



SCHWEIZERISCHE
BANKIERVEREINIGUNG
ASSOCIATION SUISSE
DES BANQUIERS
ASSOCIAZIONE SVIZZERA
DEI BANCHIERI

Monsieur Franz Blankart, Secrétaire d'Etat,
Palais fédéral Est, 3003 Berne

Monsieur Klaus Jacobi, Secrétaire d'Etat,
Palais fédéral Ouest, 3003 Berne

Bâle, le 18 juin 1990
SM/CK/A.145.1/ID 1825

Négociations AELE-CE / entraide administrative

Monsieur le Secrétaire d'Etat,

La Suisse, dans la perspective de l'ouverture prochaine de négociations entre les pays de l'AELE et la CE en vue de créer un Espace Economique Européen (EEE), a annoncé au cours des discussions exploratoires qu'elle demanderait une exception permanente ou une période transitoire d'adaptation en matière d'assistance administrative à d'autres Etats, qu'il s'agisse de collaboration entre autorités chargées de la surveillance des établissements de crédit (directives 77/780/CEE, 83/350/ CEE, 89/646/CEE), des entreprises d'investissement (COM(89)629 final), des fonds de placement (directive 85/611/CEE), des bourses (directives 79/279/CEE, 80/390/CEE, 82/121/CEE, 87/345/CEE, 88/ 627/CEE, 89/298/CEE), ou d'enquêtes relatives à des opérations d'initiés (directive 89/592/CEE). On se réfère au rapport du Président du Groupe de travail II de l'AELE chargé de la libre circulation des services et des capitaux (HLSG 21/90), du 21 mai 1990, adressé au High Level Steering Group de l'AELE, spécialement aux tableaux synoptiques en annexe présentant les dérogations à l'acquis pertinent demandées par chaque Etat membre de l'AELE, p. 2. Les considérations qui suivent se limitent aux questions intéressant les banques, les entreprises d'investissement et les bourses, à l'exclusion des directives et propositions de directives concernant les assurances.

La limitation stricte de l'entraide administrative à la surveillance des établissements financiers et des bourses est la principale exigence du secteur bancaire suisse dans les négociations qui vont s'ouvrir avec la Communauté. L'acceptation générale de l'entraide administrative heurterait la conception juridique suisse de la protection de la sphère privée - et notamment du secret bancaire, qui en est l'un des aspects - ainsi que notre approche traditionnelle de la coopération entre Etats, fondée sur l'entraide judiciaire. A l'heure où la globalisation des marchés, les efforts internationaux de lutte contre le crime organisé (blanchiment de fonds) et les pratiques financières jugées malsaines (OPA inamicales, opérations d'initiés), mais aussi la volonté de renforcer l'emprise au niveau international des autorités administratives de surveillance sur les établissements et les marchés financiers incitent certains Etats et certaines instances internationales à remettre en cause la notion même de secret bancaire, il nous paraît capital que la Suisse réaffirme sa volonté de coopérer par le biais de l'entraide judiciaire et de ne réserver l'entraide administrative qu'à la surveillance des règles prudentielles observées par les banques et à la surveillance boursière sans porter atteinte aux droits des particuliers.



La collaboration entre autorités fiscales demeure pour le moment exclue du catalogue de l'acquis pertinent, en l'absence de consensus au sein de la Communauté. Il va de soi cependant qu'elle est sous-jacente à la discussion. De ce seul fait, il nous paraîtrait dangereux de créer un précédent en acceptant une collaboration entre autorités administratives même limitée à un domaine particulier ne nous posant pas les mêmes difficultés a priori (p. ex. la lutte contre les opérations d'initiés dans le cadre de la surveillance des bourses). Sous cet angle, nous estimons regrettable que la question de l'entraide administrative dans des domaines différents soit négociée globalement. Il en résulte un amalgame dangereux et artificiel de problèmes de fait et de droit très différents. Sur l'absence d'une base légale générale à la coopération entre autorités de surveillance des banques et sur le risque d'une pression politique de la part de la CE pour amener notre pays à octroyer l'entraide administrative en matière fiscale, cf. Prof. P. Nobel : "Internationale Entwicklungen im Bankenrecht", in "Neue Zürcher Zeitung", 12.6.90.

Seules les conventions de double imposition prévoient en droit interne suisse une entraide administrative de portée restreinte ("petite" entraide), qui se limite à la collaboration nécessaire à la bonne exécution de la convention, sans viser au respect de la législation fiscale interne de l'Etat cocontractant dans son ensemble. Dans tous les cas, le secret professionnel, le secret d'affaires et le secret bancaire demeurent préservés. En outre, les renseignements doivent pouvoir être obtenus selon le droit suisse. La réciprocité, la spécialité, le maintien du secret dans l'Etat requérant, le respect de la souveraineté et de l'ordre public suisses doivent être garantis. Du point de vue de la procédure, l'autorité administrative compétente transmet les informations demandées sous forme d'un rapport officiel d'enquête, à l'exclusion de tout acte propre à l'entraide judiciaire, comme la transmission de documents ou de procès-verbaux d'audition de témoins. L'audition de tiers par l'autorité étrangère requérante, de même que toute autre intervention directe de sa part sur territoire suisse est exclue. Enfin, l'entraide administrative de portée limitée ainsi circonscrite relève d'accords bilatéraux, sectoriels et librement négociés.

