

[1 | 2015]

# ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

CHRISTIAN LAUX

The End of Lawyers? – Ableitungen aus Susskinds  
Thesen mit Blick auf IT in der Anwaltskanzlei SEITE / PAGE 5

MARTIN STEIGER

Rechtskonforme Cookies auf Websites nach  
europäischem und schweizerischem Recht SEITE / PAGE 18

SIBYLLE FRECH

Die Schlichtungsbehörde –  
Eine Erfolgsgeschichte? SEITE / PAGE 23



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

# INHALTSVERZEICHNIS

## TABLE DES MATIÈRES

<b>LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA</b>	<b>3</b>
<hr/>	
<b>THEMA / QUESTION DU JOUR</b>	
Christian Laux The End of Lawyers? – Ableitungen aus Susskinds Thesen mit Blick auf IT in der Anwaltskanzlei	5
Martin Steiger Rechtskonforme Cookies auf Websites nach europäischem und schweizerischem Recht	18
<hr/>	
<b>ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU</b>	
Sibylle Frech Die Schlichtungsbehörde – Eine Erfolgsgeschichte?	23
Philipp Fischer / Antoine Amiguet LSFIn/LEFin – «Wind of Change» ou «Highway to Hell»?	35
<hr/>	
<b>RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE</b>	<b>41</b>
<hr/>	
<b>SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX</b>	
Der SAV teilt mit	45
La FSA vous informe	46
La FSA vi informa	48

### IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat  
18. Jahrgang 2015 / 18<sup>e</sup> année 2015  
ISSN 1422-5778

Erscheinungsweise / Parution  
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitiervorschlag / Suggestion de citation  
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.  
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par  
Stämpfli Verlag AG  
Schweizerischer Anwaltsverband /  
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion / Rédacteur en chef  
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)  
Bollwerk 21, CH-3001 Bern  
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40  
peter.vonins@bollwerk21.ch

Verlag und Redaktion /  
Edition et rédaction  
Stämpfli Verlag AG  
juristisches Lektorat  
MLaw Anja Hasler (Ha)  
Wölflistrasse 1, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 36, Fax 031 300 66 88  
www.staempfliverlag.com,  
anwaltsrevue@staempfli.com  
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur  
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA  
Marktgasse 4, Postfach 8321,  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16  
info@sav-fsa.ch  
www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces  
Stämpfli AG  
Postfach 8326, CH-3001 Bern  
Tel. 031 767 83 30, Fax 031 300 63 90  
inserate@staempfli.com

Vertrieb / Distribution  
Stämpfli Verlag AG  
Periodika  
Wölflistrasse 1, Postfach 5662  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88  
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für  
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.  
Les membres de la FSA s'adressent  
directement à la FSA pour leurs change-  
ments d'adresse.

Preise / Prix  
Jährlich/Annuel:  
CHF 198.–, EUR 216.– (Print und Online);  
CHF 159.–, EUR 138.– (Online)  
Studenten/ Etudiants: CHF 98.–  
Einzelheft / Numéro séparé:  
CHF 25.–, EUR 26.–  
Mitglieder des SAV gratis/  
Membres FSA gratuit  
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /  
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%  
Die Preisangaben in € gelten nur  
für Europa.  
Les prix indiqués en € ne sont valables  
que pour l'Europe.

Copyright  
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de  
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-  
verband, Bern  
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-  
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern  
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-  
scher Anwaltsverband, Bern.  
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift  
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-  
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher  
noch nicht im Druck erschienene Original-

beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen  
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-  
schliessliche Recht zur Vervielfältigung  
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-  
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-  
verband übergeht. Jede Verwertung und  
Vervielfältigung bedarf der vorherigen  
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /  
Tous droits réservés. La revue est protégée  
par la législation sur le droit d'auteur.  
Ne sont publiées que des contributions  
originales qui n'ont pas encore été diffu-  
sées sous forme imprimée. Les contribu-  
tions ne sont acceptées qu'à la condition  
que le droit exclusif de reproduction et de  
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions  
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.  
Toute exploitation et reproduction néces-  
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen  
und Autoren geäußerte Meinungen und  
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-  
gen der Redaktion oder des SAV decken. /  
Les opinions exprimées dans cette revue  
par les auteurs sont personnelles et n'en-  
gagent ni la rédaction ni la FSA.

