



Association de
Banques Privées Suisses
Vereinigung
Schweizerischer Privatbanken
Association of Swiss Private Banks

Par e-mail

vernehmlassungen@sif.admin.ch

Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Département fédéral des finances
Bernernhof
3003 Berne

Genève, le 11 octobre 2024

Consultation sur la modification de la loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers (LIMF)

Madame la Conseillère fédérale,

L'Association de Banques Privées Suisses (ABPS) a étudié avec attention le projet de modification de la LIMF, publié le 19 juin 2024. Nous remercions votre Département de nous avoir consultés à cette occasion et souhaitons par la présente vous transmettre notre avis sur les points les plus importants pour les banques privées. Nous soutenons au surplus la prise de position de l'Association Suisse des Banquiers (ASB).

A) Commentaires généraux

L'ABPS soutient les modifications de la loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF), dans la mesure où elles tiennent compte des développements technologiques et renforcent la stabilité et la compétitivité de la place financière par une adaptation nécessaire aux évolutions des normes internationales. Il est important que les règles sur les déclarations de transaction soient mentionnées exhaustivement dans la loi puis détaillées dans l'OIMF, tout en maintenant la liberté de choix entre suivre le standard de l'UE ou celui de la LIMF, comme prévu au Cm 31 de la Circulaire FINMA 2018/2. Les exceptions à l'obligation de déclarer doivent aussi être précisées ; il s'agit notamment de ne plus exiger une déclaration lorsqu'un titre étranger traité à l'étranger est simplement « admis à la négociation » en Suisse. Les dérivés négociés en bourse (Exchange Traded Derivatives) sont assimilés à des titres et devraient de ce fait être couverts par l'art. 39 LIMF, sans être soumis en sus à l'obligation de déclarer des opérations sur dérivés (art. 104 LIMF). Les communications de soupçons doivent tenir compte de l'organisation interne des assujettis, qui ne peuvent identifier une infraction immédiatement après chaque transaction. Enfin, nous souhaitons préciser dans la loi les obligations d'enregistrement et de conservation des conversations de certains collaborateurs.

B) Commentaires spécifiques

Art. 39 Obligation de déclarer et de renseigner des participants

¹ Les participants admis sur une plate-forme de négociation déclarent à la FINMA toutes les opérations qu'ils effectuent sur :

a. des valeurs mobilières **suisses** admises à la négociation sur la plate-forme de négociation **et traitées en Suisse** ;

b. des dérivés relatifs à des valeurs mobilières **suisses** admises à la négociation sur la plate-forme de négociation **et traitées en Suisse**.

(...)

³ Le Conseil fédéral détermine :

a. (...)

b. les dérogations à l'obligation de déclarer, notamment pour les opérations effectuées à l'étranger **sur des valeurs mobilières étrangères ou sur des instruments dont le sous-jacent est constitué par des valeurs mobilières étrangères, même si celles-ci sont admises à la négociation en Suisse**.

(...)

⁴ La FINMA ~~peut fixer~~ **fixe** des spécifications de déclaration techniques. Elle peut, dans certains cas, accorder des dérogations à l'obligation de déclarer pour autant que cela ne porte pas préjudice au but de protection visé par la présente loi.

A notre avis, certaines déclarations à BX ou SIX de transactions sur des titres étrangers réalisées à l'étranger, du seul fait de leur admission sur une plate-forme suisse, représentent un effet d'aubaine pour ces bourses (annonces payantes), mais n'ont aucune utilité pour la FINMA dans le cadre de la surveillance des marchés et de la prévention des risques systémiques. Cela nuit à la compétitivité de la place financière suisse en raison d'exigences administratives coûteuses et inutiles.

Afin de permettre une surveillance adéquate par la FINMA, il est nécessaire qu'une valeur mobilière qui n'est pas cotée en Suisse mais qui est admise et négociée sur une place boursière suisse, soit soumise à l'obligation de déclarer. De même, il est logique qu'un titre suisse coté en Suisse, mais négocié sur une place boursière étrangère ou un produit dérivé dont le sous-jacent est un titre coté en Suisse, mais négocié sur une plate-forme étrangère, soit soumis à l'obligation de déclarer en Suisse.

Il n'est toutefois pas utile pour la surveillance du marché qu'un titre non coté en Suisse et négocié sur une place boursière étrangère soit également déclaré en Suisse, simplement parce qu'il est « admis à la négociation » sur une plate-forme suisse.

Outre les ajouts suggérés ci-dessus à l'art. 39 al. 1 let. a et b P-LIMF, nous proposons de clarifier ce point en complétant l'art. 39 al. 3 let. b P-LIMF comme exposé ci-dessus.

