

# **Loi sur les services financiers :** *changement de paradigme pour les praticiens*

Conférence du Jeune Barreau  
29 septembre 2014

Alexandre de Boccard

# Plan

- I. Introduction
- II. Champ d'application
- III. Définitions
- IV. Règles de conduites
- V. Organisation adéquate
- VI. Conseillers à la clientèle
- VII. Prospectus et feuille d'information
- VIII. Prétentions de droit civil
- IX. Questions

# I. Introduction

- Le 27 juin 2014, le Conseil fédéral a ouvert le procédure de consultation sur la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin);
- La LSFin a pour but de protéger les clients de prestataires de services financiers et de fixer des conditions comparables pour la fourniture de services financiers (art. 1 al. 1 LSFin);
- Elle règle - pour l'ensemble des produits financiers - la relation entre les intermédiaires financiers et leurs clients, y compris la mise en œuvres des prétentions de droit civil.

## II. Champ d'application

- **Prestataires de services financiers** (y compris les conseillers en placement et les gestionnaires de fortunes) qui fournissent à titre professionnel des services financiers en Suisse ou à des clients en Suisse (art. 2 let. a cum 3 let. e LSFIn). Il y a activité à titre professionnel lorsque le prestataire de services financiers exerce une activité économique indépendante en vue d'un revenu régulier au sens de l'art. 2 let. b ORC. En relation avec l'OB, une activité est réputée être exercée à titre professionnel dès lors que le prestataire fournit des services financiers à plus de 20 clients ou fait de la publicité à cette fin par des annonces dans la presse ou les médias électroniques, par des prospectus ou par des circulaires.
- **Conseillers à la clientèle:** les personnes physiques qui fournissent des services financiers au nom de prestataires de services financiers ou en tant que tels (art. 2 let. b cum 3 let. f LSFIn);
- **Fournisseurs de valeurs mobilières et producteurs d'instruments financiers.**

# III. « *Services financiers* »

Définitions à l'art. 3 LSFin:

- Achat ou vente d'instruments financiers;
- Réception et transmission d'ordres portant sur des instruments financiers;
- Gestion de valeurs patrimoniales, i.e. gestion de fortune;
- Emission de recommandations personnelles concernant des opérations sur instruments financiers, i.e. conseil en placement;
- Garde de valeurs patrimoniales pour le compte de clients;
- Tenue de comptes;
- Octroi de crédits pour exécuter des opérations sur instruments financiers.

## III. « *Instruments financiers* »

Définitions à l'art. 3 LSFIn:

- Titres de participations (ex. actions, bons de participation, bons de jouissance);
- Titres de créances;
- Placements collectifs de capitaux;
- Produits structurés;
- Dérivés au sens de la LIMF;
- Assurances sur la vie susceptible de rachat;
- Dépôts dont la valeur de rachat ou le taux d'intérêt dépend d'un risque ou d'un cours.

## III. « *Clients professionnels vs privés* »

Clients professionnels (art. 4 al. 3 LSFIn):

- a. les intermédiaires financiers au sens de LB, LEFin et la LPCC;
  - b. les entreprises d'assurance visés par la LSA;
  - c. les clients étrangers soumis à une surveillance prudentielle équivalente à celle des personnes énoncées aux let. a et b;
  - d. les banques centrales;
  - e. les établissements de droit public disposant d'une trésorerie professionnelle;
  - f. les institutions de prévoyance disposant d'une trésorerie professionnelle;
  - g. les entreprises disposant d'une trésorerie professionnelle.
- Opting in possible (art. 5 al. 2 LSFIn).

Clients privés:

Tous les clients qui ne sont pas des clients professionnels (art. 4 al. 2 LSFIn).

- Opting out possible pour les clients privés fortunés (art. 5 al. 1 LSFIn).

