



13 décembre 2019

Ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers

Commentaires

Table des matières

1	Présentation du projet	3
1.1	Contexte	3
1.2	Nouvelle réglementation	3
1.2.1	Compétences de la FINMA	4
1.2.2	Principes et processus de réglementation	4
1.2.3	Collaboration entre la FINMA et le Conseil fédéral (le DFF)	4
1.2.4	Disposition transitoire et entrée en vigueur.....	5
1.3	Appréciation de la réglementation proposée	5
1.3.1	Activité de réglementation de la FINMA	5
1.3.2	Prise en compte de la compétitivité	6
1.3.3	Dialogue avec les acteurs concernés	7
1.3.4	Collaboration interne à l'administration.....	8
1.3.5	Objectifs stratégiques et compétences du conseil d'administration de la FINMA....	10
1.4	Résultats de la procédure de consultation	11
1.5	Classement d'interventions parlementaires	12
1.6	Relation avec le programme de la législature	12
2	Commentaire des dispositions	13
3	Conséquences (AIR)	25
3.1	Conséquences pour l'économie et pour les groupes concernés	25
3.1.1	FINMA.....	25
3.1.2	Établissements financiers assujettis	25
3.1.3	Clients d'établissements financiers.....	25
3.2	Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	26
3.3	Conséquences pour la place économique suisse	26
4	Aspects juridiques	26
4.1	Constitutionnalité et légalité	26
4.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	26
5	Entrée en vigueur	26

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

L'activité de réglementation de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a fait l'objet ces dernières années, à plusieurs reprises, de critiques de la part des milieux politiques et du secteur financier, dont certaines ont donné lieu à des interventions parlementaires. La plus complète de ces interventions est la motion Landolt 17.3317 «Marchés financiers. Répartir clairement les responsabilités entre pilotage politique et surveillance», que le Conseil fédéral, ayant constaté la nécessité de préciser le rôle de la FINMA en matière de réglementation et de normalisation ainsi que la répartition des tâches et la collaboration avec le Département fédéral des finances (DFF), a proposé au Parlement d'accepter le 30 août 2017. L'indépendance de la FINMA dans son activité de surveillance n'a cependant pas été remise en cause. Le Conseil national a suivi la proposition du Conseil fédéral le 13 décembre 2017, et le Conseil des États, le 13 décembre 2018¹.

Les milieux politiques et le secteur financier s'interrogent notamment sur le rôle de la FINMA en matière de réglementation et de définition des normes internationales et, à cet égard, sur la prise en compte de la compétitivité dans la réglementation, sur le nécessaire dialogue avec les assujettis et sur la collaboration interne à l'administration. L'activité de surveillance proprement dite n'est pas remise en question.

Ces critiques du secteur envers la FINMA, surtout après la vague de «re-réglementation» consécutive à une crise des marchés financiers, sont prévisibles dans une certaine mesure et inhérentes aux rapports entre surveillance et assujettis. Le Conseil fédéral en est conscient et comprend ces critiques. La FINMA s'efforce de traiter les critiques fondées du secteur dans un dialogue constructif. Ces dernières années, elle a pris des mesures décisives afin de renforcer la protection des créanciers, des investisseurs et des assurés, de même que celle du système financier, et d'encourager l'innovation sur la place financière suisse. Ce faisant, elle a pris en considération des revendications importantes et justifiées du secteur (concernant, p. ex., une réglementation et une surveillance plus proportionnées et plus axées sur les risques).

Dans ce contexte, l'administration fédérale a procédé en 2018 à une analyse approfondie de l'activité de réglementation de la FINMA et de la collaboration entre autorités. Elle en a déduit que les bases légales des activités de la FINMA (en particulier la loi sur la surveillance des marchés financiers [LFINMA; RS 956.1], mais aussi les lois spéciales telles que la loi sur les banques [RS 952.0]) sont appropriées, mais qu'elles se heurtent, en pratique, à des différences d'interprétation de la part des milieux politiques, des autorités et des assujettis, lesquels n'ont ni les mêmes attentes ni les mêmes préoccupations.

1.2 Nouvelle réglementation

Soucieux d'apporter une solution rapide et ciblée aux divergences constatées et de doter le DFF et la FINMA de règles de coopération solides, cohérentes et durables, notamment en ce qui concerne l'activité de réglementation, le Conseil fédéral propose de préciser les termes de

¹ Le Conseil fédéral a rejeté des interventions similaires en renvoyant à la motion Landolt et en rappelant sa volonté de la mettre en œuvre. Il s'agit notamment de la motion de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national 17.3976 (adoptée par le Conseil national, motion transmise au 2^e conseil), l'initiative parlementaire Pantani 17.454 (non encore traitée au conseil) et la motion Ettlín Erich 18.3612 (non encore traitée au conseil). Les postulats Germann 17.3620 et Vogler 17.3566, dont les auteurs demandent que la lumière soit faite sur les coûts qu'entraînent pour les établissements financiers concernés les circulaires de la FINMA, ont déjà été transmis par le Parlement et sont actuellement traités par le DFF. Les résultats de ces analyses sont attendus pour la fin de 2019.

la LFINMA dans une ordonnance. Le 31 octobre 2018, il a chargé le DFF d'élaborer un projet dans ce sens en vue d'une mise en consultation.

La nouvelle ordonnance règle et précise notamment trois aspects: les compétences de la FINMA en matière de tâches internationales et de réglementation, les principes de réglementation visés à l'art. 7 LFINMA, et la collaboration et l'échange d'informations entre la FINMA et le DFF.

La clarification prévue de son rôle de réglementation, y compris sa collaboration avec les autres autorités et les acteurs concernés, n'affectera ni l'indépendance, ni les activités de surveillance de la FINMA.

1.2.1 Compétences de la FINMA

L'ordonnance précise les compétences de la FINMA en matière de tâches internationales et de réglementation et les définit par rapport aux compétences du Conseil fédéral, ou plus exactement du DFF. Elle spécifie, par exemple, que la FINMA peut, dans le cadre de ses tâches internationales, conclure des instruments non contraignants, ou qu'elle représente la Suisse et défend les positions de celle-ci dans des organes internationaux en accord avec le DFF.

1.2.2 Principes et processus de réglementation

S'agissant des principes de réglementation visés à l'art. 7 LFINMA, l'ordonnance précise les conditions applicables à l'activité de réglementation de la FINMA et indique la manière dont doivent être pris en compte la proportionnalité, la différenciation et les standards internationaux. Elle ajoute que la FINMA doit vérifier périodiquement la nécessité, le caractère approprié et l'efficacité des réglementations existantes. Ces précisions relatives aux principes de réglementation visés à l'art. 7 LFINMA suivent les principes que le Conseil fédéral a définis dans son rapport de 2016 sur la politique en matière de marchés financiers².

L'ordonnance prévoit que les projets de réglementation de la FINMA feront en règle générale l'objet d'analyses des effets qui consisteront à examiner et à exposer l'aspect coût-utilité des réglementations pour les milieux concernés et pour l'économie.

S'agissant du processus de réglementation, l'ordonnance précise la manière dont doivent y être associés les milieux concernés, le public et les unités administratives intéressées. Elle suit en cela les dispositions qui s'appliquent à l'administration fédérale en général (en particulier l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA; RS 172.010.1] et la loi sur la consultation [LCo; RS 172.061]). Elle précise ensuite les compétences du conseil d'administration de la FINMA en matière de réglementation.

Ayant fait ses preuves dans le domaine des marchés financiers, l'autorégulation est inscrite dans la LFINMA. L'ordonnance dispose que lorsqu'elle reconnaît à une norme d'autorégulation une valeur de standard minimal, la FINMA doit veiller en particulier à ce que cette norme repose sur des bases solides.

1.2.3 Collaboration entre la FINMA et le Conseil fédéral (le DFF)

S'agissant de la collaboration entre la FINMA et le Conseil fédéral, en l'occurrence le DFF, l'ordonnance précise certaines exigences concernant la formulation des objectifs stratégiques de la FINMA et le processus d'approbation de ceux-ci par le Conseil fédéral. Elle trace en outre les grandes lignes de la collaboration et de l'échange d'informations entre la FINMA et le DFF, astreignant ceux-ci à régler dans un accord les modalités de leur collaboration et de

² Rapport du Conseil fédéral d'octobre 2016, *Politique en matière de marchés financiers pour une place financière suisse compétitive* (disponible sur www.sif.admin.ch > Documentation > Publications)

leurs échanges d'informations en matière de réglementation et en lien avec les tâches internationales.

1.2.4 Disposition transitoire et entrée en vigueur

Une disposition transitoire de la nouvelle ordonnance prévoit que dans les cinq ans qui suivront l'entrée en vigueur de l'ordonnance au début de février 2020, la FINMA vérifiera que ses réglementations respectent la hiérarchie des normes et procédera aux modifications nécessaires, ou discutera le cas échéant avec le DFF des modifications s'imposant à des niveaux normatifs supérieurs.

1.3 Appréciation de la réglementation proposée

Les explications qui suivent exposent dans quelle mesure la nouvelle ordonnance, de même que d'autres travaux décidés par le Conseil fédéral, tiennent compte, lorsqu'elles sont justifiées, des critiques formulées à l'encontre de la FINMA par les milieux politiques et le secteur financier. La norme proposée s'appuie sur le processus de réglementation appliqué par la FINMA et sur la collaboration entre autorités, et en assure la sécurité du droit et la transparence.

1.3.1 Activité de réglementation de la FINMA

Les compétences de la FINMA en matière de réglementation sont énoncées à l'art. 7, al. 1, LFINMA. Conformément à cette loi, la FINMA dispose de deux instruments de réglementation: l'ordonnance et la circulaire. Seules les ordonnances ont un effet normatif. Les circulaires, elles, servent exclusivement à fournir des informations et à préciser la manière dont la législation sur les marchés financiers est appliquée. Ce ne sont 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 compétences. Les assujettis peuvent contester une circulaire devant les tribunaux.