La Suisse a en fait axé sa collaboration avec les autres Etats sur l'entraide judiciaire, plus précisément l'entraide judiciaire en matière pénale. Contrairement à l'entraide administrative, elle garantit à l'ensemble des autorités et des personnes impliquées le respect des règles de forme et de fond liées à la procédure judiciaire (droit d'être entendu, publicité, droit de recours, etc.). Elle ne peut se dérouler à l'insu des justiciables. Elle se fonde sur des bases légales multiples et claires, qui relèvent tant du droit international (Convention européenne sur l'entraide judiciaire, Convention européenne d'extradition, Convention avec les USA sur l'entraide judiciaire en matière pénale de 1973, p. ex.) que du droit interne (Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale / EIMP, de 1981, en particulier), ainsi que sur une jurisprudence bien établie. Elle assure le respect des droits de la personne; la procédure de l'Etat requérant doit être conforme aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme, proportionnée et garantir le recours à un juge. La réciprocité doit être offerte par l'Etat requérant. Le principe de la spécialité, selon lequel les renseignements transmis ne peuvent être utilisés que dans le cadre d'une procédure pénale susceptible de donner lieu à l'entraide judiciaire, doit être respecté. Des mesures de contrainte peuvent être ordonnées que si les faits poursuivis constituent une infraction pénale en droit suisse également (principe de la double incrimination). C'est aux autorités suisses qu'il appartient de se prononcer sur ces différentes conditions. L'EIMP réserve en outre dans tous les cas la souveraineté, la sûreté, l'ordre public et les autres intérêts essentiels de la Suisse.

Les actes d'entraide sont exécutés par les autorités judiciaires fédérales ou cantonales compétentes; la présence de fonctionnaires étrangers peut être admise dans certains cas, mais l'instruction est toujours menée par l'autorité suisse. Il est clair en revanche que lorsqu'il résulte des faits exposés que l'infraction poursuivie à l'étranger comprend les éléments objectifs d'une infraction pénale réprimée par le droit suisse, le secret bancaire peut et doit être levé, y compris en matière fiscale (escroquerie fiscale ou escroquerie en matière de contributions).

C'est notamment pour favoriser et développer l'entraide judiciaire, garante d'une coopération efficace entre Etats, mais aussi du respect des droits individuels, que le législateur suisse a introduit récemment dans le Code pénal des dispositions réprimant les opérations d'initiés (art. 161 CPS) et le blanchiment de fonds d'origine criminelle (art. 305bis et 305ter CPS). La possibilité de fournir l'assistance judiciaire à d'autres Etats fait partie intégrante de la "ratio legis" de ces normes. On se réfère, en ce qui concerne l'art. 161 CPS, au message du Conseil fédéral (FF 1985 II 72 ss.; voir aussi M. Giovanoli: "La répression des opérations d'initiés et l'évolution du droit du marché financier en Suisse" in "Wirtschaft und Recht, 1989, 2, p.111 ss., spécialement p. 112 et 116 ss., et les références citées); pour les art. 305bis et 305ter, on se reporte également au message du Conseil fédéral (FF 1989 II 961, spécialement p. 964, et les références citées). Il convient de rappeler que les banques ont soutenu dans leur principe l'introduction de l'EIMP et des art. 161, 305bis et 305ter CPS. Elles sont favorables à toute amélioration susceptible de remédier aux lenteurs parfois excessives constatées lors de procédures d'entraide internationale, pour autant que les personnes impliquées aient la garantie de pouvoir défendre de bonne foi leurs intérêts légitimes. A titre de solution transitoire, l'Association suisse des banquiers a même élaboré la Convention XVI relative au traitement des demandes de renseignements de la Securities and Exchange Commission des Etats-Unis sur les abus d'informations privilégiées, abrogée à l'entrée en vigueur de l'art. 161 CPS. Le présent mémoire ne peut donc en aucun cas être interprété comme une marque de complaisance quelconque à l'égard de pratiques répréhensibles.

Le législateur suisse s'est en revanche toujours refusé jusqu'ici, avec raison, à donner une base légale à l'assistance administrative internationale, conscient des risques d'atteinte aux droits de la personne et des dangers pour notre souveraineté qu'elle comporte. Le Conseil fédéral pour sa part a déclaré dans les termes les plus clairs qu'il ne signerait pas la Convention multilatérale relative à l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale de l'OCDE et du Conseil de l'Europe, pour les mêmes motifs.