# IV. Règles de conduite

Obligation d'information du client, avant la fourniture d'un service (art. 7 et 8 LSFIn), sur:

- le nom, l'adresse et le régime de surveillance (du prestataire de services);
- les services financiers proposés;
- les relations économiques avec des tiers concernant les services financiers proposés;
- les instruments financiers proposés;
- le type de garde des instruments financiers;
- les risques liés aux services financiers, aux instruments financiers et à leur garde;
- les coûts relatifs aux services financiers proposés ainsi qu'à l'achat, à la vente et à la détention des instruments financiers proposés;
- la possibilité d'engager une procédure d'arbitrage auprès d'un organe de médiation.



# IV. Règles de conduite

En cas de conseil en placement ou de gestion de fortune, les prestataires de services financiers indiquent de surcroît à leurs clients:

- si le service est réalisé de manière indépendante (critère: nombre suffisant d'instruments financiers et pas d'avantages de tiers pour la fourniture de ce service, art. 9 LSFfin) ou non;
- si l'adéquation des instruments financiers est évaluée régulièrement ou non; et
- si une analyse de marché en relation avec ce service est effectuée ou non.

# IV. Règles de conduite

## Vérification de l'adéquation (art. 10 LSFIn):

Un prestataire qui fournit des services financiers au sens de l'art. 3, let. d, ch. 3 ou 4 LSFIn (gestion de fortune et conseil en placement), se renseigne sur la situation financière et les objectifs de placement de ses clients, ainsi que sur leurs connaissances et leur expérience concernant les instruments ou services financiers proposés avant de leur recommander des services et instruments financiers appropriés.

Actuellement: obligation d'établir un profil de risque du client (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013) en vertu des cm 7.1 et 7.2 de la Circ. FINMA 2009/1 Règles-cadres pour la gestion de fortune.

## IV. Règles de conduite

Vérification du caractère approprié (art. 11 LSFIn):

Un prestataire qui fournit d'autres services financiers que ceux énoncés à l'art. 10 (i.e. autres que gestion de fortune ou conseil en placement) se renseigne sur les connaissances et l'expérience de ses clients concernant les produits ou services proposés et vérifie si ceux-ci sont appropriés avant de les fournir.

Exception: « *execution only* » (obligation d'informer le client sur l'absence de vérification).

# IV. Règles de conduite

Conséquence en cas d'inadéquation ou caractère inapproprié

Lorsque le prestataire de services financiers ne reçoit pas d'informations suffisantes:

- a. pour vérifier l'adéquation, il n'offre pas de services de conseil en placement ou de gestion de fortune aux clients concernés et les informe de la situation;
- b. pour vérifier le caractère approprié, il avertit ses clients qu'il n'est pas en mesure d'évaluer si les services ou instruments financiers sont adéquats dans leur cas.

Si le prestataire de services financiers estime qu'un service financier ou un instrument financier n'est pas approprié pour ses clients, il les avertit avant l'exécution de l'opération (art. 13 al. 1 LSFIn).

# IV. Règles de conduite

Obligation de consigner par écrit (art. 15 LSFIn):

- Les prestations convenues avec le client et les informations collectées sur ceux-ci;
- Les informations ou les avertissements transmis aux clients en cas d'inadéquation ou de caractère inapproprié, et lorsqu'il n'est pas tenu de vérifier le caractère approprié;
- Les prestations fournies au client;
- En cas de gestion de fortune ou de conseil en placement, ils indiquent aussi par écrit les besoins des clients et les motifs sous-jacents de chaque recommandation d'achat ou de vente d'un instrument financier.

Obligation de remettre une copie de la documentation au client (art. 16 al. 1 LSFIn);

Autres obligations d'information, par. ex. aux art. 16 al. 2 et 19 LSFIn.

## V. Organisation adéquate (art. 21 ss LSFIn)

« Les prestataires de services financiers assurent le respect des obligations énoncées dans la présente loi au moyen de prescriptions internes et d'une organisation adéquate de leur entreprise » (art. 21 LSFIn).