Ces dernières années, il est arrivé plusieurs fois que des assujettis mettent en doute la légalité et la proportionnalité des réglementations de la FINMA. En 2017, un groupe de banques suisses fédérées par l'Union suisse des arts et métiers a demandé aux Commissions de gestion du Parlement de vérifier la légalité de l'activité de réglementation de la FINMA. La Commission de gestion du Conseil des États (CdG-E) a clos ses travaux relatifs à cette requête en juillet 2018. Elle est arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas lieu d'approfondir ses investigations (p. ex. par l'ouverture d'une enquête) et a expliqué que les atteintes systématiques portées prétendument au principe de la légalité par la FINMA n'avaient pas pu être confirmées³.

La conclusion de la CdG-E s'accorde avec le fait que les assujettis usent rarement du droit qu'ils ont de soumettre l'application des circulaires à l'examen des tribunaux, et que ceux-ci approuvent la réglementation de la FINMA dans presque tous les cas.

Le fait, voulu par le législateur, que la législation suisse en matière de marchés financiers se limite à définir des principes nécessite souvent un surcroît de précisions à un échelon de réglementation inférieur, celui des ordonnances du Conseil fédéral ou des réglementations de

³ Dans son communiqué du 3 juillet 2018, la CdG-E renvoie explicitement aux différentes interventions en suspens et estime qu'il reviendra finalement au législateur de décider jusqu'où doit s'étendre l'activité de réglementation de la FINMA (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-gpk-s-2018-07-03-02.aspx>). À propos de la pratique de la FINMA en matière de réglementation, voir le rapport du Conseil fédéral du 18 décembre 2014, *La FINMA et son activité de surveillance et de réglementation* (disponible sur <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-55751.html>).

la FINMA, par exemple. Les avis divergent sur la question de savoir jusqu'où ces précisions doivent aller.

En sa qualité d'autorité de surveillance, la FINMA a intérêt à ce que la mise en œuvre des réglementations par les assujettis soit le plus homogène possible. Cela allège en effet ses tâches de surveillance et facilite les comparaisons entre assujettis.

Les assujettis souhaitent, conformément à leurs déclarations publiques, des réglementations se limitant à définir des principes. En réalité, par exemple dans les groupes de travail ou les auditions consacrés à l'élaboration de nouvelles réglementations, il n'est pas rare qu'ils demandent des règles détaillées, qui augmentent la sécurité du droit et de la planification et qui garantissent l'application des mêmes prescriptions à tous les acteurs concernés.

Ces considérations entraînent une réglementation plutôt détaillée de la part de la FINMA. Or, il est impossible d'affirmer que cela correspond à l'intention initiale du législateur. Les diverses interventions parlementaires relatives à l'activité de réglementation de la FINMA qui ont été déposées et traitées tout récemment semblent plutôt indiquer que le législateur trouve ladite activité trop détaillée. Élément supplémentaire à l'appui de cette hypothèse: la précision que le Parlement a insérée à l'art. 7, al. 2, LFINMA lors du débat sur la loi sur les services financiers et la loi sur les établissements financiers (LEFin), selon laquelle la réglementation de la FINMA doit se limiter «autant que possible à définir des principes» (entrée en vigueur au début de 2020). À noter à cet égard que la réglementation des marchés financiers de la Suisse est dans l'ensemble modérée (tous échelons confondus) par rapport à celle des autres pays.

La nouvelle ordonnance précise l'application des principes de réglementation visés à l'art. 7, al. 2, LFINMA, notamment la mise en œuvre des principes de proportionnalité et de différenciation et la manière dont les standards internationaux doivent être pris en compte (voir art. 5 ss).

Elle prévoit aussi la vérification périodique de la nécessité, du caractère approprié et de l'efficacité des réglementations existantes (art. 6), vérification à laquelle les milieux intéressés doivent être associés. Cette mesure améliorera durablement l'acceptation et la qualité des réglementations sans pour autant imposer à la FINMA de contraintes de calendrier ou de contenu quant à ces vérifications.

Dans les cinq ans qui suivront l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la FINMA devra vérifier que ses réglementations sont adaptées à la hiérarchie des normes et procéder aux modifications nécessaires ou discuter le cas échéant avec le DFF des modifications s'imposant à des niveaux normatifs supérieurs (art. 16). Cette vérification se limite à la question de la conformité à la hiérarchie des normes mais pourrait bien entraîner une charge de travail supplémentaire.

La nouvelle ordonnance régit aussi le processus relatif à la reconnaissance d'une valeur de standard minimal aux autorégulations (art. 12). Étant donné que la reconnaissance élève les normes d'autorégulation au rang de standards minimaux applicables à tout un secteur et que celles-ci deviennent, par conséquent, équivalentes aux circulaires de la FINMA, cette autorité est tenue de veiller en particulier à ce que ces normes reposent sur des bases solides.

S'agissant de l'activité normative de la FINMA, le Conseil fédéral a donné pour mission supplémentaire au DFF, le 31 octobre 2018, de vérifier le caractère approprié de toutes les délégations existant dans les lois et les ordonnances relatives aux marchés financiers pour les ordonnances de la FINMA. Les éventuelles modifications devront être effectuées dans le cadre des projets de réforme en cours ou prévus des actes concernés.

1.3.2 Prise en compte de la compétitivité

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. L'art. 4 LFINMA ajoute que cette surveillance contribue à améliorer la réputation, la compétitivité et la viabilité de la place financière suisse.

La prise en compte de la compétitivité internationale figure une seconde fois dans la loi à l'art. 7, al. 2, LFINMA. Il y est indiqué que la FINMA tient compte, dans son activité de réglementation, de la compétitivité internationale de la place financière suisse et d'autres aspects tels que les coûts ou les effets sur la concurrence. La nouvelle ordonnance précise que toute dérogation à ce principe doit être motivée (art. 6).

La FINMA est d'ores et déjà tenue d'exposer la manière dont sa réglementation tient compte des principes énoncés à l'art. 7 LFINMA. Les analyses des effets sont un des moyens de le faire et doivent en principe être effectuées pour tout projet de réglementation (art. 7). La participation des acteurs concernés pourra se révéler nécessaire pour augmenter la pertinence de ces analyses.

Conformément à la Constitution fédérale (Cst.; art. 5, al. 2, et 170) et à la loi sur le Parlement (LParl; art. 141, al. 2), toute réglementation édictée par l'État doit faire l'objet d'une analyse d'impact économique (analyse d'impact de la réglementation [AIR]), y compris les lois et les ordonnances relatives aux marchés financiers, qui sont des actes d'un rang supérieur à celui des réglementations de la FINMA. Les analyses des effets concernant ces dernières pourront s'appuyer sur les AIR établies pour des actes législatifs de rang supérieur et se limiter aux aspects nouveaux traités dans les réglementations de la FINMA. Leur ampleur et leur degré d'approfondissement dépendront de l'importance du projet de réglementation.

Étant donné que la FINMA est d'ores et déjà tenue d'exposer la manière dont elle tient compte des principes de réglementation énoncés à l'art. 7 LFINMA, et qu'elle peut appuyer ses analyses des effets sur des AIR de rang supérieur et en déterminer l'ampleur en fonction de l'importance du projet de réglementation, il devrait en résulter pour la FINMA un surcroît de travail limité.

Les AIR sont l'occasion, pour les acteurs étatiques, de porter un regard critique sur leur action, d'en évaluer les conséquences économiques (coût et utilité) et d'examiner d'éventuelles variantes. Elles augmentent par conséquent l'acceptation et la qualité des projets de l'État.

1.3.3 Dialogue avec les acteurs concernés

La FINMA mène d'ores et déjà avec les acteurs concernés par les questions de réglementation un dialogue intensif empruntant divers canaux. Pour les projets de réglementation importants, elle associe les acteurs concernés à un stade précoce de l'élaboration. Cette collaboration précoce sur des questions techniques est appréciée des deux parties et contribue grandement à la compréhension mutuelle, de même qu'à l'acceptation et à l'applicabilité des réglementations.

La nouvelle ordonnance part de la pratique en matière de collaboration et de dialogue qui s'est établie entre la FINMA et les acteurs concernés pour la codifier et y adjoindre ponctuellement des prescriptions complémentaires. Elle consacre l'information précoce des acteurs concernés et leur association appropriée aux projets de réglementation (art. 8), laissant la FINMA en régler les modalités.

S'agissant des consultations sur les réglementations de la FINMA, l'ordonnance définit en matière de forme et de délais des exigences (art. 9 ss) qui s'inspirent des prescriptions applicables aux lois et aux ordonnances de rang supérieur en tenant compte de la différence de niveau.

Les nouvelles dispositions codifient, pour l'essentiel, la pratique actuelle de la FINMA et ne prévoient pas de changements considérables si ce n'est que le processus de consultation publique devient obligatoire et homogène sur le plan de la forme et des délais. Cela accroît pour les acteurs concernés la sécurité du droit et de la planification.

1.3.4 Collaboration interne à l'administration

La collaboration de la FINMA avec d'autres unités administratives se fonde sur la LFINMA, sur les lois sur les marchés financiers visées à l'art. 1, al. 1, LFINMA et sur les principes généraux régissant la collaboration entre unités administratives énoncés dans la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010) et dans l'OLOGA. La LFINMA mentionne explicitement la collaboration entre la FINMA et le DFF dans plusieurs dispositions (notamment les art. 7, al. 5, 39, al. 2, et 42b, al. 2).

L'art. 7, al. 5, LFINMA prévoit que la FINMA édicte les directives nécessaires à la mise en œuvre des principes énoncés dans cette disposition et qu'elle consulte le DFF à cet effet. Le processus applicable à cette concertation sera à l'avenir détaillé dans un accord entre la FINMA et le DFF.

À propos de l'art. 39, al. 2, LFINMA, l'ordonnance précise à l'art. 15 que la FINMA échange avec le DFF des informations non accessibles au public concernant certains participants au marché si cela sert à maintenir la stabilité du système financier ou dans les cas susceptibles d'avoir une grande portée économique ou politique. Correspondant à la pratique actuelle, cette disposition est essentielle pour garantir que les responsables politiques soient informés à temps d'éventuels événements graves.