# LSFIN/LEFIN – «WIND OF CHANGE» OU «HIGHWAY TO HELL»?

## PHILIPP FISCHER

LL.M. (Harvard), avocat, associé de l'Etude ABELS à Genève

## ANTOINE AMIGUET

LL.M. (NYU), avocat, associé de l'Etude ABELS à Genève

Mots-clés: droit bancaire et financier, procédure civile

Les avant-projets de loi fédérale sur les services financiers (LSFin) et de loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin) constituent deux pans d'une réforme fondamentale du droit suisse des marchés financiers, dont la troisième partie est constituée du projet de loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF). Au-delà des questions de réglementation financière qui intéressent les praticiens actifs dans ce domaine, ces projets, s'ils sont adoptés, apporteront des changements considérables au paysage législatif suisse.

## I. Introduction

En date du 27.6.2014, le Conseil fédéral a publié l'avant-projet d'une réforme en profondeur du droit bancaire et financier suisse, sous la forme d'un avant-projet de loi sur les services financiers (l'«AP-LSFin») et d'un avant-projet de loi sur les établissements financiers (l'«AP-LEFin»). Dès sa publication, ce projet législatif bicephale a fait couler beaucoup d'encre, notamment dans le cadre des 190 prises de position qui ont été transmises au Département fédéral des finances durant la procédure de consultation, arrivée à échéance le 17.10.2014.

Alors même que leur intitulé pourrait suggérer que ces avant-projets de loi n'intéressent que les avocats actifs dans le domaine du droit bancaire et financier, leur lecture laisse apparaître une portée potentiellement bien plus large. Ainsi, l'AP-LSFin vise à restructurer le rapport juridique unissant le client à l'intermédiaire financier, en créant une couche de droit administratif destinée à «renforcer» les règles du droit des contrats (notamment le droit du mandat) qui régissent actuellement cette relation contractuelle. En sus, l'AP-LSFin envisage l'introduction de nouveaux mécanismes de procédure civile, certes limités en l'état au droit bancaire et financier, mais dont la portée pourrait aisément être élargie à l'avenir.

La présente contribution n'a pas pour vocation de procéder à une présentation exhaustive de l'AP-LSFin et de l'AP-LEFin, ce d'autant que les textes publiés le 27.6.2014 subiront sans doute encore d'importantes retouches d'ici la publication du message du Conseil fédéral et l'achèvement de la procédure parlementaire<sup>1</sup>. En revanche, nous cherche-

rons à mettre en lumière certains aspects spécifiques de ces projets, soit en raison de leur impact sur la pratique du métier d'avocat, soit au motif qu'ils présentent les signes avant-coureurs de changements législatifs dont l'impact pourrait dépasser le droit bancaire et financier. Nous commencerons par deux observations générales (II.), avant de présenter les principaux aspects de l'AP-LSFin (III.) et de l'AP-LEFin (IV.), puis de conclure (V.).

## II. Observations générales

### 1. De l'euro-compatibilité au Swiss finish

L'AP-LSFin et l'AP-LEFin sont clairement placés sous le signe de l'euro-compatibilité<sup>2</sup>, dans l'espoir que l'adaptation du droit bancaire et financier suisse aux standards du droit européen permette de maintenir (voire d'élargir) la possibilité, pour les intermédiaires financiers suisses, d'accéder au marché européen. Sur le principe, le souci d'édicter des normes euro-compatibles doit être salué, tant il est vrai qu'il est dans l'intérêt de la place financière suisse de

- 
- 1 Le lecteur intéressé pourra notamment consulter la prise de position de l'Ordre des avocats de Genève, disponible à l'adresse suivante: [http://www.odage.ch/document\\_download.php?id=527](http://www.odage.ch/document_download.php?id=527) (la «Prise de position ODA Genève»).
  - 2 Loi fédérale sur les services financiers (LSFin) – Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin) – Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation, 25. 6. 2014, disponible à l'adresse suivante: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35424.pdf>, pp. 13 et 33 (le «Rapport explicatif»).

bénéficiaire d'un cadre réglementaire harmonisé avec celui de l'Union européenne.

