



**10.489 n Iv. pa. Mörgeli. Pour une responsabilité illimitée de la FINMA**

**11.3757 n Mo. CER-CN (10.489). Finma. Prise en charge obligatoire des frais occasionnés par l'engagement d'un chargé d'enquête**

---

### **Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du 5 juillet 2011**

---

Réunie le 5 juillet 2011 et conformément à l'art. 109, al. 2, de la loi sur le Parlement, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national a procédé à l'examen préalable de l'initiative parlementaire visée en titre, déposée le 1er octobre 2010 par le conseiller national Mörgeli.

L'initiative viser notamment à lever la restriction de la responsabilité de la FINMA ainsi qu'à supprimer pour cette dernière la possibilité de confier des enquêtes à tierces personnes.

La motion demande que les frais occasionnés par l'engagement d'un chargé d'enquête selon l'article 36 de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers ne soient pris en charge par l'assujetti que si les soupçons pesant sur lui sont confirmés.

#### **Proposition de la commission**

La commission propose, par 13 voix contre 7, de ne pas donner suite à l'initiative 10.489.

Une minorité (Kaufmann, Baader Caspar, Flückiger Sylvia, Müri, Rime, Wandfluh) propose de donner suite à l'initiative.

La commission propose par 12 voix contre 7 d'accepter la motion.

Une minorité (Leutenegger Oberholzer, Kiener Nellen, Rennwald, Schelbert, Thorens Goumaz) propose de rejeter la motion.

Rapporteurs : Gysin (a), Pelli (f)

Pour la commission :  
Le président Hansruedi Wandfluh

[1. Texte et développement](#)

[1. 1. Texte](#)

[1. 2. Développement](#)

[2. Avis du Conseil fédéral \(11.3757\)](#)

[3. Considérations de la commission](#)

## **1. Texte et développement**

### **1. 1. Texte**

[10.489]

Me fondant sur l'article 160 alinéa 1 de la Constitution et sur l'article 107 de la loi sur le Parlement, je dépose l'initiative parlementaire suivante:

La loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA) est modifiée comme suit:

1. L'article 19 alinéa 2 (qui limite la responsabilité de la FINMA) est intégralement biffé.
2. L'article 36 (concernant la nomination d'un chargé d'enquête) est intégralement biffé.

Subsidiairement: l'article 36 alinéa 4 (concernant l'imputation des frais à l'assujetti et l'obligation de verser une avance) est intégralement biffé.

Très subsidiairement: l'article 36 alinéa 4 est modifié de façon que l'obligation de verser une avance soit supprimée, et que l'assujetti ne doive plus supporter les frais que s'il a été définitivement condamné et uniquement à mesure de la gravité de l'infraction commise.

3. S'agissant des enquêtes de la FINMA à caractère pénal, il est mis en place une séparation stricte entre autorité décisionnelle et autorité d'enquête. Toutes les autres garanties procédurales sont elles aussi applicables.

[11.3757]

Le Conseil fédéral est chargé d'élaborer une nouvelle réglementation relative à la prise en charge obligatoire des frais occasionnés par l'engagement d'un chargé d'enquête selon l'article 36 de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers. L'article 36 alinéa 4, est modifié de sorte que les frais d'enquête ne soient pris en charge par l'assujetti que si les soupçons pesant sur lui sont confirmés.

Une minorité propose le rejet de la motion: Leutenegger Oberholzer, Kiener Nellen, Rennwald, Schelbert, Thorens Goumaz

### **1. 2. Développement**

[10.489]

1. Il n'y a pas lieu de limiter la responsabilité de la FINMA, dont les organes devraient relever intégralement de la loi sur la responsabilité sans bénéficier d'aucun traitement privilégié par rapport à d'autres employés du service public. Une erreur de la FINMA peut en effet entraîner des dégâts financiers incommensurables: il serait donc normal que, comme c'est le cas dans le secteur privé, ses organes soient comptables de leurs actes. Dans sa forme actuelle, le droit tolère la négligence.

2. Confier des enquêtes à des personnes extérieures à l'administration est une erreur. Non seulement il en résulte des activités doublonnantes et des frais de procédure énormes, les intéressés facturant leurs prestations sur la base des tarifs horaires élevés pratiqués dans le secteur privé, mais il leur manque souvent le savoir nécessaire. Par ailleurs, lorsqu'ils sont pris dans un conflit d'intérêts, les banques sur lesquelles ils enquêtent ne peuvent que difficilement s'en rendre compte. A quoi s'ajoute que les enquêtes sont fréquemment confiées aux mêmes personnes, qui finissent par tomber dans une relation de dépendance à l'égard de la FINMA. Aussi la FINMA ferait-elle mieux de remplir elle-même les tâches qui lui incombent en matière de surveillance, plutôt que de s'en défausser sur des particuliers.

Par ailleurs, il ne devrait pas être possible d'imputer des frais à quiconque avant qu'il n'ait été condamné définitivement, et encore, à mesure de l'infraction pour laquelle il a été condamné. Le droit actuel est à cet égard non seulement choquant, il est même discutable sous l'angle de la conformité constitutionnelle. Quant à l'obligation de verser une avance dans le cadre d'une procédure qui ressemble fort à une procédure pénale, elle contrevient aussi bien aux garanties normalement prévues dans une telle procédure qu'aux dispositions de la CEDH. Le droit actuel foule tout bonnement aux pieds une présomption d'innocence pourtant consacrée par la Constitution.