Selon l'art. 42b LFINMA, la FINMA peut, pour remplir ses tâches internationales, participer aux initiatives multilatérales d'organisations et d'organes internationaux donnant lieu à un échange d'informations (*Data Gaps Initiative* du Conseil de stabilité financière [CSF] ou programme d'évaluation du secteur financier du Fonds monétaire international). Dans le cas d'initiatives importantes pour la place financière suisse, la participation à l'échange d'informations a lieu en accord avec le DFF.

Le message décrit en détail la collaboration entre la FINMA et le DFF s'agissant des tâches internationales de celle-ci⁴ (art. 6, al. 2, LFINMA): «La représentation [...] au sein des organisations [internationales] se fera toujours d'entente avec le DFF, chargé de coordonner la politique internationale relative à la place financière suisse. En ce qui concerne sa collaboration au sein des organisations internationales, [la FINMA] conviendra avec le DFF de l'attitude à adopter notamment si ces organisations élaborent des normes revêtant une importance décisive pour le secteur financier suisse. [La FINMA] et le DFF peuvent régler les modalités de leur collaboration dans le cadre d'un accord⁵.» La nouvelle ordonnance codifie, aux art. 2 ss, la collaboration entre la FINMA et le DFF sur les tâches internationales et clarifie les compétences et les devoirs de l'une et de l'autre en la matière.

La collaboration entre la FINMA et le DFF, prévue explicitement dans la loi et dans le message, découle aussi de l'art. 21, al. 3, LFINMA, selon lequel les relations entre la FINMA et le Conseil fédéral ont lieu par l'entremise du DFF, et de l'art. 7 de l'ordonnance sur l'organisation du DFF (Org DFF; RS 172.215.1), plus particulièrement de l'al. 2, let. g, selon laquelle le DFF est chargé de l'entretien des relations entre la Confédération et la FINMA. Le DFF n'agit donc pas à l'égard de la FINMA uniquement en son nom propre, mais aussi comme interlocuteur de référence et comme première instance de surveillance mandatée par le Conseil fédéral, dont il est en l'occurrence le représentant.

⁴ FF 2006 2741, 2772

⁵ Certains aspects de la collaboration s'agissant de l'exécution des tâches internationales ont été réglés dans des accords tripartites conclus entre le DFF, la FINMA et la Banque nationale suisse (BNS) en 2009 (accord sur la mise en œuvre de l'appartenance de la Suisse au Conseil de stabilité financière) et en 2011 (*memorandum of understanding* dans le domaine de la stabilité financière et de l'échange d'informations relatif à la réglementation des marchés financiers).

Digression sur les rapports entre la FINMA et le Conseil fédéral

[Commentaire résumant l'expertise succincte du professeur Felix Uhlmann, docteur en droit, et de Florian Fleischmann, docteur en droit, tous deux de l'Université de Zurich, du 3 janvier 2019⁶]

Conformément à l'art. 21, al. 1, LFINMA, la FINMA exerce son activité de manière autonome et indépendante. Aussi a-t-elle été dotée à sa création d'une indépendance fonctionnelle, institutionnelle, financière et en termes de personnel. Cette indépendance, aussi vaste soit-elle, ne dispense pas de faire une distinction entre les activités de la FINMA et d'observer que toutes ne nécessitent pas la même protection à cet égard.

L'indépendance de la FINMA va notamment de pair avec ses obligations en matière de surveillance et de collaboration avec d'autres autorités, d'une part, et avec celles qui sont liées aux pouvoirs de participation et de pilotage du Conseil fédéral, d'autre part.

Les prescriptions des lois et des ordonnances fixent le cadre dans lequel la FINMA a le droit d'évoluer. Par ailleurs, le Conseil fédéral dispose d'un droit de nomination et de révocation des membres du conseil d'administration de la FINMA (art. 9, al. 3 et 5, LFINMA), et la nomination du directeur nécessite son approbation (art. 9, al. 1, let. g, LFINMA). Le Conseil fédéral jouit aussi de différents pouvoirs d'approbation, notamment en ce qui concerne les objectifs stratégiques de la FINMA (art. 9, al. 1, let. a, LFINMA). Dans le cadre des entretiens annuels visés à l'art. 21, al. 2, LFINMA, le Conseil fédéral fait le point avec la FINMA sur la stratégie de celle-ci, dont font partie ses objectifs et ses activités stratégiques. Ces dernières comprennent toute son activité de réglementation et la définition de standards.

Le Conseil fédéral n'a par contre aucun pouvoir de participation ni de pilotage en ce qui concerne les activités opérationnelles de la FINMA. Lorsqu'elle doit trancher des cas particuliers ou des procédures administratives (tâches quasi judiciaires), la FINMA est indépendante vis-à-vis de toute directive extérieure et le Conseil fédéral n'a aucun moyen de casser ou de modifier les décisions de la FINMA, ni de s'arroger des objets afin de trancher lui-même. Les personnes concernées peuvent contester ces décisions devant les tribunaux (art. 53 s. LFINMA).

Les auteurs de l'expertise concluent qu'il faut protéger la FINMA contre les interventions politiques opportunistes afin qu'elle puisse aussi ordonner des mesures impopulaires, mais que le Conseil fédéral peut toujours faire valoir ses prérogatives au sujet des stratégies à moyen et long termes. Ils ajoutent que dans un contexte différent, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a indiqué, dans un avis du 10 novembre 1989, que le Conseil fédéral disposait notamment, envers les unités administratives autonomes, d'«un minimum de pouvoirs en matière de surveillance (observation régulière de l'accomplissement des tâches, droit de regard et d'information, instructions non contraignantes)⁷».

Pour pouvoir effectuer les tâches visées dans l'Org DFF, le DFF doit obtenir de la FINMA des informations sur son activité de réglementation et sur ses activités internationales. La nouvelle ordonnance précise aux art. 4 et 13 les exigences auxquelles doivent satisfaire à cet égard l'échange d'informations et la coordination des activités entre la FINMA et le DFF. Les informations relatives à certains acteurs des marchés financiers ou à l'activité de surveillance opérationnelle de la FINMA sont exclues de l'échange d'informations, mais l'art. 39, al. 2, LFINMA est réservé.

À l'art. 3, l'ordonnance codifie notamment l'exigence selon laquelle la FINMA doit se concerter avec le DFF au sujet de la position à adopter dans les organes internationaux. En outre, le DFF ou la FINMA peuvent participer à des organisations et des organes internationaux au sein

⁶ <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/finanzmarktpolitik/finanzmarktregulierung-und--aufsicht-/gutachten.html>

⁷ JAAC 54.36

desquels siège l'autre autorité, pour autant que cette participation se justifie et qu'elle soit autorisée.

S'agissant de l'activité de réglementation de la FINMA, le Conseil fédéral précise aux art. 5 ss les bases légales de la LFINMA et répond en cela à l'art. 55 LFINMA, qui le charge d'édicter les dispositions d'exécution de la loi. L'ordonnance prévoit par ailleurs que la FINMA procède, avant d'adopter ou de modifier une ordonnance ou une circulaire (et avant la consultation publique), à la consultation des unités administratives intéressées (art. 9). Ce type de consultation interne est couramment pratiqué dans l'administration fédérale et vise à assurer la cohérence de la politique de la Confédération. Les services consultés peuvent exposer leurs préoccupations et leur avis sur un projet de réglementation de la FINMA, en ce qui concerne, par exemple, l'atteinte des objectifs de protection visés à l'art. 4 LFINMA, la compatibilité du projet avec la politique du Conseil fédéral en matière de marchés financiers ou encore la légalité de certains actes (ce qui, selon l'art. 6, al. 2, let. a, de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police [Org DFJP; RS 172.213.1], relève des tâches de l'OFJ). Les avis exprimés par les unités administratives intéressées n'ont aucun caractère contraignant, et le conseil d'administration de la FINMA reste seul responsable de l'édiction des réglementations de cette autorité.

La nouvelle ordonnance précise ici les principes de la collaboration de la FINMA avec d'autres unités administratives et en particulier avec le Conseil fédéral ou le DFF lorsqu'il agit en tant que représentant du Conseil fédéral et sur mandat de celui-ci. Elle prévoit aussi que la FINMA et le DFF règlent dans un accord (p. ex. *memorandum of understanding*) les modalités de leur collaboration et de leurs échanges d'informations concernant les tâches internationales et la réglementation.

Étant donné que les exigences relatives à la concertation entre les autorités compétentes sur les questions de réglementation et de stabilité et sur la définition de standards internationaux concernent également les relations avec la Banque nationale suisse (BNS), le Conseil fédéral a décidé, le 31 octobre 2018, d'examiner aussi la collaboration tripartite entre le DFF, la FINMA et la BNS. Il entendait ainsi renforcer et obtenir une meilleure coordination de la collaboration en matière de gestion et de prévention des crises, de réglementation importante pour la stabilité et de représentation internationale. Des propositions dans ce sens (fondées sur les *memorandums of understanding* tripartites de 2009 et de 2011) sont en cours d'examen. Les résultats de ces analyses seront soumis au Conseil fédéral courant 2019.

1.3.5 Objectifs stratégiques et compétences du conseil d'administration de la FINMA

La nouvelle ordonnance expose la manière dont le Conseil fédéral entend exercer ses prérogatives concernant les activités stratégiques de la FINMA (réglementation et définition de standards internationaux, notamment) et ses pouvoirs d'approbation concernant les objectifs stratégiques de l'autorité⁸. Elle précise que la FINMA doit toujours tenir compte, pour ses activités internationales hors assistance administrative, de la politique en matière de marchés financiers du Conseil fédéral (art. 3).

La nouvelle ordonnance détaille les exigences de contenu auxquelles doivent satisfaire les objectifs stratégiques de la FINMA et la procédure d'approbation de ceux-ci par le Conseil fédéral (art. 14). La FINMA devra, en la matière, suivre les prescriptions concernant l'établissement des objectifs stratégiques des entités de la Confédération devenues autonomes et définir des points clés de la mise en œuvre de même que, lorsque cela se justifie, des indicateurs et des valeurs cibles permettant de mesurer l'atteinte des objectifs. Avant de donner son approbation, le Conseil fédéral souhaite un délai d'au moins trois mois pour examiner les objectifs stratégiques qui lui sont soumis et demander d'éventuelles précisions à la FINMA.

