
COMMENTAIRE ROMAND

Loi sur les services financiers

Alexandre Richa
Philipp Fischer

Edité par

Alexandre Richa

Professeur associé à l'Université de Lausanne,
avocat, docteur en droit, LL.M. (Harvard)

Philipp Fischer

Avocat, LL.M. (Harvard)

Helbing Lichtenhahn

Titre 6: Surveillance et échange d'informations

Art. 87 Surveillance

¹ L'autorité de surveillance compétente contrôle que les prestataires de services financiers soumis à sa surveillance respectent les exigences fixées pour la fourniture de services financiers et l'offre d'instruments financiers.

² Dans le cadre des instruments de surveillance dont elle dispose, elle peut ordonner des mesures destinées à corriger ou empêcher tout manquement à ces exigences.

³ Le tribunal ou le tribunal arbitral compétent tranche les litiges de droit privé entre les prestataires de services financiers ou entre ceux-ci et leurs clients.

Aufsicht

¹ Die zuständige Aufsichtsbehörde überwacht, dass die von ihr beaufsichtigten Finanzdienstleister die Anforderungen an das Erbringen von Finanzdienstleistungen und das Anbieten von Finanzinstrumenten einhalten.

² Sie kann im Rahmen der ihr zur Verfügung stehenden Aufsichtsinstrumente Anordnungen treffen, um Verstöße gegen diese Anforderungen zu verhindern oder zu beseitigen.

³ Privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern oder zwischen Finanzdienstleistern und Kundinnen und Kunden entscheidet das zuständige Gericht oder Schiedsgericht.

Vigilanza

¹ L'autorità di vigilanza competente controlla che i fornitori di servizi finanziari sottoposti alla sua vigilanza rispettino i requisiti posti alla fornitura di servizi finanziari e all'offerta di strumenti finanziari.

² Nell'ambito degli strumenti di vigilanza a sua disposizione, essa può prendere provvedimenti per impedire o porre fine all'inosservanza di tali requisiti.

³ In merito alle controversie di diritto privato tra fornitori di servizi finanziari o tra questi ultimi e i loro clienti decide il giudice o il tribunale arbitrale competente.

Plan

	N
I. Contexte	1
II. Autorité compétente (al. 1)	7
III. Destinataires (al. 1)	12
IV. Instruments de surveillance (al. 2)	14
V. Litiges de droit civil (al. 3)	18

I. Contexte

L'art. 87 LSFIn, consacré matériellement à la surveillance, rappelle la dichotomie entre droit prudentiel d'une part (al. 1 et 2), et droit privé d'autre part (al. 3), telle que découlant de la LSFIn. Ce faisant, cette disposition délimite les compétences des autorités

habilités à rendre une décision en lien avec la violation des règles découlant de la LSFIn.

- 2 La violation des règles prévues par la LSFIn, qui instaure des règles prudentielles destinées à protéger globalement les clients des prestataires de services financiers, est susceptible d'entraîner trois types de conséquences :
 - des sanctions relevant du droit de la surveillance (art. 87 al. 2 LSFIn);
 - des conséquences civiles, par «effet de rayonnement»¹ du droit prudentiel (art. 87 al. 3 LSFIn), et
 - des conséquences pénales (titre 7, art. 89-91 LSFIn).
- 3 Cet apparent triptyque n'en est en réalité pas tout-à-fait un.
- 4 D'abord, les normes pénales des art. 89-91 LSFIn ne s'appliquent ni aux assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA, ni aux personnes qui exercent une activité pour ceux-ci (art. 92 LSFIn). Les dispositions pénales précitées ont été intégrées dans la LSFIn durant les travaux parlementaires pour éviter que les personnes assujetties aux obligations de la LSFIn, mais non assujetties à une surveillance, et donc aux dispositions relatives aux sanctions relevant du droit de la surveillance, ne puissent pas être sanctionnées². Il y a donc lieu de retenir que les assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA, soumis aux obligations découlant de la LSFIn, peuvent être sanctionnés en application des règles *ad hoc* relevant du droit de la surveillance, alors que tous les autres qui ne peuvent pas être qualifiés d'assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA, peuvent être sanctionnés sur la base des dispositions pénales de la LSFIn (art. 89-91 LSFIn).
- 5 Ensuite, la surveillance prudentielle opérée par l'autorité de surveillance n'a pas vocation à porter sur la relation individuelle entre le prestataire et son client³. Ce n'est que si le but de la LSFIn, qui est de protéger de manière globale les clients des prestataires de services financiers, est mis en péril, que l'autorité de surveillance devra intervenir. Ce sera notamment le cas si l'inobservation des règles prudentielles fait plus qu'affecter une simple relation individuelle. Le Message l'indique d'ailleurs clairement : «l'autorité de surveillance ne sanctionne les infractions constatées que si celles-ci dépassent le seuil prudentiel pertinent, par exemple en raison de leur caractère réitéré ou parce qu'elles risquent de toucher une large base de clientèle.»⁴. Comme le précise l'art. 87 al. 3 LSFIn, l'autorité de surveillance n'a, pour le surplus, pas pour rôle de se substituer aux juridictions civiles, seules habilitées à statuer sur un litige entre un client à titre individuel d'une part et un prestataire de services financiers d'autre part et à condamner ledit prestataire de services financiers à réparer le dommage subi par un client à titre individuel.
- 6 L'autorité de surveillance a l'obligation d'agir si elle constate par elle-même des manquements aux exigences de la LSFIn ou en est informée, sur dénonciation. Elle n'en dispose pas moins d'une marge d'appréciation s'agissant de l'opportunité d'intervenir. Ce faisant, elle doit par ailleurs respecter les principes de proportionnalité et de légalité.