- Les collaborateurs disposent des capacités, connaissances et de l'expérience requise par leur activité;
- Obligation de prendre les mesures organisationnelles afin d'éviter les conflits d'intérêts. Si un désavantage ne peut être exclu, il doit être communiqué au client;
- Les prestataires de services financiers ne peuvent accepter des avantages liés à la fourniture de services financiers que:
  - a) si les clients ont renoncé expressément au préalable à ces avantages; ou
  - b) si ces avantages sont entièrement transférés aux clients.

## VI. Conseillers à la clientèle (art. 28 ss LSFIn)

- Les personnes physiques qui fournissent des services financiers en tant que tel ou au nom de prestataires de service (art. 3 let. f LSFIn);
- Obligation de formation (notamment connaître suffisamment les règles de conduite de la LSFIn et disposer des connaissances techniques nécessaires à leur activité) et de perfectionnement;
- Obligation d'enregistrement dans un registre des conseillers à la clientèle (art. 29 LSFIn): assurance RC, affiliation à un organe de médiation, absence (i) de condamnation pénale pour les infractions des art. 137 à 172ter CP et (ii) d'interdiction d'exercer. Obligation d'enregistrement également pour les prestataires étrangers de services financiers qui souhaite exercer une activité soumise à autorisation et leurs conseillers à la clientèle;
- Obligation de notifier toute modification des faits sous-jacents à l'enregistrement.

## VII. Obligation d'établir un prospectus

Quiconque en Suisse propose des valeurs mobilières à l'achat ou à la souscription dans le cadre d'une offre publique (définition à l'art. 3 let. h LSFIn) doit publier au préalable un prospectus (art. 37 LSFIn), sauf si l'offre:

- S'adresse uniquement à des clients professionnels;
  - S'adresse à moins de 150 clients privés;
  - Présente une valeur nominale d'au moins CHF 100 000.-;
  - Ne dépasse pas une valeur totale de CHF 100 000.-, calculée sur une période de douze mois.
- 
- Liste d'exception (art. 39 LSFIn) et d'allègements (art. 48 LSFIn);
  - Exigence de contenu de prospectus à l'art. 42 LSFIn (abrogations à venir des art. 652a et 1156 CO, et de l'art. 752 CO en matière de responsabilité);
  - Règles spéciales pour les placements collectifs (art. 49 LSFIn);
  - Contrôle du prospectus par un organe de contrôle autorisé par la FINMA (art. 52 LSFIn) et obligation de publication (art. 64 LSFIn);
  - **Responsabilité** (art. 69 LSFIn) **pour le dommage « ainsi causé »**.



## **VII. Obligation d'établir une feuille d'information**

Si une offre portant sur un instrument financier vise des clients privés, le producteur doit préalablement établir une feuille d'information de base qui remplit les conditions de contenu de l'art. 61 LSFfin (art. 58 LSFfin):

- Ne s'applique pas pour l'offre d'actions;
- Obligation de publication (médias de publication à l'art. 64 LSFfin);
- Responsabilité (art. 69 LSFfin) pour le dommage « ainsi causé ».

## VIII. Prétentions de droit civil

- Obligation pour le prestataire de services financier de transmettre copie du dossier au client dans les 30 jours suivants une demande écrite du client (art. 72 et 73 LSFfin). En cas de litige ultérieur, un éventuel refus peut être pris en considération par le Tribunal compétent lors de la décision sur la prise en charge des frais de procès (art. 73 al. 4 LSFfin).
- Renversement du fardeau de la preuve:

*« Il incombe au prestataire de services financiers d'apporter la preuve qu'il a respecté les obligations légales d'information et d'explication. Si le prestataire de services financiers ne respecte pas ses obligations légales d'information et d'explication, le client est réputé n'avoir pas effectué la transaction » (art. 74 al. 1 LSFfin).*