⁸ Voir aussi digression ci-dessus, p. 9

Selon l'art. 9 LFINMA, le conseil d'administration est l'organe stratégique de la FINMA et, à ce titre, responsable notamment de toutes les questions de réglementation et des objets de grande portée, donc d'importance stratégique⁹. La nouvelle ordonnance énonce les tâches du conseil d'administration en matière de réglementation qui ne peuvent pas être déléguées, notamment l'ouverture de consultations et d'auditions relatives à des ordonnances ou à des circulaires (art. 10, al. 3), l'approbation du rapport sur les résultats d'une consultation publique (art. 11, al. 4) et la reconnaissance d'autorégulations (art. 12, al. 2).

1.4 Résultats de la procédure de consultation

La procédure de consultation a duré du 1^{er} mai au 22 août 2019. Si la grande majorité des participants a approuvé l'instauration d'une ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers, certains points ont été remis en question (pour les détails, voir le rapport sur les résultats de la consultation publié séparément). La principale critique concerne les éléments suivants du projet:

- **Critique d'ordre général:** les participants à la procédure de consultation qui se montrent critiques à l'égard du projet, voire qui le rejettent, soulignent que la nouvelle ordonnance remet pour le moins en question l'indépendance de la FINMA et entraîne dans l'ensemble une charge administrative excessive. Cette critique a été prise en compte lors du remaniement du projet, en ce sens que l'art. 6, al. 7, du projet mis en consultation a été biffé.
- **Activité internationale de la FINMA:** la principale remarque concernant cette section du projet porte sur le fait que les commissions parlementaires compétentes devraient être consultées dans tous les cas lorsqu'il s'agit de définir la position à adopter au sein d'organes internationaux (art. 3, al. 2), de manière à ce que celle-ci ait une légitimité politique suffisante. Le projet n'a pas été modifié sur ce point, car la consultation des commissions parlementaires est déjà régie par les dispositions pertinentes de la LParl et de l'OLOGA. Quelques participants estiment en outre que l'art. 2 est formulé de manière trop large et que l'art. 3, al. 2, impose un carcan trop étroit à la FINMA. Cette critique a été prise en compte, et l'art. 3, al. 2, en partie reformulé.
- **Activité de réglementation de la FINMA:** de nombreux participants à la procédure de consultation demandent une séparation plus stricte entre l'activité de réglementation et l'activité de surveillance de la FINMA. Or il faudrait d'abord modifier la base légale avant de pouvoir intégrer cette modification dans l'ordonnance. En outre, l'inclusion d'une disposition prévoyant cette séparation constituerait une atteinte importante à la liberté d'organisation de la FINMA.

Selon certains participants à la procédure de consultation, l'art. 6 (principes de réglementation) entraînera des charges administratives supplémentaires. D'aucuns souhaitent en outre une précision de la disposition. Cette demande a été examinée, et l'art. 6, partiellement remanié.

En ce qui concerne l'art. 7 (analyses des effets), certains participants exigent que les analyses en question soient réalisées par un organe indépendant, alors que d'autres considèrent ces analyses comme une charge de travail disproportionnée. Ces avis divergents sur le fond laissent penser que la formulation initiale de la disposition est équilibrée.

Les remarques relatives à l'art. 10 (consultation publique) portent sur le manque de précision de la notion «de grande portée». Il ne paraît pas nécessaire de la préciser dans le projet, car cette notion renvoie directement à la LCo, qui définit déjà la pratique relative aux ordonnances de grande portée. À noter en outre que le législateur n'a pas

⁹ Voir aussi FF 2006 2741, 2775, let. b et c

non plus estimé indispensable d'introduire une telle précision dans l'ordonnance sur la consultation¹⁰.

Le délai d'audition fixé en principe à deux mois (voir art. 11, al. 1, let. a) est jugé trop court par de nombreux participants à la procédure de consultation. À ce propos, il faut savoir que la définition d'un délai plus étendu ralentirait le processus de réglementation de la FINMA.

L'art. 12 (reconnaissance de l'autorégulation) est critiqué en ceci que le fait de soumettre les normes d'autorégulation à une consultation obligatoire supprime tous les avantages liés à cette forme de réglementation. Cette critique a été prise en compte, et l'art. 12, en partie modifié. À noter en outre que l'art. 12 ne s'applique pas à tous les types d'autorégulations, mais qu'il concerne uniquement les normes d'autorégulation auxquelles la FINMA reconnaît une valeur de standard minimal.

Quelques participants à la procédure de consultation ont estimé que l'art. 13 (collaboration et échange d'informations avec le DFF) était excessif. C'est pourquoi certains éléments de cette disposition ont été précisés.

- **Échange d'informations non accessibles au public:** certains participants à la procédure de consultation jugent l'art. 15 parfois trop imprécis. D'autres ajoutent que cette disposition ne repose sur aucune base légale suffisamment explicite ou qu'elle mine l'indépendance de la FINMA d'une manière générale. La formulation proposée est maintenue, notamment parce que la pratique a montré que l'échange d'informations non accessibles au public requérait une base juridique.
- **Dispositions finales:** en vertu de l'art. 16, al. 1, la FINMA aura cinq ans à compter de l'entrée en vigueur du projet pour vérifier que toutes ses réglementations respectent la hiérarchie des normes et pour procéder aux modifications nécessaires. Divers participants à la procédure de consultation considèrent que ce délai est trop long et qu'il peut de ce fait nuire à la sécurité du droit. Un nouvel examen a révélé qu'un délai de cinq ans paraît approprié eu égard notamment au grand nombre de réglementations à vérifier.

1.5 Classement d'interventions parlementaires

La nouvelle ordonnance est un élément clé de la mise en œuvre de la motion Landolt 17.3317, dont le classement est par conséquent proposé au Parlement.

1.6 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019 ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019. La nouvelle ordonnance relative à la LFINMA est créée en réponse à la motion Landolt 17.3317 et après une analyse minutieuse des besoins effectuée par le Conseil fédéral.

¹⁰ RS 172.061.1

2 Commentaire des dispositions

Section 1 Objet

Art. 1

La loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)¹¹ a pour objets principaux la surveillance des marchés financiers, les compétences, l'organisation et les instruments de surveillance et de réglementation. Cette première disposition définit, conformément aux prescriptions légales, le champ d'application général de l'ordonnance. L'art. 21, al. 1, LFINMA, selon lequel la FINMA exerce son activité de manière autonome et indépendante, est réservé (voir aussi digression, p. 9). Lorsque l'ordonnance renvoie au DFF, la répartition des responsabilités au sein du département est régie par l'Org DFF¹² et cible généralement le Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI).

S'agissant de la réglementation d'autres objets, l'ordonnance est complétée par trois actes: l'ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA¹³, l'ordonnance sur les audits des marchés financiers¹⁴ et la nouvelle ordonnance sur les organismes de surveillance¹⁵.

Section 2 Activité internationale de la FINMA

Art. 2 Tâches

Al. 1

Let. a: le caractère mondial des activités des assujettis et l'interconnexion des marchés financiers nécessitent une coopération internationale étroite entre les autorités de surveillance. Cette coopération est l'une des conditions d'une surveillance efficace des établissements financiers opérant à l'échelle internationale¹⁶. Elle suppose un échange bilatéral d'informations au sens de l'assistance administrative aux fins de la surveillance courante, pour l'*enforcement* et pour les tâches de *resolution*. Cet échange d'informations peut être écrit ou oral, et aussi bien bilatéral que multilatéral (en particulier au sein de *supervisory colleges* ou de groupes de gestion de crises). La FINMA et les autorités étrangères peuvent préciser les modalités de leur coopération dans un accord écrit (voir aussi al. 2).

Let b: en vertu de l'art. 6, al. 2, LFINMA, la FINMA peut siéger dans des organes internationaux chargés spécifiquement de questions de surveillance des marchés financiers¹⁷. C'est notamment le cas du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (*Basel Committee on Banking Supervision*), de l'Association internationale des contrôleurs d'assurance (*International Association of Insurance Supervisors*) et de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (*International Organization of Securities Commissions*). Au sein du CSF, dans lequel la Suisse est représentée par le DFF et la BNS, la FINMA participe à des groupes et des sous-groupes de travail. Elle est en outre membre de la délégation du DFF auprès du Groupe d'action financière.

Let c: l'art. 7, al. 1, Org DFF charge notamment le SFI de défendre les intérêts de la Suisse dans les affaires financières, fiscales et monétaires internationales, et précise explicitement qu'il doit le faire en collaboration avec la FINMA (et d'autres autorités concernées). Le DFF

¹¹ RS 956.1

¹² RS 172.215.1

¹³ RS 956.122

¹⁴ RS 956.161

¹⁵ RS 956.[...]

¹⁶ L'art. 120, al. 2, let. e, de la loi sur les placements collectifs (RS 951.31) prescrit par exemple explicitement des conventions de coopération entre la FINMA et des autorités de surveillance étrangères pour ce qui est de la surveillance des prestataires de placements collectifs étrangers.

¹⁷ FF 2006 2741, 2772

conclut à cette fin des accords bilatéraux et mène un dialogue régulier avec d'autres États. Ces contacts visent à promouvoir la compétitivité internationale, l'intégrité et la stabilité de la place financière, et à préserver l'accès aux marchés étrangers. Ils exigent, pour certains, la participation de la FINMA ou un soutien technique de sa part. Lorsque ces accords ou ces dialogues concernent explicitement ses tâches ou ses objectifs, ou que le DFF l'y invite, la FINMA participe déjà activement, en vertu de l'art. 6, al. 2, LFINMA, aux activités bilatérales du DFF.

La FINMA est par ailleurs invitée à soutenir le DFF en mettant son expertise au service de l'identification précoce d'éventuels développements internationaux, par exemple une restriction de l'accès des entreprises suisses aux marchés étrangers.