Sur un certain nombre de points, l'AP-LSFin et l'AP-LEFin semblent toutefois aller au-delà des exigences figurant, par exemple, dans la nouvelle Directive européenne 2014/65/UE concernant les marchés d'instruments financiers (la «MIFID II») adoptée le 15.5.2014<sup>3</sup>. Cet éventuel écart entre le (futur) cadre réglementaire suisse et les règles applicables au sein de l'Union européenne pourrait entraîner un travail administratif supplémentaire à charge des intermédiaires financiers suisses, dont le coût sera répercuté sur les clients, réduisant de ce fait l'attractivité de la place financière suisse.

## 2. Délégation de compétences en faveur du Conseil fédéral

L'AP-LSFin et l'AP-LEFin se définissent comme des lois-cadres<sup>4</sup> qui fixent des principes généraux, dont la mise en œuvre est très largement déléguée au Conseil fédéral, respectivement au régulateur, soit l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (la «FINMA»). Dans un souci de préserver l'ancrage démocratique de normes visant à réglementer un pan fondamental de l'économie suisse, il paraît important que les textes législatifs finalement adoptés encadrent plus étroitement les délégations de compétences à l'exécutif, ce qui implique que certaines exigences concrètes soient fixées au niveau de la loi. A titre d'exemple, les prérequis en matière de fonds propres applicables aux gérants indépendants, lesquels vont déterminer la viabilité et le modèle d'affaires de certains acteurs, devraient, à notre sens, être précisés dans l'AP-LEFin, alors que l'article 20 (2) AP-LEFin délègue au Conseil fédéral la compétence de fixer ces exigences<sup>5</sup>.

## III. Principaux aspects de l'AP-LSFin

L'AP-LSFin s'articule autour de deux axes principaux: (i) la fixation de certaines règles de conduite de type administratif à charge des intermédiaires financiers et (ii) des mesures visant à favoriser la mise en œuvre des prétentions de droit civil de clients à l'encontre d'intermédiaires financiers.

### 1. Règles de conduite

L'AP-LSFin vise à fixer, au niveau de la loi, des règles de conduite à charge des prestataires de services financiers<sup>6</sup>. Ces nouvelles règles sont très largement inspirées de la réglementation européenne et visent à assurer l'euro-compatibilité de la réglementation suisse<sup>7</sup>.

La pierre angulaire des règles de conduite prévues par l'AP-LSFin consiste en un ancrage réglementaire de l'obligation (i) d'informer le client (article 7 AP-LSFin) et (ii) de se renseigner sur sa situation personnelle<sup>8</sup>. Conformément à la terminologie employée en droit européen, le prestataire de services financiers doit procéder, selon les cas, à un *appropriateness test* ou à un *suitability test* avant de recommander ou de fournir des services financiers<sup>9</sup> (articles 10 à 14 AP-LSFin):

- Vérification du caractère approprié (*appropriateness test/Angemessenheit*): L'AP-LSFin soumet les intermédiaires financiers à l'obligation de vérifier le caractère approprié du service financier envisagé préalablement à sa fourniture. Pour ce faire, le prestataire doit (i) *se renseigner* sur les connaissances et l'expérience du client concernant les instruments et services proposés et (ii) *vérifier* que ces instruments et services sont appropriés (en se fondant sur les connaissances et l'expérience du client). En revanche, en matière d'*execution only* (i. e., en l'absence d'un mandat de gestion ou d'un contrat de conseil en placement), l'intermédiaire financier n'aura pas l'obligation d'en vérifier le caractère approprié si l'opération est effectuée à l'initiative du client (article 14 [1] [b] AP-LSFin). Si une transaction est jugée inappropriée, l'intermédiaire financier devra en avvertir au préalable le client (article 13 [1] AP-LSFin).
- Vérification du caractère adéquat (*suitability test/Eignung*): En matière de gestion de fortune et de conseil en placement, les exigences à charge du prestataire de services financiers sont plus élevées. Le prestataire de services doit (i) *se renseigner* sur la connaissance et l'ex-