En 1984, le peuple suisse, à une majorité de 73%, a rejeté massivement une initiative dite "contre l'abus du secret bancaire", qui visait en particulier à obliger les banques, les sociétés financières et l'ensemble des professionnels de la finance à renseigner les autorités et les tribunaux en matière fiscale et pénale; il s'agissait également de soutenir les "procédures pénales menées à l'étranger, en matière de délits fiscaux et monétaires également" (FF 1978 II 925). Rarement, une initiative a été repoussée avec une telle netteté en votation populaire. Or, l'entraide administrative discutée actuellement au sein de l'AELE et avec la CE préjuge manifestement des positions qui pourront être prises lors du débat sur l'entraide administrative en matière fiscale.

En ce qui concerne les différents domaines d'entraide administrative évoqués actuellement dans le cadre de l'établissement de l'acquis pertinent, les remarques suivantes peuvent être faites :

1. Surveillance des banques, des sociétés financières et des fonds de placement (77/780/CEE, 83/350/CEE, 89/646/CEE; COM(89) 629 final; 85/611/CEE)

- a) Pratique suisse. La Commission fédérale des banques (CFB) est l'autorité fédérale compétente en la matière. L'assistance qu'elle peut être amenée à fournir à des autorités de surveillance étrangère est dépourvue de base légale explicite. Il pourrait en résulter des atteintes inadmissibles au secret bancaire, voire à la souveraineté et à l'ordre public suisses, si cette pratique se généralisait et s'institutionnalisait.

La CFB, lorsqu'elle collabore avec des autorités de surveillance étrangère, se fonde sur l'art. 23bis de la Loi sur les banques, dont la formulation très générale ne fait aucunement mention de coopération internationale sous quelque forme que ce soit, ainsi que sur les "Principes pour le contrôle des établissements des banques à l'étranger", ou Concordat de Bâle, adoptés en mai 1983 par le Comité des règles et pratiques de contrôle bancaire sous les auspices de la Banque des Règlements Internationaux (ancien Comité Cooke, aujourd'hui dénommé Comité de Bâle sur le contrôle bancaire). Le texte actuel du "Concordat" (ce terme est impropre, dans la mesure où il évoque une convention à caractère obligatoire) remplace une première version datant de 1975; il a été complété récemment par un document intitulé "Echanges d'informations entre autorités de contrôle bancaire", publié en avril 1990. La Suisse, avec les pays du Groupe des Dix et le Luxembourg, est membre du Comité de Bâle, au sein duquel elle est représentée par la Banque nationale et par la Commission fédérale des banques. Il convient de souligner le caractère informel de cette assemblée, qui n'est pas à proprement parler une instance internationale. Ses travaux constituent des **recommandations**, et non des normes impératives. Le Comité relève ainsi dans l'introduction à son texte de mai 1983 : "Les principes exposés dans ce rapport ne sont pas nécessairement mis en oeuvre dans la législation des pays représentés au Comité. Il s'agit plutôt de propositions d'orientations pour optimiser les pratiques dans ce domaine, que tous les membres ont entrepris de mettre en application, selon les moyens dont ils disposent." On se réfère également au commentaire de la loi sur les banques de MM. Bodmer, Kleiner et Lutz, ad. art. 23bis LFB, spécialement au § 25 ss., ainsi qu'aux références citées. La doctrine unanime constate que le Concordat de Bâle n'est pas une convention internationale.

Au surplus, les principes établis par le Comité de Bâle portent exclusivement sur la responsabilité des autorités de contrôle bancaire en matière de surveillance de la gestion prudentielle et de la solidité de l'activité des établissements des banques à l'étranger, sous le triple aspect de la solvabilité, de la liquidité et des opérations et positions de change (cf. notamment chif. IV, p. 6 du texte de 1983). Le Comité de Bâle considère certes qu'une coopération efficace entre les autorités d'accueil et les autorités d'origine est nécessaire au contrôle des opérations internationales des banques. Cette collaboration doit se fonder sur deux principes :

- 1) aucun établissement bancaire à l'étranger ne devrait échapper à ce contrôle;

2) le contrôle devrait être adéquat.

La mise en oeuvre de ces deux principes suppose le contrôle consolidé par l'établissement-mère et les autorités du pays d'origine.

La CFB surveille sur une base consolidée les groupes bancaires dirigés depuis la Suisse et peut à cette fin exiger de la banque mère en Suisse toutes les informations nécessaires sur ses filiales suisses et étrangères. La légalité de cette pratique a été confirmée par le Tribunal fédéral (ATF 108 Ib 513, spécialement p. 519) et n'est pas contestée. A titre de contre-partie, et conformément aux recommandations du Comité de Bâle, la CFB collabore avec les autorités de surveillance étrangères dans la mesure nécessaire à assurer le contrôle consolidé des groupes bancaires étrangers possédant des filiales en Suisse. Cette forme pragmatique et limitée de coopération n'est pas contestée non plus, à condition qu'elle ne heurte pas l'ordre juridique suisse.