Al. 2

Le droit suisse ne dit pas explicitement qui est habilité à conclure des instruments non contraignants tels que les *memorandums of understanding*. Selon une communication de la Direction du droit international public et de l'OFJ du 14 juin 2006, le Conseil fédéral est compétent pour conclure des instruments internationaux non contraignants, mais un département peut l'être pour des instruments dont l'importance est très limitée pour la politique étrangère de la Suisse¹⁸. L'al. 2 dispose explicitement que la FINMA peut conclure des instruments non contraignants dans le cadre de ses tâches internationales. Cela correspond à une jurisprudence ancienne et constante des tribunaux fédéraux sur la pratique de la FINMA en matière d'assistance administrative, et au message du 1^{er} février 2006 concernant la LFINMA (encore appelée LAUFIN à l'époque)¹⁹.

Art. 3 Représentation internationale et positions

La FINMA, en tant qu'unité décentralisée de l'administration fédérale, doit notamment respecter, dans l'exécution de ses tâches internationales au sens de l'art. 2, al. 1, let. b et c, outre le droit de rang supérieur, la politique générale et la politique en matière de marchés financiers du Conseil fédéral (voir aussi art. 14, al. 2, OLOGA), de même que les éventuelles prescriptions du Parlement (p. ex. rapports de commissions parlementaires) afin de préserver la cohérence de la politique suisse.

S'agissant de la représentation internationale et des positions de la Suisse, la politique en matière de marchés financiers arrêtée en 2016²⁰ prévoit un engagement actif dans les organismes financiers internationaux en faveur de programmes de réglementation consolidés et davantage orientés sur les résultats. Comme les avantages des standards internationaux ne déploient leurs effets que si ces normes sont respectées et appliquées partout, et surtout dans toutes les places financières importantes, la Suisse milite pour leur mise en œuvre systématique par d'autres États et pour le respect de règles équitables en matière de concurrence. La politique en matière de marchés financiers soutient par ailleurs l'ouverture des marchés en général et l'accès des prestataires suisses de services financiers aux marchés étrangers en particulier.

Ainsi que l'indiquait déjà le message concernant la LFINMA²¹, l'activité de représentation au sein des organes internationaux et la définition du positionnement général par rapport aux questions de fond relèveront de la FINMA, en accord avec le DFF, chargé de coordonner la politique internationale relative à la place financière suisse. En ce qui concerne sa collaboration au sein des organes internationaux, la FINMA doit se concerter avec le DFF notamment si ces organes élaborent des normes qui revêtent une importance décisive pour le secteur financier suisse ou dont la transposition dans le droit domestique nécessite la modification

¹⁸ JAAC 70.69, section D

¹⁹ FF 2006 2741, 2772 s.

²⁰ Voir rapport du Conseil fédéral d'octobre 2016, *Politique en matière de marchés financiers pour une place financière suisse compétitive* (disponible sur www.sif.admin.ch > Documentation > Publications)

²¹ FF 2006 2741, 2772

d'une ordonnance du Conseil fédéral ou d'une loi fédérale. Cela ne concerne pas la participation aux organes qui se consacrent à la surveillance proprement dite (p. ex. groupes de gestion de crises).

Le DFF défend auprès du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale les positions exprimées par la Suisse dans les organisations et les organes internationaux. La consultation du Parlement (y compris par le Conseil fédéral) est régie en particulier par l'art. 152 LParl²² et par l'art. 5b OLOGA. Par ailleurs, le DFF informe régulièrement les commissions compétentes des travaux et discussions en cours dans les organismes financiers et de normalisation internationaux.

Art. 4 Collaboration et échange d'informations avec le DFF

La FINMA informe le DFF à un stade précoce (et si possible avant d'informer le public, les milieux politiques, les assujettis ou les éventuels partenaires étrangers) des travaux à venir au sein d'organisations et d'organes internationaux, des rencontres et des dialogues internationaux et de la conclusion de *memorandums of understanding* avec des partenaires étrangers, et coordonne ces activités avec lui.

La FINMA et le DFF se fournissent mutuellement, si possible à l'avance, les documents, informations et données issus des tâches, des organisations et des organes internationaux (y compris ceux qui ne sont pas accessibles au public) dont chacun a besoin pour assumer ses tâches et dont la communication est autorisée. Par exemple:

- informations et documents sur les travaux d'organisations et d'organes internationaux dans lesquels siège la FINMA ou le DFF (y compris documents de travail de groupes ou de sous-groupes de travail), étant entendu que l'obligation de garder le secret à laquelle se soumettent les membres ou les participants des organisations et des organes internationaux doit être prise en compte pour déterminer si les informations peuvent ou non être partagées;
- informations sur les activités et les contacts internationaux pertinents de la FINMA ou du DFF (rencontres, conclusion de *memorandums of understanding*, etc.)

La FINMA fournit aussi au DFF des informations sur la situation en Suisse (données sur les risques existants ou pointant à l'horizon) et lui soumet, sur cette base, une proposition de positionnement international pour la Suisse, laquelle sera ensuite harmonisée avec le DFF et, le cas échéant, avec d'autres autorités (voir aussi art. 3). Elle partage en outre avec lui ses estimations et ses expertises sur la définition de standards et sur les activités internationales.

L'échange d'informations est autorisé pour autant qu'il ne s'agisse pas d'informations protégées, relatives à des personnes ou à des établissements, à moins qu'elles ne soient agrégées et anonymisées de sorte qu'aucun recoupement ne soit possible. L'échange d'informations relatives à des personnes ou à des établissements est soumis à l'art. 39, al. 2, LFINMA s'agissant du maintien de la stabilité du système financier.

Sont aussi exclus du flux d'informations les mandats de commissions du Parlement, dont l'autorité qui les exécute est liée par le secret des commissions, ainsi que les éventuelles affaires classifiées au sens de l'ordonnance concernant la protection des informations (OPrI)²³.

Le DFF ou la FINMA peuvent participer à des organisations et des organes internationaux au sein desquels siège l'autre autorité, pour autant que cette participation soit utile et autorisée. Le DFF doit plus particulièrement chercher à participer aux organisations et aux organes qui s'occupent de développer et de fixer des standards de réglementation, de même qu'à leurs groupes de travail, pour autant que les statuts de ces organisations le permettent.

La FINMA et le DFF précisent dans un accord bilatéral les modalités de leur collaboration à des tâches internationales, comme le processus de consultation sur les positions, la structure et la fréquence des rencontres, les questions de confidentialité, leur information mutuelle sur

²² RS 171.10

²³ RS 510.411

les rencontres internationales, ou encore les possibilités de participer à des organes internationaux.

La collaboration tripartite entre le DFF, la FINMA et la BNS fait déjà l'objet de deux accords, l'un, conclu en 2009, sur la mise en œuvre de l'appartenance de la Suisse au CSF, l'autre, conclu en 2011, sur les questions de stabilité financière et de réglementation des marchés financiers. Un réexamen de ces accords est en cours.

Section 3 Activité de réglementation de la FINMA

Art. 5 Formes de la réglementation

Al. 1

Selon l'art. 7, al. 1, LFINMA, la FINMA dispose de deux instruments de réglementation: l'ordonnance et la circulaire, seule l'ordonnance ayant un effet normatif²⁴. Dans les cas où la législation sur les marchés financiers, en particulier la LFINMA, les lois sur les marchés financiers et leurs ordonnances d'application prévoient explicitement des délégations de compétences législatives à l'autorité de surveillance, la FINMA doit légiférer par voie d'ordonnance. Le fait que les compétences législatives de la FINMA soient limitées, sauf disposition contraire prévue par le législateur, à l'édiction de dispositions de nature technique et d'importance secondaire est conforme à l'art. 55 LFINMA et aux principes directeurs de la Confédération sur la gouvernance d'entreprise de ses entités devenues autonomes²⁵.

Al. 2

Contrairement aux ordonnances, les circulaires servent exclusivement à fournir des informations et à préciser la manière dont la législation sur les marchés financiers est appliquée. Ce ne sont 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 compétences. Lorsqu'un assujetti estime qu'une circulaire est contraire au droit ou inappropriée dans un cas concret d'application, il peut la contester devant les tribunaux, en invoquant le fait qu'elle n'est pas applicable ou qu'il n'est pas tenu de l'appliquer²⁶.

Les ordonnances et les circulaires de la FINMA sont subordonnées à la législation de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral et doivent se limiter à définir des principes. C'est aussi ce que précise explicitement la nouvelle version de l'art. 7, al. 2, LFINMA prévue par la LEFin: «La FINMA n'adopte des ordonnances et des circulaires que dans la mesure où les buts visés par la surveillance le requièrent en se limitant autant que possible à définir des principes.»

Art. 6 Principes de réglementation

Al. 1

Avant d'édicter une réglementation, il faut en établir la nécessité (p. ex. l'intérêt public), la justifier, l'exposer aux acteurs concernés et au public de manière transparente et logique lors d'une consultation publique et la mettre par écrit. Il faut aussi vérifier s'il est possible d'atteindre les objectifs par d'autres moyens et, le cas échéant, justifier l'abandon d'un projet de réglementation. Il faut en outre décrire les risques que la réglementation doit couvrir ainsi que les

²⁴ FF 2006 2741, 2773. Voir aussi rapport du Conseil fédéral du 18 décembre 2014, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, p. 25 s. (disponible sur www.efd.admin.ch > Documentation > Rapports)

²⁵ Disponible sur www.efv.admin.ch > Thèmes > Gouvernement d'entreprise

²⁶ FF 2006 2741, 2773. Voir aussi rapport du Conseil fédéral du 18 décembre 2014, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, p. 26 (disponible sur www.efd.admin.ch > Documentation > Rapports)

bases légales concrètes, la légalité et la proportionnalité du projet de réglementation. Ces principes correspondent à une recommandation du Conseil fédéral de 2014²⁷.

L'examen de la nécessité ne doit pas porter que sur la réglementation en général (p. ex. afin d'appliquer un standard international), mais aussi des aspects particuliers, à exposer avec clarté (p. ex. pourquoi faut-il ou non exploiter une marge de manœuvre explicite dans un standard international?).

