Zeitschrift: Domaine public

Herausgeber: Domaine public

Band: - (2009)

Heft: 1815

Artikel: Qu'est -ce que la FINMA a à cacher? : Le Tribunal administratif fédéral doit examiner la légalité de la décision prise par la FINMA : Celle-ci refuse de lui transmettre une décision complète

Autor: Dépraz, Alex

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-1013820

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Qu'est-ce que la FINMA a à cacher?

Le Tribunal administratif fédéral doit examiner la légalité de la décision prise par la FINMA. Celle-ci refuse de lui transmettre une décision complète

Alex Dépraz (28 février 2009)

UBS ne pouvait pas remettre spontanément le nom de 250 de ses clients à un tribunal de Floride sans violer de manière flagrante le secret bancaire. La banque ne pouvait agir de la sorte que sur la base d'une instruction de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) susceptible de lever le secret bancaire. Le 18 février 2009, la FINMA a donc pris une décision ordonnant à UBS de se soumettre à l'injonction de la justice américaine. L'article 25 de la loi sur le banques prévoit que *«s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou qu'elle ne souffre de problèmes de liquidité importants [...], la FINMA peut notamment ordonner des mesures protectrices»*. En l'espèce, selon le communiqué de la FINMA, cette décision a été prise en raison du fait que l'accord conclu avec le fisc américain permettait d'éviter une poursuite pénale directement contre UBS aux Etats-Unis, ce qui *«aurait pu avoir des conséquences dramatiques pour UBS et aurait directement pu menacer son existence»*.

Comme toute décision administrative, la décision de la FINMA doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire indépendante de l'administration (art. 29a Cst féd). La Confédération a récemment institué une telle autorité judiciaire, le désormais fameux Tribunal administratif fédéral (TAF, à ne pas confondre avec le Tribunal fédéral), dont le futur siège est en construction à Saint-Gall et qui a pour tâche de vérifier la légalité des décisions prises par les autorités fédérales. Selon la procédure administrative fédérale, les recours ont un effet suspensif (art. 55 PA). Cette règle signifie qu'en principe, une autorité ne peut exécuter immédiatement sa décision, mais qu'elle doit attendre l'échéance du délai de recours ou le dépôt éventuel d'un recours. Si l'autorité veut faire en sorte que sa décision puisse être immédiatement exécutée – parce qu'elle est urgente – la décision doit expressément prévoir qu'un éventuel recours n'aura pas d'effet suspensif (art. 55, al. 2 PA).

En l'espèce, saisi par les clients d'UBS lésés, le TAF a dans un premier temps prononcé le 20 février 2009 un effet suspensif à titre superprovisionnel pour le cas où les données n'auraient pas été transmises. Impossible de savoir si tel était le cas puisque le TAF ne disposait alors même pas de la décision contre laquelle le recours avait été déposé. Et, point important, on ignore également si la décision de la FINMA précisait qu'elle était immédiatement exécutoire comme l'exige la loi: au cas où ce ne serait pas le cas, la transmission des données effectuée le 18 février serait de toute manière illégale. Le TAF a donc demandé des renseignements complémentaires à la FINMA.

Deuxième étape, le TAF fait savoir le 26 février 2009 que la FINMA lui a confirmé que la décision du 18 février 2009 avait été exécutée le jour même et que les données litigieuses étaient déjà en possession des autorités américaines. Dès lors, l'effet suspensif n'a plus de raison d'être. Tout n'est pas résolu pour autant: la question dont le TAF est saisi, celle de savoir si la FINMA a correctement appliqué le droit et en particulier l'article 25 de la loi sur les banques, reste entière. Pour pouvoir effectuer ce contrôle, le TAF doit naturellement avoir en sa possession le dossier complet de l'autorité. Or, la FINMA a remis au TAF une décision dont certains passages ont été préalabement noircis! Le TAF a exigé de la FINMA qu'elle lui transmette l'entier de la décision. Le TAF doit encore résoudre une question préalable, celle de savoir si les clients de l'UBS ont le droit de contester la décision de la FINMA.

