises à une évaluation. Les acteurs du marché devront si possible participer à cette évaluation.

L'autorité d'exécution doit régulièrement examiner, si possible avec le concours des acteurs du marché, son concept de communication qui explique de manière claire la fonction des différentes formes de communication.

Membres du sous-groupe «Processus de réglementation et mise en œuvre»

Urs Berger (coresponsable du sous-groupe, président de l'Association suisse d'assurances et président du conseil d'administration de la Holding Mobilière Suisse)

Daniel Roth (coresponsable du sous-groupe, responsable du service juridique du Département fédéral des finances)

Anne-Hélène Würth (réglementation, service juridique du Département fédéral des finances)

Nina Arquint (membre de la direction, cheffe de la division Services stratégiques, Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA)

Jacques Beglinger (membre de la direction de SwissHoldings)

Susan Emmenegger (professeur à l'Institut de droit bancaire, Université de Berne)

David S. Gerber (chef suppléant de la division Marchés, Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales, DFF)

Frank Schmid (section Politique à l'égard des marchés financiers, Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales, DFF)

Susanne Kuster (cheffe du domaine de direction Entraide judiciaire internationale, Département fédéral de justice et police)

Martin Neese (président du comité, Forum-OAR)

Beat Oberlin (président de la direction, Basellandschaftliche Kantonalbank BLKB)

Fabrizio Petrillo (membre de la direction, Axa Winthertur)

Marcel Schmocker (senior adviser, General Counsel Division, Credit Suisse AG)

Henrique Schneider (chef du secteur Politique économique, énergie et environnement, Union suisse des arts et métiers USAM)

Renate Schwob (responsable du département Marché financier Suisse, vice-présidente du Comité exécutif, Association suisse des banquiers ASB)

Processus de réglementation (compréhension globale des termes)

Annexe