Al. 2

Conformément au principe de la proportionnalité, il faut (i) que la réglementation envisagée permette d'atteindre l'objectif visé, (ii) qu'il n'existe pas de mesure moins invasive pour parvenir au même résultat, et (iii) que le rapport entre le but de la réglementation et l'atteinte à la liberté économique des acteurs concernés soit approprié. Lors du choix de la variante, la FINMA tiendra également compte des effets sur la viabilité et la compétitivité internationale de la place financière. Toute dérogation à ce principe doit être justifiée.

Al. 3

La réglementation doit créer pour tous les acteurs du marché des conditions de concurrence qui soient autant que possible transparentes, comparables et neutres sur le plan de la technologie, et éviter d'encourager les comportements indésirables. En étant neutre sur le plan de la technologie, elle contribuera à améliorer la viabilité de la place financière (art. 4 LFINMA). Elle doit avoir un effet aussi faible que possible sur les conditions de concurrence et sur les structures du marché. Toute dérogation à ce principe doit être justifiée.

Al. 4

Les règles différenciées d'une réglementation (différenciation) répondent aux principes constitutionnels de l'égalité, de la proportionnalité et de la neutralité concurrentielle en permettant de traiter semblablement les situations semblables et différemment les situations différentes.

Elles contribuent à préserver la variété des modèles d'affaires et des offres, de même qu'une concurrence efficace: la diversification au niveau macro (diversité des modèles) contribue à stabiliser le système financier, celle de l'offre contribue à développer la qualité et l'innovation. La différenciation vise à refléter les différences de risques affectant les établissements financiers, les produits ou les activités et les prestations. Elle ne doit pas créer différents niveaux de protection (par rapport aux objectifs d'une réglementation) sous peine notamment de contrevenir aux principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement.

Les règles différenciées signifient par conséquent que les exigences auxquelles doivent satisfaire les entreprises ou les activités réglementées diffèrent selon les risques que celles-ci encourrent et selon leurs effets sur les objectifs de protection de l'art. 4 LFINMA tel qu'il est modifié par la LEFin (p. ex. protection des créanciers ou des investisseurs, maintien du fonctionnement). La différenciation est axée sur les risques, c'est-à-dire qu'elle est proportionnelle au risque de ne pas atteindre le but de la réglementation.

La différenciation doit être pratiquée dans la mesure où c'est possible et judicieux, c'est-à-dire lorsque c'est compatible avec les obligations internationales de la Suisse ou les standards internationaux, que les objets de la réglementation (p. ex. établissements financiers ou produits) présentent des risques d'importance variable s'agissant de l'atteinte du but de la réglementation (p. ex. protection des créanciers ou des clients), et que ces différences peuvent être distinguées en fonction des critères prévus à l'art. 7, al. 2, let. c, LFINMA dans sa version modifiée par la LEFin (taille, complexité, structure et activités des assujettis et risques qu'ils encourrent).

²⁷ Voir rapport du Conseil fédéral du 18 décembre 2014, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, p. 47 (disponible sur www.efd.admin.ch > Documentation > Rapports)

Parmi les instruments de différenciation possibles figurent le calibrage différencié des exigences (niveau, fréquence, complexité, échelonnement dans le temps), l'abandon de certaines exigences (p. ex. dérogations *de minimis*), le type de prescription (p. ex. interdictions, obligations ou incitations) ou encore la nature de la surveillance (p. ex. autorégulation ou surveillance par la FINMA).

La différenciation effectuée au moyen d'exigences plus ou moins élevées peut s'appliquer en priorité dans la réglementation prudentielle, qui doit notamment déterminer les manières de réglementer les différents risques (p. ex. par rapport à la survenue ou à l'ampleur d'un sinistre), tandis que pour les réglementations visant l'intégrité de la place financière (p. ex. législation sur le blanchiment d'argent, règles de conduite sur le marché ou à l'égard des clients), la différenciation devrait surtout passer par des seuils d'entrée ou *de minimis*.

Une réglementation se limitant à définir des principes, telle que la prévoit explicitement l'art. 7, al. 2, LFINMA dans sa version modifiée par la LEFin, poursuit aussi l'objectif de différenciation: la réglementation fixe un objectif aux assujettis mais laisse à chacun d'eux le choix de la manière dont il va se conformer à la prescription, en fonction de ce qui sera le plus approprié et le plus efficace pour lui. Les assujettis bénéficient donc d'une marge de manœuvre assortie de responsabilités. Cette marge de manœuvre, accordée par une loi ou une ordonnance fédérale, ne doit pas être restreinte à un échelon de réglementation inférieur, par un complément de règles (ou l'autorégulation), par exemple.

La réglementation doit être rédigée de manière aussi simple et compréhensible que possible, tant sur le fond que sur la forme (voir art. 7, al. 1, de la loi sur les langues²⁸). Il n'est évidemment pas question de simplifier arbitrairement des sujets complexes, mais de s'assurer que la complexité de la réglementation est bien nécessaire et appropriée pour atteindre l'objectif visé.

Al. 5

La place financière suisse est, dans certains domaines, fortement axée sur l'international et étroitement imbriquée dans le système financier international. Les standards internationaux présentent pour elle des avantages considérables tels que l'augmentation de la stabilité financière, la création des conditions d'une concurrence mondiale équitable pour les acteurs suisses des marchés financiers et la réduction des frais ou des barrières à l'entrée sur le marché résultant de réglementations nationales divergentes.

Les développements internationaux concernant la réglementation des marchés (définition de standards) et les modifications législatives survenant sur d'autres places financières d'envergure revêtent par conséquent une grande importance pour les activités des établissements financiers suisses.

En matière de réglementation, la FINMA doit par conséquent prendre en compte les normes internationales concernant le domaine financier et leur application sur d'autres places financières importantes tout en exploitant la marge de manœuvre dévolue aux solutions nationales eu égard aux structures spécifiques de la place financière suisse.

Al. 6

La politique du Conseil fédéral en matière de marchés financiers²⁹ veut que certaines règles importantes soient soumises à une évaluation a posteriori afin d'en mesurer l'efficacité et d'identifier un éventuel besoin d'assouplissement (déréglementation) ou au contraire de renforcement. La FINMA a déjà effectué de telles évaluations a posteriori dans le domaine de la réglementation des liquidités et de l'identification des clients, et indique, à la publication d'une nouvelle réglementation, si celle-ci doit en faire l'objet, et si oui à quel moment.

²⁸ RS 441.1

²⁹ Voir rapport du Conseil fédéral d'octobre 2016, *Politique en matière de marchés financiers pour une place financière suisse compétitive* (disponible sur www.sif.admin.ch > Documentation > Publications)

Il est donc nécessaire d'évaluer périodiquement la réglementation de la FINMA, élément important de la réglementation des marchés financiers. Cela peut par exemple se faire à l'occasion de la vérification du droit de rang supérieur, dans le cadre d'une modification d'une ordonnance ou d'une circulaire de la FINMA ou sous forme de projet indépendant. L'évaluation peut concerner différentes réglementations (en totalité ou en partie), ou un aspect spécifique (p. ex. forme écrite) de plusieurs réglementations. Elle doit en tout cas veiller à ne pas examiner séparément des réglementations liées, mais à permettre une vue d'ensemble.

La vérification porte sur la nécessité (la réglementation en question est-elle toujours nécessaire et utile?), le caractère approprié (la réglementation a-t-elle fait ses preuves, est-elle claire et compréhensible, son coût est-il approprié et conforme aux estimations initiales?, etc.) et l'efficacité (la réglementation a-t-elle atteint l'objectif fixé, y a-t-il d'autres moyens, plus simples, d'atteindre cet objectif?, etc.). Elle a lieu en concertation avec le DFF (à propos de l'association du DFF au processus de réglementation, voir notamment art. 8, 9 et 13). La FINMA doit auditionner les milieux intéressés et publier les résultats de ses vérifications.

Il ne paraît pas judicieux d'instaurer des clauses d'évaluation fixes, c'est-à-dire automatiques (p. ex. une évaluation tous les deux ans) pour toutes les réglementations de la FINMA, telles que certains milieux bancaires les ont évoquées, car elles alourdiraient significativement les charges de personnel de la FINMA et doperaient artificiellement la dynamique de réglementation, ce qui n'est pas souhaitable. Ce genre de clause serait en outre peu efficace, car toutes les réglementations devraient être examinées, quels que soient les risques qu'elles traitent ou les frais qu'elles entraînent.

Limitier les réglementations de la FINMA dans le temps (clauses de caducité) peut se révéler utile dans certains cas (p. ex. résolution de problèmes temporaires, problèmes pouvant, à terme, être réglés durablement par d'autres mesures, actes dont l'effet est incertain), mais ne convient pas comme moyen général devant entraîner un contrôle régulier de la réglementation. La vérification périodique prévue suffit.

Art. 7 Analyses des effets

Al. 1 et 2

L'art. 7, al. 2, let. a et b, LFINMA prévoit explicitement que les coûts et les autres effets des réglementations de la FINMA doivent être pris en compte.

Cela correspond aux exigences auxquelles doivent satisfaire aussi les lois et les ordonnances de rang supérieur sur les marchés financiers. Celles-ci doivent, conformément aux art. 5, al. 2, et 170, Cst.³⁰ et à l'art. 141, al. 2, LParl, faire l'objet d'une AIR. Le Conseil fédéral a édicté en 1999 des lignes directrices pour l'établissement des AIR³¹.

Tous les projets de réglementation de la FINMA (création ou modification d'une ordonnance ou d'une circulaire) doivent donc en principe faire l'objet d'une analyse des effets, non pas après leur achèvement mais parallèlement au processus de réglementation, l'analyse devant établir les bases économiques du projet (p. ex. en ce qui concerne le coût des différentes variantes).

Les analyses des effets concernant les réglementations de la FINMA peuvent s'appuyer sur les AIR établies pour des actes législatifs de rang supérieur, c'est-à-dire qu'elles peuvent reprendre les résultats qui s'y trouvent et se limiter aux aspects nouveaux traités dans les réglementations de la FINMA.