En outre, nous estimons que l'obligation de déclarer doit à l'avenir être réglée de manière exhaustive dans la LIMF, l'OIMF et/ou l'OIMF-FINMA, avec le processus de consultation usuel des acteurs de la branche. Dans notre prise de position du 4 juillet 2022 sur la révision partielle de l'OIMF-FINMA, nous avons proposé d'ajouter une annexe à celle-ci.

Dans ce contexte, la LIMF doit régler directement les grandes lignes quant à la déclaration (qui doit annoncer, quoi, à qui ?). La réglementation détaillée des informations à déclarer, des exceptions en rapport avec les opérations effectuées à l'étranger ainsi que la forme et le délai de la déclaration peuvent figurer dans l'OIMF et/ou l'OIMF-FINMA. Les exceptions devraient au moins être reprises et expliquées dans le message, à titre d'indication pour l'auteur de l'ordonnance. Le cas échéant, la FINMA (dans sa Circulaire 2018/2 ou dans l'OIMF-FINMA) doit avoir la possibilité d'accorder des dérogations à l'obligation de déclarer dans des cas particuliers, pour autant que cela ne porte pas atteinte au but de la loi.

Art. 104 Obligation de déclarer

¹ Les opérations **OTC** sur dérivés doivent être déclarées à l'un des référentiels centraux autorisés ou reconnus par la FINMA.

La déclaration supplémentaire prévue à l'article 104 LIMF entraîne une double, voire une triple déclaration : une première fois à l'étranger, une deuxième fois en Suisse conformément à l'article 39 LIMF si le sous-jacent (au moins une valeur mobilière) est admis au négoce d'une bourse suisse, et une troisième fois en vertu de l'article 104 LIMF. Il serait donc justifié d'exclure les Exchange Traded Derivatives (ETD) de l'obligation de déclaration selon l'art. 104 LIMF, en n'y soumettant que les opérations OTC sur dérivés.

La majorité des régimes de déclaration étrangers (USA, Canada, Asie etc.) ne mélangent pas les dérivés OTC (traités en principal) et les dérivés listés (traités comme des titres en mode d'agent) en matière de déclaration. Les dérivés listés (notamment aux USA) font généralement l'objet de systèmes de déclarations spécifiques aux bourses qui les traitent et à leurs régulateurs, distincts de ceux des dérivés OTC.

Nous sommes conscients que la Suisse cherche d'une manière générale à s'aligner sur la réglementation de l'UE. Dans ce contexte, il est exact que le régime EMIR portant sur les dérivés inclut aussi les ETD. Il convient toutefois de préciser que dans l'UE, les dérivés ETD sont considérés comme les dérivés OTC, soit avec un setup de comptabilisation et de reporting en 'principal to principal'. En Suisse, en revanche, les ETD sont généralement traités en tant qu'agent commissionnaire (Circulaire FINMA 2020/1 Comptabilité – banques, annexe 1 Cm 39ss), soit de façon similaire à des titres. C'est la raison pour laquelle la déclaration des ETD, en tant que titres, sous le seul régime de l'art. 39 LIMF nous semble faire sens. Ceci est en outre cohérent avec l'exclusion des ETD de la définition de dérivés au sens de l'art. 2 LIMF, comme l'indique clairement le Cm 10 de la Circulaire FINMA 2018/2. La définition du terme de dérivé à l'art. 2 LIMF est économique. Il paraît dès lors pertinent que la même acception de cette définition soit employée tant pour l'art. 39 LIMF (qui exclut les ETD) que pour l'art. 104 LIMF, à des fins de cohérence.

Art. 143a Surveillance et communication de soupçons

¹ Les assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA qui négocient ou exécutent **en Suisse** des opérations sur instruments financiers à titre professionnel, **qu'ils soient émis ou exécutés sur une plate-forme de négociation ou autrement**, doivent être organisés de manière à pouvoir identifier les opérations d'initiés et les manipulations du marché. À cet effet, ils doivent, **dans le respect de la proportionnalité**, disposer de systèmes et de processus efficaces pour surveiller les ordres et les opérations sur instruments financiers.

² Ils signalent **immédiatement dès que possible** à la FINMA les ordres et opérations sur instruments financiers, ~~y compris leur modification ou leur révocation~~, lorsqu'ils soupçonnent **de manière fondée** l'exploitation d'une information d'initié ou une manipulation du marché.

³ ~~La FINMA~~ **Le Conseil fédéral** détermine **les critères d'un soupçon fondé**, les informations à fournir et la forme sous laquelle les communications de soupçons doivent ~~lui~~ être transmises **à la FINMA**.