A plusieurs reprises, la Commission fédérale des banques a précisé de quelle façon les filiales en Suisse peuvent être surveillées tout en sauvegardant la souveraineté de notre pays et en assurant le respect du secret bancaire, tant par la banque mère étrangère que par son autorité de surveillance. Elle a considéré en particulier ce qui suit : "La situation juridique en matière de contrôles directs par des agents de l'autorité de surveillance étrangère dans la filiale suisse est sans équivoque : selon l'art. 271 CPS, des actes exécutés sans droit pour un Etat étranger sur le territoire suisse sont punissables; jusqu'à présent, aucun Etat étranger n'a sollicité une telle autorisation du Conseil fédéral. La Suisse estime d'ailleurs que des contrôles directs ne s'imposent pas dans la mesure où notre ordre juridique offre suffisamment d'autres possibilités pour une surveillance consolidée. De plus, selon cette même disposition pénale, il est inadmissible que la filiale suisse réponde à des demandes directes d'une autorité de surveillance étrangère." (rapport de gestion 1984 de la CFB , p. 33).

L'autorité suisse de surveillance a également exprimé son inquiétude quant aux informations que la filiale suisse peut être amenée à communiquer à sa maison-mère à l'intention de l'autorité de surveillance étrangère, eu égard aux dispositions suisses sur le maintien du secret. Elle a notamment relevé : "Dans divers pays, c'est la même autorité qui est chargée de la surveillance et qui a les fonctions de banque centrale, si bien qu'une séparation claire d'après le but poursuivi n'est pas toujours possible. L'insécurité a été avant tout provoquée par le souhait émis par diverses autorités de surveillance des banques d'émission étrangères d'obtenir des données statistiques non consolidées sur les filiales suisses.(...) La filiale suisse est une personne juridique indépendante de la banque mère étrangère et elle est totalement soumise au droit suisse, en particulier aussi au secret bancaire prévu à l'art. 47 de la Loi sur les banques. Elle ne peut par conséquent divulguer des secrets de ses clients à des tiers, y compris la banque mère en sa qualité d'actionnaire et à plus forte raison à l'autorité de surveillance de cette dernière, qu'avec l'accord du propriétaire du secret. Des informations sur des clients déterminés ne doivent être données que s'il existe des raisons impératives de surveillance et s'il est garanti qu'elles seront utilisées à l'étranger exclusivement à des fins de surveillance bancaire. On mentionnera ici d'abord les affaires actives, et plus particulièrement l'annonce des plus importants débiteurs en vue de la surveillance consolidée des gros risques.

Par contre, il n'y a, en règle générale, aucun besoin de surveillance en ce qui concerne les données concernant les créanciers particuliers ou les clients des affaires hors bilan de la filiale." (op. cit., p. 33-34).

A plusieurs reprises, la Commission fédérale des banques a critiqué la tendance d'autorités de surveillance étrangères - en l'occurrence américaines - à exiger des informations de plus en plus étendues de la part des banques étrangères entretenant des filiales ou succursales aux Etats-Unis, y compris sur leurs activités hors des USA (cf. rapports de gestion 1980 de la CFB, p. 33; 1981, p. 47).

En ce qui concerne les succursales en Suisse de banques étrangères (et les autres entités dépourvues de personnalité juridique), le secret bancaire qui protège les clients n'est pas opposable aux organes de la banque étrangère mère, qui peut charger ses propres inspecteurs du contrôle de la succursale avec accès à l'ensemble des dossiers. Mais il en va tout différemment des rapports entre la succursale en Suisse et l'autorité de surveillance du pays d'origine. La Commission fédérale des banques a considéré à cet égard : "Comme la succursale est soumise au droit suisse, elle est néanmoins tenue de respecter les prescriptions suisses. Les organes de la banque, et notamment les inspecteurs du service de révision interne étranger, ont le devoir d'exercer leurs activités qui se rapportent à la succursale en Suisse en respectant l'ordre juridique suisse. Des informations et des déclarations aux autorités de surveillance étrangères ne sont autorisées que dans la mesure où il est certain que ces renseignements ne serviront qu'à des buts de surveillance. Pour éviter des abus et des risques, aucune information sur des créanciers ou des débiteurs déterminés ne peut être transmise sans motif impérieux de surveillance. L'autorité de surveillance étrangère ne peut en aucun cas opérer des contrôles directs dans la succursale." (rapport de gestion 1978 de la CFB, p. 18). La CFB a constaté récemment encore l'incompatibilité de telles inspections fondées sur le droit communautaire avec l'ordre juridique suisse (rapport de gestion 1989 de la CFB, p. 203).