³⁰ RS 101

³¹ Voir Directives du Conseil fédéral sur l'exposé des conséquences économiques des projets d'actes législatifs fédéraux, décision du Conseil fédéral du 15 septembre 1999 (disponibles sur www.seco.admin.ch/fr > Services et publications > Publications > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > Aide)

Al. 3 et 4

Les analyses des effets doivent contenir des données qualitatives et, si possible, quantitatives. Elles doivent traiter les aspects suivants des réglementations: opportunité et proportionnalité, coût et utilité, efficacité, mesure dans laquelle sont touchés les différents assujettis (p. ex. en fonction de leur taille ou du statut de leur agrément), effets sur la concurrence, sur la capacité d'innovation et sur la compétitivité de la place financière, conséquences sur le fonctionnement, la stabilité et l'efficacité du secteur financier ainsi que sur l'économie (p. ex. effets redistributifs directs et indirects d'une réglementation sur d'autres secteurs et sur les consommateurs), et enfin les aspects pratiques de l'exécution.

Les données quantitatives et les grosses collectes de données auprès des assujettis sont d'autant plus indiquées que le projet de réglementation est important pour l'économie et pour la société et que ses effets sont incertains. Même chose pour l'ampleur et le degré d'approfondissement des analyses, qui doivent être proportionnels à l'importance du projet. Une analyse des effets peut donc très bien être courte en cas de modification mineure ou purement formelle.

Si l'analyse doit intégrer des données quantitatives sur les effets d'un projet de réglementation, la participation des acteurs concernés (p. ex. fourniture de données ou estimations tirées de la pratique) peut se révéler utile pour renforcer la pertinence des résultats.

Art. 8 Participation du DFF et des milieux concernés

Al. 1

L'information précoce et l'association du DFF et des milieux concernés (notamment les assujettis et leurs clients³²) à la planification et à l'élaboration des projets de réglementation peuvent revêtir différentes formes: ébauches de réglementation, échanges oraux dans le cadre d'instances de dialogue de la FINMA ou du DFF avec le secteur (p. ex. Forum Place financière), ou encore groupes de travail nationaux. Cela correspond d'ailleurs à une recommandation du Conseil fédéral de 2014³³.

Al. 2

La FINMA règle les modalités de la participation précoce des milieux concernés dans ses directives relatives aux principes de réglementation (voir art. 7, al. 5, LFINMA), afin d'en garantir l'homogénéité et la transparence.

Art. 9 Consultation des unités administratives intéressées

Al. 1

Conformément aux usages de l'administration fédérale et à l'art. 15 OLOGA, la FINMA doit consulter les unités administratives intéressées avant d'adopter ou de modifier une ordonnance ou une circulaire et avant de reconnaître à une norme d'autorégulation une valeur de standard minimal au sens de l'art. 7, al. 3, LFINMA. Cette consultation interne à l'administration doit de toute façon précéder toute consultation publique au sens des art. 10 s. Elle a lieu en principe par écrit mais peut prendre d'autres formes (p. ex. rencontre à l'échelon hiérarchique suprême) si les unités consultées sont d'accord.

Les avis exprimés par les unités administratives intéressées n'ont aucun caractère contraignant, et le conseil d'administration de la FINMA reste seul responsable de l'édiction des réglementations de cette autorité.

³² FF 2006 2741, 2774

³³ Voir rapport du Conseil fédéral du 18 décembre 2014, *La FINMA et son activité de réglementation et de surveillance*, p. 45 (disponible sur www.efd.admin.ch > Documentation > Rapports)

Al. 2

Par analogie avec les prescriptions relatives à la consultation des offices visées à l'art. 4 OLOGA, les unités administratives devant être consultées sont celles dont les tâches ont un lien matériel avec l'affaire traitée ou qui ont pour tâche d'évaluer ses aspects financiers, juridiques ou formels.

Doivent être consultés notamment le SFI en tant qu'office responsable de la politique de promotion de la place financière et de la réglementation des marchés financiers (art. 7, al. 2, let. b, Org DFF), la BNS pour ce qui est de la stabilité financière, et l'OFJ, qui est chargé de veiller «à la légalité des actes législatifs, des arrêtés et des décisions de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral et de l'administration fédérale, notamment au respect des droits fondamentaux et à l'observation des principes de l'État de droit, de l'ordre de compétences fédéral et autres principes constitutionnels» (art. 6, al. 2, let. a, Org DFJP³⁴).

Le SFI doit notamment pouvoir se prononcer sur la nécessité, sur la proportionnalité (y compris l'exploitation de marges de manœuvre dans la mise en œuvre de standards internationaux) et sur l'efficacité d'une réglementation, de même que sur ses conséquences pour la compétitivité de la place financière. L'OFJ évaluera en priorité la légalité de l'ordonnance ou de la circulaire proposée par la FINMA, l'observation des principes de l'État de droit, de l'ordre de compétences fédéral et d'autres principes constitutionnels.

Art. 10 Consultation publique

Les consultations publiques visent à associer en toute transparence les milieux intéressés dans les réflexions et les décisions de la FINMA. Elles doivent faire la lumière sur l'exactitude, sur les possibilités de mise en œuvre et sur l'acceptation d'un projet. Toute personne ou organisation intéressée peut participer à la consultation et donner son avis.

Selon l'art. 3 LCo³⁵, différents types d'objets nécessitent l'organisation d'une consultation, notamment «les ordonnances et autres projets qui ont une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle». C'est donc aussi le cas pour les ordonnances de grande portée de la FINMA. Il appartient au conseil d'administration de la FINMA de juger si un projet a ou non une grande portée.

Pour les ordonnances qui ne sont pas de grande portée au sens de la LCo et pour les circulaires, la FINMA procède à des auditions. Cela correspond, d'une part, à la participation précoce (voir art. 8 de l'ordonnance) et, d'autre part, à la participation «appropriée» des milieux concernés visée à l'art. 7, al. 4, LFINMA.

La FINMA organise déjà des auditions sur ses projets de réglementation, sauf s'il s'agit de modifications mineures ou purement formelles (p. ex. modification d'un renvoi ou reprise obligatoire d'un acte de rang supérieur). Les dispositions de l'ordonnance ne prévoient donc pas de changements considérables si ce n'est que le processus de consultation publique devient juridiquement contraignant et homogène sur le plan de la forme et des délais (voir art. 11).

Art. 11 Forme et délai des consultations publiques; traitement des avis

Al. 1

Pour les ordonnances et les circulaires visées à l'art. 10, al. 2, de la nouvelle ordonnance, le délai d'audition est en principe de deux mois. Il peut être raccourci en cas d'urgence. Les motifs objectifs qui justifient ce raccourcissement doivent alors être indiqués (p. ex. dans le dossier).

³⁴ RS 172.213.1

³⁵ RS 172.061

Al. 2

Le dossier commente le contenu et le but du projet de réglementation et expose la mesure dans laquelle celui-ci tient compte des principes de réglementation définis dans la section 3 de l'ordonnance. L'analyse des effets visée à l'art. 7 en fait partie intégrante.

Al. 3

Si une consultation publique de la FINMA a lieu en même temps qu'une consultation publique du DFF ou du Conseil fédéral sur un acte législatif de rang supérieur, celle de la FINMA est soumise aux mêmes contraintes s'agissant de la date et de la durée que la consultation concernant l'acte législatif de rang supérieur. En règle générale, toutefois, les consultations publiques de la FINMA ont lieu après celles qui sont organisées au niveau fédéral.

Al. 4

La FINMA prend connaissance des avis exprimés lors de la consultation publique, puis procède à leur pondération et à leur évaluation. Les résultats de la consultation publique sont résumés dans un rapport qui sera soumis à l'approbation du conseil d'administration de la FINMA avant d'être publié (al. 5). Ce rapport précise les raisons pour lesquelles les avis exprimés lors de la consultation ont été ou non pris en compte, et comment a été prise la décision d'édicter ou non la réglementation.

Al. 5

La FINMA publie, outre le dossier, les avis exprimés et le rapport sur les résultats.

Art. 12 Reconnaissance de l'autorégulation

L'autorégulation ayant fait ses preuves dans le secteur financier, elle est inscrite dans la LFINMA. Conformément à l'art. 7, al. 3, LFINMA, la FINMA doit soutenir les efforts d'autorégulation du secteur. Elle peut en outre reconnaître l'autorégulation comme standard minimal et la mettre en œuvre dans le cadre de ses attributions³⁶.

La compétence de la FINMA pour reconnaître l'autorégulation se limite aux domaines qui relèvent de ses compétences ou de son échelon de réglementation. La FINMA ne peut donc pas reconnaître une autorégulation dont le contenu relève des compétences de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral.

Étant donné que la reconnaissance élève les normes d'autorégulation au rang de standards minimaux applicables à tout un secteur et que celles-ci deviennent, par conséquent, équivalentes aux réglementations de la FINMA, cette autorité est tenue de veiller à ce que les normes d'autorégulation qu'elle reconnaît disposent d'un large soutien. Ce soutien doit être garanti en premier lieu par le secteur ou l'organisation qui édicte la norme. Si la norme a un contenu de grande portée, la FINMA peut en outre prévoir de la soumettre à une consultation publique conforme aux art. 10 s.

La reconnaissance des normes d'autorégulation ressortit au conseil d'administration de la FINMA.

Art. 13 Collaboration et échange d'informations avec le DFF

La coordination entre la FINMA et le DFF visent à assurer la cohérence de la réglementation aux points de vue des échéances et du fond, à tous les échelons normatifs. Si un projet de réglementation nécessite des modifications dans une loi ou dans une ordonnance, la responsabilité en incombe au DFF. La FINMA ne peut ni lancer ni annoncer le projet en question sans l'accord préalable explicite du DFF.

³⁶ FF **2006** 2741, 2773 s.

La FINMA et le DFF se fournissent mutuellement, à un stade précoce et si possible avant d'informer le public, les milieux politiques, les assujettis ou les éventuels partenaires étrangers, les informations, données et documents (y compris confidentiels) relatifs à leur activité de réglementation dont chacun a besoin pour accomplir ses tâches de réglementation, par exemple:

- les informations relatives à l'évolution des affaires et des risques (existants ou pointant à l'horizon) sur le marché (agrégées et anonymisées sauf si elles relèvent de l'art. 39, al. 2, LFINMA);
- les informations et les données relatives aux effets des réglementations sur les assujettis pour les AIR et les analyses a posteriori (agrégées et anonymisées, au besoin);
- les informations nécessaires à l'exécution de mandats du Parlement ou du Conseil fédéral, à l'analyse du marché et à l'amélioration des atouts de la place financière suisse.