La procédure ouverte devant le TAF aura valeur de test pour l'équilibre des pouvoirs. Le pouvoir judiciaire doit pouvoir contrôler que les décisions de l'exécutif sont conformes au droit. En l'espèce, il paraît d'ores et déjà établi que la FINMA a voulu passer en force et exécuter sa décision sans tenir compte de l'éventualité d'un recours. Cela a privé le recours de son effectivité

puisque les données ont été transmises. Reste la deuxième question – la plus cruciale – celle de savoir si la FINMA a correctement appliqué la loi sur les banques. Si le TAF admet le recours, cela revient à considérer que la FINMA a violé la loi et donc engagé la responsabilité civile de la Confédération vis-à-vis des lésés.

Secret bancaire: quelques rappels juridiques

La portée du secret bancaire est déjà moins absolue et générale qu'on le croit souvent

Alex Dépraz (2 mars 2009)

Les déboires financiers et judiciaires d'UBS et leurs conséquences pour la Suisse soulèvent nombre de questions politiques. Le débat juridique agit souvent comme un trompe-l'oeil pour masquer les véritables enjeux. L'écran de fumée peut être dur à dissiper, surtout lorsque des mêmes termes prennent des significations différentes en traversant les frontières.

La source juridique de ce qu'on appelle le secret bancaire se trouve à l'article 47 de la loi sur les banques. Selon cette disposition, le fait pour l'employé d'une banque (ou un organe de la banque ou un mandataire de la banque) de révéler à des tiers un secret à lui confié ou dont il a eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi est un délit pénal, passible au plus de trois ans d'une peine privative de liberté. Toutefois, ce secret n'a pas un caractère absolu. L'alinéa 5 de l'article 47 réserve expressément les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice.

Le secret bancaire protège donc avant tout les clients contre la curiosité privée. Pour ce qui est de la curiosité publique, il revient au législateur de prévoir les cas où un autre intérêt public l'emporte sur celui du maintien du secret. L'existence de cette disposition pénale ne paraît pas en jeu: le secret bancaire survivra donc encore longtemps. Tout l'enjeu est de définir quand la loi doit prévoir une obligation pour les banques de renseigner l'autorité administrative ou judiciaire.

L'étendue du secret bancaire vis-à-vis des autorités suisses

Jusqu'à maintenant, il appartient essentiellement aux cantons – dans leurs codes de procédure civile, pénale ou administrative – de prévoir à quelles conditions existe une obligation de renseigner la justice ou l'autorité à laquelle le secret bancaire n'est pas opposable. Même le secret bancaire est fédéraliste. Plus pour longtemps: les Chambres fédérales ont adopté des codes de procédure pénale et civile unifiés, qui entreront en vigueur en 2011. Il est donc intéressant d'examiner quel poids le législateur fédéral a accordé au secret bancaire vis-à-vis des juges pénaux et civils. Ni le Code de procédure pénale suisse adopté le 5 octobre 2007, ni le Code de procédure civile suisse qui date lui du 19 décembre 2008 n'accordent de protection particulière au secret bancaire. Le Parlement s'est rangé à l'avis que le Conseil fédéral avait exprimé dans son message relatif au code de procédure pénale (p. 1185): *«il ne faut pas accorder le droit de refuser de témoigner lorsque l'obligation de garder le secret porte sur des données de nature essentiellement économique»*, comme dans le cas du secret bancaire. Le banquier doit répondre bien plus largement aux tribunaux que l'avocat ou le médecin. D'ici 2011 au plus tard sur l'ensemble du territoire helvétique on pourra dire que lorsque la justice est en marche, le secret bancaire n'existera en principe plus. Une banque ne pourra refuser de collaborer que si elle arrive à démontrer que l'intérêt au secret l'emporte sur celui à la manifestation de la vérité. La solution retenue est bien plus intrusive que celle de certains droits cantonaux actuels. Les protestations ont été peu nombreuses. Il y a donc de nombreux Tartuffe parmi ceux qui se proclament champions du secret bancaire.