L'obligation de secret à laquelle est soumise la succursale n'est pas opposable à l'entreprise mère à l'étranger (Bodmer, Kleiner, Lutz, op. cit., § 27); elle l'est en revanche, dans la mesure définie ci-dessus, à l'autorité de surveillance du pays d'origine. L'échange d'informations concernant les succursales devrait au fond se limiter aux "événements de nature à mettre sérieusement en danger les intérêts des créanciers" comme le prévoit l'art. 3, al. 2, lit. c de l'Ordonnance concernant les banques étrangères en Suisse, du 22 mars 1984 (R.S. 952.111), soit aux renseignements que la CFB exige des autorités de surveillance étrangères pour l'octroi d'une autorisation à une succursale.

Tout en étant favorable au contrôle consolidé des groupes bancaires à des fins exclusivement prudentielles et dans l'intérêt de la protection des créanciers, l'Association suisse des banquiers s'oppose à l'extension des obligations faites aux banques sises en Suisse de renseigner directement ou par l'intermédiaire de la société mère l'autorité de surveillance étrangère. La Commission fédérale des banques n'a pas d'obligation générale de transmettre des informations qui ont été communiquées sous la garantie du secret de fonction, mais seulement lorsque la protection des créanciers est en jeu et conformément au principe de la proportionnalité, c'est-à-dire en se limitant à l'échange des informations essentielles nécessaires en préservant dans toute la mesure du possible l'intérêt public et privé au maintien du secret (cf. Bodmer, Kleiner et Lutz, op. cit., § 27).

Dans le récent complément au Concordat de Bâle qu'il a publié en avril 1990, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a rappelé que ses recommandations "ne constituent pas des obligations légales minimales, mais exposent les meilleures pratiques que tous les membres se sont engagés à appliquer, selon les moyens dont ils disposent." (p. 2, in fine). Matériellement cependant, les recommandations complémentaires, et notamment le chap. D intitulé "Suppression des entraves au secret bancaire", appellent de sérieuses réserves. L'Association suisse des banquiers ne peut en particulier souscrire à la recommandation figurant en p. 5, invitant les pays où les règles relatives au secret bancaire restreignent ou empêchent la transmission d'informations aux autorités de contrôle bancaire à l'étranger à "revoir et [à] modifier ces règles". Il est juste en revanche qu'en tout état de cause, "les informations reçues ne devraient servir qu'à des fins liées à la surveillance prudentielle des institutions financières. Elles ne devraient pas être communiquées, dans le pays destinataire, à d'autres responsables que ceux chargés de la surveillance bancaire." Les directives de la Communauté européenne examinées ci-dessous, qui prévoient l'échange des informations obtenues entre différentes autorités du pays d'origine, ne sont pas conformes à cette partie de la recommandation.

Lorsqu'il fut question, dans l'avant-projet de révision totale de la loi sur les banques, publié en août 1982, de donner une base expresse à l'entraide administrative demandée ou fournie par la Commission fédérale des banques (art. 50 de l'avant-projet), le groupe d'experts institué par le Conseil fédéral avait proposé une formulation potestative, qui n'obligeait pas la CFB à accorder l'entraide. Le Conseil fédéral a d'ailleurs finalement renoncé à réviser la Loi sur les banques. D'autre part, l'entraide n'aurait été accordée que si l'autorité requérante offrait toutes garanties que les renseignements fournis seraient utilisés exclusivement à des fins de surveillance bancaire et qu'ils ne seraient pas accessibles à des tiers. Enfin, l'art. 50, al. 3 disposait : "L'entraide administrative sera accordée compte tenu de la souveraineté, de la sécurité, de l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse ou de particuliers."

b) **Deuxième directive de coordination bancaire.** Ces garanties font défaut dans le régime d'entraide administrative que prévoit la deuxième directive de coordination bancaire - clé de voûte du marché bancaire et financier unique - et les textes qui s'y rapportent. En outre, contrairement aux recommandations du Comité de Bâle, les directives communautaires sont de nature impérative. Inclues dans un Traité EEE, elles auraient valeur d'engagement international, qui plus est à caractère multilatéral. L'Association suisse des banquiers refuse ce glissement tacite vers un mode contraignant de coopération.

L'art. 15 de la deuxième directive de coordination bancaire prévoit en particulier que lorsqu'un établissement de crédit agréé dans un autre Etat membre exerce son activité par le moyen d'une succursale, les autorités compétentes de l'Etat membre d'origine peuvent, après en avoir préalablement informé celles de l'Etat d'accueil, procéder elles-mêmes ou par l'intermédiaire de personnes qu'elles mandatent à cet effet, à la vérification sur place de "toutes les informations susceptibles de faciliter le contrôle de ces établissements en particulier en matière de liquidités, de solvabilité, de garantie des dépôts, de limitation des grands risques, d'organisation administrative et comptable et de contrôle interne" (art. 7, al. 1 in fine nouveau de la première directive de coordination bancaire, du 12 décembre 1977).

L'ingérence de fonctionnaires étrangers procédant sur territoire suisse à des contrôles auprès d'établissements soumis au droit suisse, fussent-ils dépourvus de personnalité juridique, est inacceptable et incompatible avec le statut d'un Etat souverain. En l'état actuel du droit, de tels actes sont passibles d'emprisonnement, voire de réclusion (art. 271 CPS).