Seules sont échangées des informations déjà recueillies ou disponibles. Il n'est pas prévu de collecter des données supplémentaires aux seules fins d'une transmission à l'autre autorité. Le coût de la collecte et du traitement des données par la FINMA est à la charge des assujettis.

La FINMA partage en outre avec le DFF (ou le SFI) ses estimations et ses expertises concernant les questions de réglementation.

Sont exclus du flux d'informations les mandats de commissions du Parlement, dont l'autorité qui les exécute est liée par le secret des commissions, de même que les éventuelles affaires classifiées au sens de l'OPrl.

La FINMA et le DFF règlent dans un accord bilatéral les modalités de leur collaboration en matière de réglementation.

La procédure de collaboration tripartite entre le DFF, la FINMA et la BNS sur les questions de stabilité financière et de réglementation des marchés financiers est réglée dans un *memorandum of understanding* conclu en 2011 entre les trois acteurs. Elle fait actuellement l'objet d'un réexamen.

Section 4 Objectifs stratégiques de la FINMA

Art. 14

Al. 1 et 2

La FINMA fait partie des entités de la Confédération devenues autonomes assumant des tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité. Ces tâches relèvent de la puissance publique. Elles ont été externalisées dans la FINMA afin que l'indépendance de celle-ci soit garantie³⁷.

Le Conseil fédéral a édicté des principes directeurs concernant la gestion des entités de la Confédération devenues autonomes³⁸. Les objectifs stratégiques de celles-ci sont un important instrument de pilotage dynamique à moyen terme. Conformément à l'art. 9, al. 1, let. a, LFINMA, les objectifs stratégiques de la FINMA sont fixés par le conseil d'administration de la FINMA et soumis à l'approbation du Conseil fédéral. Ils ont pour cadre les bases légales (en particulier les dispositions fixant le but et les tâches).

Les entités devenues autonomes rendent compte de l'atteinte de leurs objectifs stratégiques au Conseil fédéral, qui informe le Parlement conformément au profil de référence du compte rendu approuvé par la décision du Conseil fédéral du 9 novembre 2011. Le compte rendu permet donc de comparer la situation actuelle à la situation visée. Le Conseil fédéral estime que la définition des points clés de la mise en œuvre et de critères de mesure clairs (comme

³⁷ FF 2006 2741, 2748 s.

³⁸ Disponibles sur www.efv.admin.ch > Thèmes > Gouvernement d'entreprise

pour les autres entités devenues autonomes) est importante pour la vérifiabilité et l'évaluation des activités de la FINMA, et pour le compte rendu annuel au Parlement.

Al. 3 et 4

Afin que le DFF, représentant le Conseil fédéral, dispose de suffisamment de temps pour évaluer les objectifs stratégiques et pour demander des éclaircissements ou formuler des commentaires, la FINMA lui soumet ses objectifs stratégiques trois mois avant la date prévue de leur approbation par le Conseil fédéral.

Une fois approuvés par le Conseil fédéral, les objectifs stratégiques sont publiés par la FINMA et mis en ligne sur le site Internet du DFF (en l'occurrence, celui du SFI).

La FINMA discute de ses objectifs stratégiques et du rapport sur la mise en œuvre de sa stratégie avec le Conseil fédéral dans le cadre de la concertation annuelle prévue à l'art. 21, al. 2, LFINMA. Le DFF mène par ailleurs, au cours de l'année, des entretiens avec les organes de la FINMA, sur des thèmes tels que les questions d'actualité et les enjeux liés à la réglementation et au contexte international.

Section 5 Échange d'informations non accessibles au public

Art. 15

La FINMA doit communiquer au DFF les informations concernant son activité de surveillance ou certains assujettis, lorsque ces informations:

- servent à maintenir la stabilité du système financier;
- ont une grande portée économique ou politique pour la Suisse et doivent donc être portées à la connaissance des services politiques responsables.

Le Conseil fédéral, ou en l'occurrence le DFF, peut remplir judicieusement les tâches qui lui incombent uniquement s'il a le droit, le cas échéant, de consulter les documents de la FINMA et de recevoir des renseignements pertinents³⁹. Afin de garantir un échange efficace, la FINMA informe d'elle-même le DFF dans les cas précités.

Section 6 Dispositions finales

Art. 16 Disposition transitoire

La nécessité d'adapter la réglementation à la hiérarchie des normes découle tout d'abord de la structure de l'ordre juridique prévue par la Cst., mais aussi de l'art. 7 LFINMA et des dispositions d'exécution visées aux art. 5 ss de l'ordonnance. En vertu de celles-ci, les dispositions normatives pour lesquelles la législation sur les marchés financiers prévoit une délégation de compétence législative explicite à la FINMA doivent être mises en œuvre dans une ordonnance de la FINMA. Les dispositions correspondantes sont limitées à l'édition de dispositions de nature technique et d'importance secondaire.

Il découle par ailleurs de l'art. 7 LFINMA qu'une circulaire ne peut pas contenir de dispositions normatives, 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 compétences.

Si la FINMA constate, lors de l'examen de sa réglementation, que certaines dispositions ne respectent pas la hiérarchie des normes, elle procède aux modifications relevant de sa compétence (en déplaçant, p. ex., les dispositions vers un autre niveau normatif relevant de sa compétence) ou se concerta avec le DFF au sujet des modifications nécessaires à des niveaux normatifs supérieurs.

³⁹ Cf. JAAC 54.36

La FINMA rendra compte, dans son rapport ordinaire, de ses activités et de la vérification de ses réglementations en vertu de l'art. 16.

Art. 17 *Entrée en vigueur*

L'ordonnance devrait entrer en vigueur au début du mois de février 2020.

3 Conséquences (AIR)

3.1 Conséquences pour l'économie et pour les groupes concernés

3.1.1 FINMA

La FINMA est la principale concernée par le projet, car la nouvelle ordonnance contribue à une séparation plus nette des responsabilités en matière de réglementation et de définition de standards dans le domaine des marchés financiers. Par conséquent, elle jouera à l'avenir un rôle plus ciblé quant à l'orientation et à la conception de la réglementation des marchés financiers en Suisse, et collaborera d'une manière plus intensive avec le DFF dans le cadre de ses tâches internationales (hors assistance administrative). Cela renforcera la légitimité politique de la réglementation tout en favorisant l'acceptation de la FINMA dans son rôle d'autorité de surveillance aux compétences clairement définies.

Lorsqu'elle adoptera des ordonnances ou des circulaires, elle devra se préoccuper davantage des conséquences économiques de la réglementation pour les acteurs ou les groupes d'acteurs concernés. Le surcroît de travail entraîné devrait rester modeste. Les informations relatives aux frais à prévoir chez les acteurs concernés pourront, par exemple, être fournies par les groupes de travail qui existent entre l'administration et le secteur financier. Les autres données nécessaires à la réalisation d'une analyse des effets pourront être obtenues par des enquêtes (réalisées de toute façon ou, si nécessaire, à titre complémentaire) auprès des établissements. Le surcroît de travail sera sans doute plus important pour l'examen unique de l'adaptation d'une réglementation de la FINMA à la hiérarchie des normes.

3.1.2 Établissements financiers assujettis

La surveillance des établissements individuels reste du ressort exclusif de la FINMA. Il n'est pas prévu que la Confédération intervienne sur ce terrain. Les réglementations de la FINMA servent néanmoins de guide aux établissements financiers assujettis. La nouvelle ordonnance améliore la clarté et la transparence des processus de réglementation et de l'application des principes en la matière, accroissant pour les assujettis la sécurité du droit et de la planification, ce qui a pour effet de renforcer leur confiance dans la FINMA.

Il n'est pas exclu que les établissements financiers voient leur charge de travail augmenter quelque peu si la définition de bases de décision entraîne une augmentation des collectes de données. Chaque collecte supplémentaire pourra causer chez chacun plusieurs heures de travail supplémentaires pour les ressources humaines existantes, sans entraîner toutefois une hausse sensible des frais.

3.1.3 Clients d'établissements financiers

Le projet ne concerne qu'indirectement les clients puisqu'il ne prévoit ni réduction ni renforcement de la protection qui leur est accordée. Il suscite toutefois leur confiance en prévoyant une procédure de consultation minutieuse, à laquelle sont également associées des organisations de consommateurs.

3.2 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

La Confédération en général et le DFF en particulier sont directement concernés par le projet, qui clarifie les responsabilités s'agissant de la réglementation des marchés financiers et qui prévoit une contribution plus importante à la définition de standards internationaux. Le SFI estime que la charge de travail supplémentaire nécessitera une augmentation limitée des ressources. Les cantons et les communes ne sont pas directement concernés.

3.3 Conséquences pour la place économique suisse

Le projet prévoit une clarification du rôle de réglementation de la FINMA et de la collaboration de celle-ci avec d'autres autorités et avec les acteurs concernés. Il contribue ainsi à donner au cadre réglementaire de la place financière suisse une forme optimale et à limiter les contraintes réglementaires imposées aux établissements financiers. Un tel contexte favorisera dans l'ensemble la concurrence entre les établissements et la compétitivité de la place financière suisse, sans mettre en cause la réputation de la FINMA ni celle de la place financière. La réputation internationale de la Suisse dans le domaine des marchés financiers dépend dans une large mesure de la compatibilité de la réglementation avec les standards internationaux, laquelle est largement déterminée par le législateur. La nouvelle ordonnance ne change rien à cela.

4 Aspects juridiques

4.1 Constitutionnalité et légalité

La nouvelle ordonnance d'exécution de la LFINMA s'appuie sur l'art. 55 LFINMA.

4.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Il n'existe pour l'heure aucun engagement nécessitant une vérification de compatibilité.

5 Entrée en vigueur

La nouvelle ordonnance devrait entrer en vigueur au début du mois de février 2020.