1 Message LSFIn/LEFin 2015, 8121.

2 BO CE 2016 1173.

3 Message LSFIn/LEFin 2015, 8152.

4 Message LSFIn/LEFin 2015, 8152.

II. Autorité compétente (al. 1)

Le législateur donne génériquement à l'autorité de surveillance la compétence pour ordonner des mesures destinées à corriger ou empêcher tout manquement aux exigences de la LSFIn des entités qu'elle surveille. 7

Par autorité de surveillance, il faut entendre tout d'abord l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA, en sa qualité d'autorité de surveillance des banques, gestionnaires de fortune collective, directions de fonds et maisons de titres. L'art. 87 al. 2 LSFIn constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 31 al. 1 LFINMA, accordant la compétence de la FINMA pour agir dans un contexte ne relevant pas purement du droit de la surveillance, au carrefour du droit privé et du droit prudentiel. 8

Constituent également des autorités de surveillance les organismes de surveillance prévus pour les gestionnaires de fortune indépendants et les trustees. Cela revient à se demander si des instruments de surveillance sont à disposition des organismes de surveillance des gestionnaires de fortune indépendants et les *trustees*. Il y a lieu de répondre négativement à cette question. Seule la FINMA, en qualité d'autorité décisionnelle, est habilitée à prendre les mesures prévues par la LFINMA, à l'exclusion des organismes de surveillance (art. 33a LFINMA *a contrario* et art. 43b al. 2 LFINMA). 9

Le respect des exigences concernant la fourniture de services financiers (art. 3 let. a LSFIn) et l'offre d'instruments financiers (art. 3 let. d LSFIn) par les prestataires de services financiers est contrôlé par les sociétés d'audit, conformément aux dispositions des lois en vigueur sur les marchés financiers (art. 24 al. 1 LFINMA). Cette disposition précise que la FINMA peut effectuer elle-même l'audit ou le faire effectuer par une société d'audit mandatée par l'assujetti et agréée par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision ou un chargé d'audit au sens de l'art. 24a LFINMA. 10

En revanche, la FINMA n'a pas pour mission de surveiller le respect des obligations des prestataires de services financiers à l'égard des organes de médiation (art. 77 à 80 LSFIn). De même, le respect des obligations à charge des organes de médiation, notamment en matière d'admission, d'exclusion et d'information (art. 81 à 83 LSFIn) est surveillé par le DFF, et non pas par la FINMA⁵. 11

III. Destinataires (al. 1)

Selon la lettre de l'art. 87 al. 2 LSFIn, les instruments de surveillance – à distinguer des sanctions – à disposition des autorités de surveillance peuvent être mis en œuvre par les autorités compétentes à l'encontre des seuls surveillés. L'art. 87 al. 2 LSFIn n'a donc pas de portée autonome et n'élargit ni la compétence de la FINMA, ni les instruments de surveillance, ni le cercle des assujettis à une surveillance. Les instruments de surveillance de la LFINMA continuent à pouvoir donc exclusivement être mis en œuvre à l'encontre des prestataires de services financiers surveillés (art. 2 al. 1 let. a et art. 3 let. d LSFIn). Sont ainsi visés tous les assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA. 12