3. Les enquêtes que la FINMA ouvre sur une banque ou un établissement financier possèdent

de facto un caractère pénal, puisqu'elles se soldent fréquemment par des amendes ou des interdictions d'exercer. Pourtant, les intéressés sont privés des garanties de procédure pénale les plus élémentaires. Par exemple, l'obligation de renseigner et d'annoncer prévue à l'article 29 LFINMA est en opposition directe avec le droit de refuser de témoigner. Plus particulièrement, il importe de séparer nettement entre autorités d'enquête et autorités décisionnelles: une décision négative de la FINMA signe en effet pratiquement la mort de l'établissement financier concerné, et, dans les faits, un contrôle par le Tribunal administratif fédéral ne peut qu'intervenir trop tard.

## 2. Avis du Conseil fédéral (11.3757)

Avis du Conseil fédéral du 31.08.2011

En vertu de l'art. 36, al. 1, de la loi du 22 juillet 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1), la FINMA peut charger un spécialiste indépendant (chargé d'enquête) d'effectuer une enquête dans l'établissement d'un assujetti pour élucider un fait relevant de la surveillance ou pour mettre en oeuvre les mesures de surveillance qu'elle a ordonnées. L'instrument de surveillance que représente le chargé d'enquête n'est donc pas utilisé uniquement en cas de soupçon d'infraction à la loi relevant de la surveillance, mais de manière régulière, pour élucider des faits complexes relevant du droit de la surveillance. Ainsi, l'introduction de l'article 36 LFINMA a notamment entraîné le remplacement de l'instrument de la révision extraordinaire réservé jusqu'alors aux sociétés d'audit (art. 23bis aLB).

Le législateur a prévu à l'art. 36, al. 4, LFINMA une obligation uniforme de prise en charge des coûts par les assujettis concernés pour tout engagement d'un chargé d'enquête. Lors de l'engagement d'un chargé d'enquête en cas de soupçon d'infraction à la loi relevant de la surveillance, l'obligation de prise en charge des coûts existe également si, malgré des indices objectifs, le soupçon initial fondé n'est pas vérifié dans le cadre de l'enquête. Cette réglementation est conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre publié dans le bulletin CFB 22/1992, p. 53) ainsi qu'au principe de causalité ou au principe du perturbateur.

La réglementation des coûts proposée par les auteurs de la motion aurait pour conséquence que ce ne serait plus l'assujetti à l'origine de l'engagement d'un chargé d'enquête et donc des coûts afférents qui serait mis à contribution. Une telle solution serait inappropriée. Le montant des coûts concrets occasionnés dépend en outre considérablement de la volonté de collaborer des assujettis concernés. Si les milieux intéressés refusaient de se conformer scrupuleusement à leur obligation de renseigner et de collaborer, tous les assujettis devraient alors assumer les coûts élevés résultant de cette attitude.

Enfin, il convient de relever que l'assujetti concerné peut faire procéder à l'examen judiciaire de la décision de la FINMA de mandater un chargé d'enquête et donc de l'existence d'indices suffisants pour justifier une telle mesure. Cette procédure s'applique également à la décision finale de la FINMA, qui se base sur les conclusions du chargé d'enquête et fixe notamment la prise en charge définitive des coûts. Les intérêts de l'assujetti concerné sont donc suffisamment protégés.

Proposition du Conseil fédéral du 31.08.2011

Le Conseil fédéral propose de rejeter la motion.

## 3. Considérations de la commission

Selon la majorité de la commission, supprimer la limitation de la responsabilité de la FINMA pourrait conduire à ce que celle-ci n'agisse que lorsqu'elle a la certitude qu'un abus a été commis. Dans le doute, la FINMA resterait passive à cause du risque élevé de responsabilité pesant sur elle. En ce qui concerne le point relatif à la suppression des chargés d'enquête, la majorité estime que cet instrument a fait ses preuves en termes de flexibilité et d'efficience. Il

permet à la FINMA de se procurer à court terme et pour une période déterminée du personnel sans conduire à une augmentation permanente de ses effectifs.

La majorité estime cependant problématique que les coûts soient à la charge de l'administré lorsque l'enquête révèle que les soupçons étaient infondés, ce d'autant plus au vu des montants parfois exigés. C'est pourquoi elle demande par le biais d'une motion que le Conseil fédéral modifie la réglementation de sorte que les coûts ne soient à la charge de l'assujetti que lorsque les soupçons ont été confirmés.

La minorité est de l'avis que la FINMA ne doit pas pouvoir bénéficier d'un traitement de faveur en matière de responsabilité. Alors que les décisions de la FINMA peuvent conduire à la ruine de la réputation d'établissements, il est choquant qu'en cas de décisions erronées, l'assujetti ne puisse se faire dûment indemniser. En ce qui concerne la possibilité de confier à des privés les enquêtes, la minorité est de l'avis qu'outre le fait de conduire à des coûts de procédure exorbitants, cette pratique peut notamment conduire à des conflits d'intérêts. Seuls les services de la FINMA devraient être habilités à mener ces enquêtes qui relèvent de l'autorité publique.

Une autre minorité s'oppose tant à l'initiative (et ce pour les mêmes raisons que la majorité) qu'à la motion. Au sujet de celle-ci, elle craint que les coûts de l'enquête soient mis à la charge des contribuables.

---