En outre, les dispositions relatives au maintien du secret et aux restrictions quant à l'utilisation des informations transmises ou obtenues sur place sont impropres à garantir le respect du principe de la spécialité et le secret de fonction instaurés par le droit suisse, dans la mesure où le secret professionnel régi notamment par l'art. 16 de la deuxième directive de coordination bancaire, d'une part, ne s'applique pas dans les cas relevant du droit pénal (or, la notion de droit pénal est plus extensive dans de nombreux Etats membres de la CE qu'en Suisse, notamment en matière fiscale) et, d'autre part, ne fait pas obstacle aux échanges d'informations entre autorités des Etats membres ainsi qu'entre autorités à l'intérieur d'un même Etat (p. ex. celles chargées de la surveillance des autres institutions financières et des compagnies d'assurances, des marchés financiers, de la liquidation et de la faillite des établissements de crédit, du contrôle des comptes, de la gestion des systèmes de garantie des dépôts). Le fait que ces échanges supposent l'accord de l'autorité de l'Etat d'accueil lorsque la vérification a été effectuée sur place et qu'ils doivent en principe se limiter à assurer l'efficacité du contrôle prudentiel ne garantit en aucune façon l'étanchéité des procédures d'entraide administrative internationale dans le cadre de l'EEE, compte tenu du nombre de dérogations possibles et de leur formulation volontairement générale. L'expérience a démontré que les clauses selon lesquelles les informations transmises ne serviront qu'au contrôle des banques ne sont guère fiables. Il est toujours difficile, voire impossible, de vérifier dans quelle mesure certains Etats utilisent par la suite les renseignements obtenus à des fins fiscales ou de contrôle des changes; il est plus illusoire encore de tenter de les en empêcher, une fois les informations en leur possession. Dans certains Etats membres de la Communauté, la Constitution oblige même chaque fonctionnaire à dénoncer toute infraction pénale qu'il est amené à constater, au point qu'il s'est avéré nécessaire, lors de l'octroi à ces pays de l'entraide judiciaire, d'exiger la confirmation expresse que le principe de la spécialité serait respecté en l'espèce. Une telle garantie ne pourrait être obtenue en matière d'assistance administrative, qui se déroule selon une procédure tout à fait informelle.

En outre, les conséquences de l'intervention directe d'une autorité étrangère ne peuvent être atténuées par l'obligation qui lui serait faite de procéder à ses contrôles par l'intermédiaire, par exemple, d'une fiduciaire (suisse) agréée. C'est en effet à l'Etat d'origine qu'il appartient de décider de procéder lui-même à la vérification sur place ou de mandater des tiers à cet effet (art. 15, al. 1 in fine); l'Etat d'accueil ne peut s'y opposer.

- c) **Services d'investissement.** La proposition de directive du Conseil concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, applicable aux entreprises d'investissement autres que les établissements de crédit (sociétés financières, brokers, gérants de fortune indépendants, etc.) s'inspire étroitement de la deuxième directive de coordination bancaire.

En matière de surveillance par l'Etat d'origine, l'art. 11, al. 1, 5ème tiret de la proposition dispose que la succursale d'une entreprise d'investissement dans un autre Etat est tenue de fournir aux autorités compétentes de l'Etat d'origine, à leur demande, les informations requises, selon la périodicité qu'elles fixent (au moins trimestrielle), afin qu'elles puissent évaluer sa solidité financière et notamment le caractère adéquat des mesures prises pour se prémunir contre le risque de marché. En outre, la succursale est tenue de veiller "à ce que l'enregistrement des opérations effectuées soit au moins suffisant pour permettre aux autorités de l'Etat membre d'origine de contrôler le respect des règles prudentielles qu'elles doivent faire appliquer, notamment les règles relatives au risque de marché" (art. 11, al. 1, 6ème tiret).

D'autre part, l'art. 18, al. 3 prévoit que les autorités compétentes des Etats membres collaborent étroitement dans la surveillance des activités des entreprises d'investissement qui proposent leurs services ou créent des succursales dans plusieurs Etats membres autres que l'Etat d'origine et se communiquent sur demande "toutes les informations concernant la gestion et la structure de propriété de ces entreprises d'investissement, qui sont de nature à faciliter leur surveillance et l'examen des conditions de leur agrément, ainsi que toutes les informations qui sont de nature à rendre plus aisé le contrôle des entreprises". La collaboration "horizontale" entre autorités de surveillance nationales chargées de la surveillance des établissements de crédit et des autres établissements financiers, ainsi que des sociétés d'assurances, est également prescrite (art. 18, al. 2).

Les vérifications sur place par les autorités de l'Etat d'origine doivent aussi être autorisées, moyennant communication préalable à l'Etat d'accueil, en application de l'art. 19, al. 1 de la proposition de directive.