Selon la lettre de la loi, les conseillers à la clientèle (art. 2 al. 1 let. b et art. 3 let. e LSFIn) et les producteurs et les fournisseurs d'instruments financiers (art. 2 al. 1 let. c et art. 3 let. i LSFIn) non surveillés ne sont pas destinataires de l'art. 87 al. 1 LSFIn. Il convient toutefois de rappeler que la LFINMA attribue à la FINMA la compétence de prononcer 13

⁵ OFK FIDLEG-VOGEL/HEIZ/LUTHIGER, art. 87 N 4.

des mesures à l'égard de personnes physiques (art. 33 et 33a LFINMA). Sont donc également dans une certaine mesure englobés par l'art. 87 al. 2 LSFfin les conseillers à la clientèle en tant que personnes physiques (art. 3 let. e LSFfin). La LSFfin le précise d'ailleurs expressément, lorsqu'elle indique que les conseillers à la clientèle de prestataires de services financiers suisses **non assujettis à la surveillance** en vertu de l'art. 3 LFINMA et les conseillers à la clientèle de prestataires de services financiers étrangers peuvent exercer leur activité en Suisse pour autant qu'ils soient inscrits dans un registre des conseillers (art. 28 al. 1 LSFfin) tenu par un organe d'enregistrement agréé par la FINMA (art. 31 al. 1 et 2 LSFfin) et qu'elle conditionne l'enregistrement dans ce registre à l'absence d'interdiction de pratiquer selon l'art. 33a LFINMA et d'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA (art. 29 al. 2 let. b LSFfin). Ainsi, il apparaît par le biais de la LSFfin et son art. 29 al. 2 let. b que les conseillers à la clientèle peuvent, restrictivement, faire l'objet de sanctions.

IV. Instruments de surveillance (al. 2)

- 14 La FINMA surveille les exigences relatives à la fourniture de services financiers (art. 6 à 34 LSFfin) et à l'offre d'instruments financiers (art. 35 à 71 LSFfin), notamment par le biais de contrôle par sondages (*Stichprobenkontrollen*).
- 15 La FINMA dispose d'une grande panoplie d'instruments de surveillance. Dans le cadre de la surveillance dite continue, elle peut elle-même effectuer, ou faire effectuer, un audit (art. 24 LFINMA), ou encore nommé un chargé d'audit qualifié et indépendant afin d'auditer l'assujetti (art. 24a LFINMA).
- 16 Si des indices, notamment collectés dans le cadre d'un audit ou de l'activité d'un chargé d'audit, permettent à la FINMA d'estimer que les dispositions de la LSFfin ont été enfreintes, une procédure d'*enforcement* peut être ouverte par la FINMA (art. 30 LFINMA). L'assujetti doit être informé de l'ouverture de la procédure (art. 30 *in fine* LFINMA).
- 17 La FINMA peut rendre une décision en constatation (art. 32 LFINMA), en interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA) et de pratiquer (art. 33a LFINMA), peut publier une décision en matière de surveillance (*naming and shaming*, art. 34 LFINMA), procéder à une confiscation des gains (art. 35 LFINMA), retirer une autorisation, une reconnaissance, un agrément, ou un enregistrement (art. 37 LFINMA). La FINMA a la possibilité de nommer un chargé d'enquête (art. 36 LFINMA) pour clarifier des éléments factuels et ainsi déterminer si le droit de la surveillance a été violé. Dans le cadre des instruments de surveillance précités, la FINMA doit en particulier respecter les principes de proportionnalité et de légalité.

V. Litiges de droit civil (al. 3)

- 18 L'autorité de surveillance n'est pas habilitée à trancher les litiges de droit civil (art. 87 al. 3 LSFfin), que ceux-ci surviennent entre prestataires de services financiers ou entre ceux-ci et leurs clients (p.ex. dans le cadre des art. 72 ss LSFfin). Ces litiges restent de la compétence des tribunaux civils, sous réserve de l'application de la procédure de médiation (art. 74 ss LSFfin). Par ailleurs, la FINMA n'a pas l'obligation d'accorder l'assistance administrative aux tribunaux civils⁶.

⁶ Message LSFfin/LEFin 2015, 8200.