3 A titre d'exemple, l'obligation pour les conseillers à la clientèle (actifs au sein de prestataires de services financiers) de s'inscrire dans un «registre des conseillers à la clientèle» (article 29 AP-LSFin) dépasse les exigences du droit européen. Il en va de même de l'exigence de conformité fiscale figurant à l'article 11 AP-LEFin, laquelle sera discutée plus avant à la Section IV.D) ci-dessous.

4 Pour l'AP-LEFin, voir rapport explicatif (note 2), p. 21.

5 STÉPHANIE HODARA EL BEZ, Avant-projets P-LSFin, P-LEFin et LIMF – Quels impacts pour les GFI?, 17.9.2014, disponible à l'adresse suivante: <http://www.cdbf.ch/513-2/>.

6 Le concept de «prestataire de services financiers» est défini à l'article 3 (e) AP-LSFin et vise toutes les personnes qui fournissent, à titre professionnel, des services financiers en Suisse ou à des clients situés en Suisse.

7 LUC THÉVENOZ, Avant-projets P-LSFin, P-LEFin et LIMF – Un chantier fondamental de la réglementation des marchés financiers, 10.7.2014, disponible à l'adresse suivante: <http://www.cdbf.ch/911-2/>.

8 Ces obligations s'appliquent principalement aux clients «privés», par opposition aux clients «professionnels». L'AP-LSFin définit la notion de «client privé» par opposition à celle de «client professionnel» (article 4 [2] et [3] AP-LSFin).

La définition de «client professionnel» comprend (i) les intermédiaires financiers et entreprises d'assurance soumis à surveillance en Suisse, (ii) les clients étrangers soumis à un régime équivalent de surveillance prudentielle, (iii) les banques centrales, (iv) les établissements de droit public, les institutions de prévoyance et les entreprises disposant d'une trésorerie professionnelle. Le critère de la «trésorerie professionnelle» est réputé rempli lorsque l'entité en question a chargé au moins une personne expérimentée ayant des qualifications dans le domaine financier de gérer les moyens financiers de l'entreprise de façon constante (Circulaire FINMA 2008/5 «Négociant», N 16; Circulaire FINMA 2008/3 «Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires», N 25).

9 La notion de «services financiers» est définie à l'article 3 (d) AP-LSFin et comprend sept types de services: (i) l'achat ou la vente d'instruments financiers, (ii) la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers, (iii) la gestion de fortune, (iv) le conseil en placement, (v) la garde de valeur patrimoniales, (vi) la tenue de compte et (vii) l'octroi de crédit (mais uniquement si ce crédit vise à exécuter des opérations sur des instruments financiers).

périence du client concernant les instruments et services proposés et sur sa situation financière et ses objectifs de placement et (ii) vérifier l'adéquation des services et instruments financiers envisagés (compte tenu des informations recueillies du client)<sup>10</sup>.

Le Rapport explicatif<sup>11</sup> indique que les règles de conduite prévues par l'AP-LSFin relèvent du droit public. La FINMA sera chargée de surveiller leur mise en œuvre et pourra puiser dans l'arsenal des instruments de surveillance à sa disposition lorsqu'elle constatera qu'un assujéti enfreint ses obligations réglementaires. De par leur nature juridique ancrée dans le droit public, ces règles de conduite ne ressuscitent pas directement à la relation de droit privé unissant le prestataire de services financiers au client. Cela étant dit, le Rapport explicatif prend soin de préciser que le juge civil pourra se «référer aux règles de conduite prudentielles de la LSFIn»<sup>12</sup>, celles-ci ayant un «effet de rayonnement»<sup>13</sup> (*Ausstrahlungswirkung*) sur la relation de droit civil. Un tel «effet de rayonnement» a d'ores et déjà été reconnu à l'actuel article 11 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (la «LBVM») <sup>14</sup>. A cela s'ajoute qu'en l'état de l'AP-LSFin, une éventuelle violation des règles de conduite, même commise uniquement par négligence, représenterait non seulement une violation d'une norme de droit public, mais également une infraction pénale (article 121 AP-LSFin). A ce titre, une telle violation serait également susceptible de constituer un acte illicite pouvant donner lieu à une responsabilité extracontractuelle<sup>15</sup>, au même titre que la violation de certaines normes du dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent peut constituer le fondement d'une responsabilité délictuelle<sup>16</sup>.