Enfin, l'obligation de discrétion imposée aux personnes exerçant une activité pour les autorités compétentes ainsi qu'aux commissaires aux comptes et aux experts mandatés par les autorités a un contenu identique à celle prévue par la deuxième directive de coordination bancaire.

Les mêmes remarques critiques s'appliquent par conséquent "mutatis mutandis".

- d) **Fonds de placement en titres.** En ce qui concerne les fonds de placement en valeurs mobilières (OPCVM), l'art. 50 de la directive de 1985 prévoit que les autorités de surveillance collaborent étroitement en vue de l'accomplissement de leur mission "et doivent se communiquer, à cette seule fin, toutes les informations requises", sans plus de précision ni de restrictions. Le secret professionnel imposé aux personnes exerçant une activité auprès de ces autorités n'empêche pas l'échange d'informations entre les Etats membres (art. 50, al. 2 et 3). Le principe de la spécialité ne s'applique pas aux cas relevant du droit pénal. En matière de fonds de placement en titres, les réserves exprimées plus haut sont donc également valables.
2. **Surveillance des bourses** (79/279/CEE, 80/390/CEE, 82/121/CEE, 87/345/CEE, 88/627/CEE, 89/298/CEE)
- a) **Situation en Suisse.** Il n'existe pas actuellement en Suisse d'autorité chargée de la surveillance des marchés boursiers au plan fédéral. Une coopération entre autorités nationales au sens où l'entendent les directives communautaires en la matière n'est donc pas concevable en l'état. Les membres des bourses suisses sont les banques; en tant que telles, elles sont soumises au secret bancaire.

Dans le cadre d'une future loi fédérale sur les bourses, actuellement à l'étude, le groupe d'experts présidé par M. D. Kaeser, Vice-directeur de l'Administration fédérale des finances, a envisagé une coopération internationale limitée. Il est trop tôt pour entrer dans le détail de ces propositions. Cependant, la coopération avec d'autres Etats supposerait la conclusion par le Conseil fédéral d'accords internationaux ad hoc, limités à l'échange des renseignements nécessaires pour l'application de la loi suisse. Or, il est prévu de donner à celle-ci le caractère d'une loi-cadre, alors que la réglementation communautaire en la matière est fort détaillée. D'autre part, des informations ne pourraient être données aux autorités étrangères qu'à condition :

- que les informations soient utilisées exclusivement dans le cadre d'une procédure administrative en matière de bourse et de commerce de valeurs et ne soient pas communiquées à des tiers;
- que les informations soient nécessaires à l'application de règles étrangères de même nature que celles de la loi.

Cette dernière restriction, en particulier, n'a pas d'équivalent dans les directives communautaires qui instaurent une entraide administrative, destinées à assurer l'application de règles d'harmonisation communes à tous les Etats membres, mais qu'il incombe à ces derniers de mettre en oeuvre et dont ils sont libres en particulier de renforcer les exigences. Rien ne dit par conséquent que les prescriptions étrangères en question seront "de même nature" que la future loi suisse, ni même compatibles avec elle. Le fait que le texte définitif de la directive sur les services d'investissement, et par conséquent les dispositions nationales d'exécution, ne soient pas encore connus crée une insécurité juridique supplémentaire.

- b) **Admission à la cote.** En matière d'admission à la cote officielle d'une bourse de valeurs, les principes de la coopération administrative entre Etats membres sont fixés par les art. 18 ss. de la directive du 5 mars 1979. L'art. 18, al.1 dispose: "Les autorités compétentes assurent entre elles toute coopération nécessaire à l'accomplissement de leur mission et se communiquent à cette fin toutes les informations requises." En Suisse, il n'est pas prévu à ce stade de régler dans la loi ou par ordonnance les critères d'admission à la cotation, mais au contraire d'en laisser le soin à chaque bourse. D'autre part, les remarques qui précèdent relatives au respect du principe de la spécialité, du secret bancaire et du secret de fonction s'appliquent également en l'espèce.
- c) **Prospectus d'admission.** En matière de prospectus à publier pour l'admission de valeurs à la cote officielle, la directive du 22 juin 1987 prévoit à son article 24 quater, al.1 que les autorités compétentes "assurent entre elles toute coopération nécessaire à l'accomplissement de leur mission et se communiquent à cette fin toutes les informations requises." Il faut souligner le caractère vague et général de cette formulation, qui pourrait permettre à une autorité judiciaire étrangère se fondant sur des prescriptions nationales plus détaillées que celles appliquées en Suisse d'exiger certains renseignements à caractère confidentiel sur la société qui demande son admission en bourse, en violation éventuelle des dispositions pénales suisses sanctionnant le respect du secret d'affaires (art. 273 CPS).

Les mêmes remarques s'appliquent au prospectus à publier en cas d'offre publique de valeurs mobilières, en vertu de la directive du 17 avril 1989 (cf. art. 19 ss.).