Cette disposition s'inspire certes de la réglementation européenne en vigueur en matière d'abus de marché. A notre avis, le projet de loi représente un « Swiss Finish » qui risque de causer un désavantage concurrentiel. Par ailleurs, ce n'est pas aux établissements financiers de détecter systématiquement les délits d'initiés et les manipulations de marché. Nous sommes d'avis que ces tâches ne doivent pas être déléguées, s'agissant des tâches souveraines. En outre, la détection systématique des délits d'initiés est impossible, car il faut pour cela avoir une vue sur l'ensemble du marché, ce qui n'est pas le cas pour un seul établissement. Il serait plus juste d'ancrer un droit de l'établissement financier à déclarer ses soupçons lorsqu'il fait des constatations dans le cadre de ses activités qui donnent lieu à des soupçons fondés (comme le prévoit la directive européenne sur les marchés d'instruments financiers).

Art. 143b Obligation d'enregistrer et de conserver les données (nouveau)

¹ Les assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA qui effectuent à titre professionnel des opérations sur des instruments financiers doivent enregistrer les conversations professionnelles à distance de leurs collaborateurs en Suisse qui travaillent dans le négoce de valeurs mobilières et les conserver pendant au moins deux ans.

² Les enregistrements des conversations professionnelles à distance ainsi que les communications électroniques des collaborateurs actifs dans le négoce de valeurs mobilières ainsi que des collaborateurs qui, selon l'estimation des risques, sont particulièrement exposés au risque de recevoir des informations déterminantes pour la surveillance du marché, doivent être conservés pendant au moins deux ans et leur accès, sans modification, doit être garanti au besoin à la FINMA.

³ Les succursales étrangères des assujettis sont exemptées des obligations d'enregistrement et de conservation des données prévues au présent article.

⁴ La FINMA édicte des dispositions d'exécution, notamment pour déterminer les collaborateurs concernés au sens des al. 1 et 2.

⁵ Le Conseil fédéral peut, en fonction de l'évolution internationale, étendre l'obligation d'enregistrer et de conserver les données à l'analyse financière indépendante en contact direct avec les émetteurs.

Étant donné que la révision tend à rendre le dispositif de détection et de lutte contre les abus de marché plus robuste, nous proposons d'intégrer dans la loi les obligations d'enregistrement et de conservation des données de la Circulaire FINMA 2013/8 sur les « Règles de conduite sur le marché ».

En effet, l'enregistrement des conversations téléphoniques est interdit par le droit pénal, et l'exception prévue par le code pénal pour les relations d'affaires est discutable dans certains cas de figure en cas d'enregistrement de tous les appels téléphoniques liés au commerce de valeurs mobilières.

A cet égard, nous proposons d'utiliser le terme « conversations à distance » au lieu de « entretiens téléphoniques », comme indiqué au Cm 60 de la Circ.-FINMA 2013/8. L'art. 179^{ter} CP utilise le terme « conversation » et l'art. 179^{quinquies} celui de « conversation téléphonique ». L'utilisation de la notion de « conversation à distance » nous semble la plus appropriée, en étant technologiquement neutre. En effet, cette notion offre une perspective plus large et tient compte de la diversité des moyens de communication modernes. En même temps, cela permet de préciser que les conversations entre personnes physiquement présentes ne sont pas couvertes.

Des dispositions similaires existent dans la plupart des centres financiers étrangers disposant de places de négoce importantes. En raison de l'effet fondamentalement extraterritorial de la LIMF, il s'agit de protéger les succursales étrangères contre tout conflit avec le droit applicable localement, raison pour laquelle elles sont explicitement exclues du champ d'application.

A ce jour, il n'existe aucune base légale ou réglementaire en matière d'analyse financière pour l'enregistrement de conversations (si elle n'est pas organisée en tant que partie du commerce des valeurs mobilières). On pourrait aussi prévoir une obligation d'enregistrement dans ce domaine, notamment pour l'analyse financière indépendante avec un contact direct avec les émetteurs. C'est pourquoi, en fonction de l'évolution internationale, le Conseil fédéral doit être autorisé à procéder à une telle extension.

En outre, la FINMA devrait édicter des dispositions d'exécution relatives à ce nouvel art. 143b LIMF, en particulier pour définir plus précisément le champ d'application personnel, à savoir qui sont les collaborateurs « qui travaillent dans le négoce de valeurs mobilières » et ceux qui « sont particulièrement exposés au risque de recevoir des informations déterminantes pour la surveillance du marché ».

* * *

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre très haute considération.

ASSOCIATION DE
BANQUES PRIVEES SUISSES



Jan Langlo
Directeur



Jan Bumann
Directeur adjoint