# VIII. Prétentions de droit civil

- « *Les litiges entre les prestataires de services financiers et leurs clients doivent si possible être réglés par un **organe de médiation**, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage* » (art. 75 LSFIn);
- Principes de procédures aux art. 76 ss LSFIn (demande d'arbitrage);
- Une procédure de conciliation auprès de l'organe de médiation n'empêche pas une action civile;
  - L'organe de médiation clôt la procédure dès qu'une autorité de conciliation, un tribunal ou un tribunal arbitral s'occupe de l'affaire (art. 77 al. 2 LSFIn);
  - Au terme d'une procédure devant un organe de médiation, le demandeur peut renoncer unilatéralement à l'exécution de la procédure de conciliation au sens du code de procédure civile (art. 77 al. 2 LSFIn).
- Obligation de s'affilier à un organe de médiation (art. 78 et 30 al. 1 b LSFIn);
- Les prestataires de services financiers doivent annoncer à leur client - avant de nouer une relation d'affaire - de la possibilité d'une procédure d'arbitrage par un organe de médiation reconnu (nom et adresse de l'organe de médiation).

# VIII. Prétentions de droit civil

## OPTION A: TRIBUNAL ARBITRAL PERMANENT (art. 85 LSFIn)

- Ouvert seulement après avoir déposé une demande d'arbitrage pour la même affaire auprès d'un organe de médiation et avoir participé à la procédure;
- La procédure doit être peu onéreuse, voir gratuite pour les clients privés;
- Décision définitive: sont réservés les recours et la révision du titre 7 de la partie 3 du CPC (recours contre sentence arbitrale).

# VIII. Prétentions de droit civil

## OPTION B: FONDS POUR LES FRAIS DE PROCES

- Financés par les prestataires de services financiers (art. 87 let. a et b LSFIn);
- Les clients privés ont droit à la prise en charge d'une partie équitable de leurs frais de procès par le fonds pour les frais de procès en cas d'action contre un prestataire de services financiers (art. 92 LSFIn), si:
  - ils ont déposé pour la même affaire une demande d'arbitrage auprès de l'organe de médiation compétent et qu'ils ont participé à la procédure; leur revendication ne paraît pas vouée à l'échec;
  - la valeur litigieuse de l'action n'excède pas un million de francs;
  - ils ne présentent pas une situation financière exceptionnellement bonne; et
  - ils ont déposé une demande de prise en charge des frais par le fonds (art. 94 LSFIn).

# VIII. Prétentions de droit civil

## **Action collective** (art. 101 ss LSFIn)

Les associations et autres organisations ont qualité pour agir en leur propre nom contre des prestataires de services financiers pour violation des obligations civiles lors de la fourniture de services financiers à des clients si:

- a. elles ne poursuivent pas de but lucratif; et
- b. conformément à leurs statuts, elles sont habilitées à préserver les intérêts de groupes de personnes déterminés, notamment de clients privés ou de consommateurs.

## **Procédure de transaction de groupe** (art. 105 ss LSFIn)

Les associations et organisations légitimées (art. 101 LSFIn) peuvent régler par une transaction de groupe conclue avec un ou plusieurs prestataires de services financiers les conséquences financières d'une violation des obligations civiles par le prestataire de services financiers lors de la fourniture de tels services à des clients. Le Tribunal cantonal supérieur approuve la transaction si elle remplit les conditions de contenu de l'art. 106 LSFIn.

# IX. Questions

# Merci pour votre attention

Le projet de loi présenté dans le présent document est au stade de la consultation. Certaines règles présentées dans le présent document peuvent être modifiées à l'avenir en fonction de l'évolution du projet de loi. Par ailleurs, les informations contenues dans ce document ne sont pas exhaustives et ne constituent en aucun cas un conseil juridique.



Alexandre de Boccard

**OCHSNER & ASSOCIÉS**

2, Quai Gustave-Ador

1207 Genève

Email: [alexandre.deboccard@ochsnerassociés.ch](mailto:alexandre.deboccard@ochsnerassociés.ch)

Tél.: +41 22 786 88 66

Fax.: +41 22 786 88 67

[www.ochsnerassociés.ch](http://www.ochsnerassociés.ch)