- d) **Information périodique.** En ce qui concerne l'information périodique à publier par les sociétés cotées, l'art. 10, al. 1 de la directive du 15 février 1982 prévoit également une coopération administrative aussi étendue que mal définie ("... toutes les informations utiles."). Or, le rapport semestriel dont cette directive impose aux sociétés cotées la publication doit indiquer au moins le montant net du chiffre d'affaires et le résultat avant ou après déduction des impôts, ces notions devant être comprises au sens des directives communautaires concernant les comptes des sociétés. On sait que ces directives comptables font l'objet de réserves de la part de la Suisse, en particulier dans le cadre plus général du droit des sociétés (règles de consolidation, réserves latentes, obligation générale de publier les comptes). Au cas où les dérogations demandées seraient obtenues par la Suisse, il faut éviter qu'une autorité étrangère puisse obtenir de sociétés cotées en Suisse des renseignements qu'elles ne seraient pas tenues de fournir ou de publier en vertu du droit interne.

3. Opérations d'initiés (89/592/CEE)

L'art. 10 de la directive du 13 novembre 1989 concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés prévoit que les autorités compétentes se communiquent toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Toutefois, elles peuvent refuser de donner suite à une demande d'informations lorsque la communication risquerait de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à l'ordre public de l'Etat requis, ou lorsqu'une procédure judiciaire est déjà engagée pour les mêmes faits et contre les mêmes personnes devant les autorités de l'Etat requis ou que ces personnes sont déjà définitivement jugées pour les mêmes faits par les autorités compétentes de l'Etat requis.

A la différence des autres directives passées en revue, les limites du devoir d'assistance sont ici plus clairement précisées. La substitution d'une procédure judiciaire dans l'Etat requis à la transmission d'informations à l'Etat requérant représente en outre une ouverture en faveur de l'entraide judiciaire. Il en va de même de l'art. 9, consacré au secret professionnel, auquel il ne peut être dérogé qu'en vertu de dispositions légales. Néanmoins, la coopération administrative en matière d'opérations d'initiés s'inscrit dans le cadre plus large de l'assistance dans le domaine boursier, dont elle est indissociable. Pour les raisons mentionnées au paragraphe précédent, nous estimons par conséquent qu'il y a lieu de s'y opposer, en faisant valoir que l'art. 161 CPS, joint à l'entraide judiciaire offerte par notre pays, suffit à combattre efficacement ce type de pratiques.

Le respect du secret bancaire fait partie intégrante des droits de la personne; le peuple et les cantons ont rappelé sans équivoque leur attachement à ce principe il y a quelques années.

L'acceptation des dispositions relatives à l'entraide administrative contenues dans les différentes directives de l'acquis pertinent en matière d'établissements de crédit, de services financiers et de bourses est incompatible avec le secret bancaire que l'art. 47 LFB impose aux organes, employés et mandataires de toute banque en Suisse, ainsi qu'aux observateurs de l'autorité de surveillance et aux réviseurs, et avec le secret de fonction auquel sont soumis les membres de la CFB et de son secrétariat.

En effet, les règles matérielles de la Communauté posent des exigences minimales de contrôle prudentiel, que l'Etat d'origine est chargé d'appliquer aux succursales à l'étranger et qu'il peut renforcer. En outre, la formulation volontairement générale et imprécise des règles communautaires relatives à l'étendue des contrôles pouvant être effectués sur le territoire de l'Etat d'accueil, jointe à leur caractère "minimal", n'offre aucune garantie quant à l'inviolabilité des données concernant la clientèle. Enfin, l'échange des informations obtenues par les autorités de contrôle avec d'autres administrations de l'Etat d'origine est expressément autorisé, voire encouragé, par les directives; une fois les renseignements transmis, il est matériellement impossible à l'Etat d'accueil d'exercer quelque vérification que ce soit sur leur utilisation.

Les banques suisses ne sont pas opposées dans son principe au contrôle consolidé des activités bancaires, financières et boursières par les autorités du pays d'origine, à condition qu'il se limite strictement à l'échange des informations nécessaires à la surveillance prudentielle (solvabilité et liquidité) exercée dans l'intérêt de la protection des créanciers. La communication de données individuelles relatives aux clients, l'intervention directe d'autorités étrangères sur territoire suisse, la transmission des renseignements obtenus à d'autres instances du pays d'origine doivent être expressément exclues.

Les directives de la CE ne satisfont pas à ces critères. L'assistance administrative de portée générale et extra-territoriale prévue par les normes communautaires est inconciliable avec le statut d'un Etat souverain non membre de la Communauté. Elle excède la mesure nécessaire au contrôle consolidé par le pays d'origine. Elle relève d'une approche des relations entre l'Etat et le particulier (individu ou entreprise) étrangère aux conceptions suisses.

C'est donc une exception permanente, et non une simple période d'adaptation, qui doit être négociée en la matière par nos autorités.

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien porter à la présente, nous vous prions de croire, Monsieur le Secrétaire d'Etat, à l'assurance de notre haute considération.

ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS



(J.-P. Chapuis)



(pp. S. Matthey)