## 2. Mise en œuvre des prétentions de droit civil

L'AP-LSFin propose une série d'innovations législatives destinées à réduire le déséquilibre qui existerait entre le client et son intermédiaire financier en cas de litige. Ces propositions sont présentées ci-après.

### A) Remise de documents

L'article 72 (1) AP-LSFin prévoit que «[l]e client a droit en tout temps à la remise d'une copie de son dossier, ainsi que de tout autre document le concernant établi par le prestataire de services financiers dans le cadre de la relation d'affaires.»

Ce droit à la remise de documents sera applicable et, le cas échéant, exécutoire de manière autonome en procédure sommaire<sup>17</sup>. Ce droit ne couvrira pas les documents purement internes, tels que les études préparatoires, les notices ou les projets de contrats<sup>18</sup>.

A première vue, cette exigence réglementaire de remise de documents semble faire double emploi avec les mécanismes d'ores et déjà prévus par le droit actuel, notamment dans le cadre de l'article 400 du Code des obligations<sup>19</sup>, de l'article 8 de la loi fédérale sur la protection des données<sup>20</sup> et de l'article 158 du code de procédure civile (le «CPC»).

### B) Renversement du fardeau de la preuve

L'article 74 (1) AP-LSFin prévoit qu'il «incombe au prestataire de services financiers d'apporter la preuve qu'il a respecté les obligations légales d'information et d'explication». Par ailleurs, l'article 74 (2) AP-LSFin propose un renversement du fardeau de la preuve en faveur du client, s'agissant du lien de causalité entre (i) la violation de l'obligation par le prestataire de services et (ii) le dommage subi. Ainsi, selon les termes du Rapport explicatif, il appartient au prestataire de services de «montrer que le même dommage serait également survenu dans le cas de toute autre possibilité de placement entrant en ligne de compte»<sup>21</sup>.

Cette proposition de l'AP-LSFin marque une rupture avec la situation actuelle en droit suisse. Selon le droit actuel, il incombe au client de prouver que le prestataire de services financiers a manqué à ses obligations légales d'information et d'explication et qu'il existe un lien de causalité entre ce manquement et le dommage subi. Au motif que l'apport de cette preuve serait difficile pour le client, l'AP-LSFin prévoit une présomption (réfragable) selon laquelle le client n'aurait pas effectué la transaction en cause s'il avait été correctement informé.

Largement critiquée dans le cadre de la procédure de consultation, cette proposition, qui s'écarte nettement de la conception traditionnelle du droit suisse, semble avoir été abandonnée par l'administration fédérale<sup>22</sup>.

### C) Tribunal arbitral ou fonds pour les frais de procès

L'AP-LSFin propose deux options destinées à faciliter la mise en œuvre des prétentions des clients de prestataires

<sup>10</sup> Cette exigence de vérifier le caractère adéquat du service financier proposé constitue une obligation réglementaire nouvelle, dans la mesure où le Tribunal fédéral a jugé que l'article 11 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (règles de conduite du négociant en valeurs mobilières) ne couvrirait pas l'exigence de vérifier la *suitability* (ATF 133 III 97, c. 5.4; arrêt du TF du 3. 2. 2012 dans la cause n° 4A\_525/2011, c. 3.3).

<sup>11</sup> Rapport explicatif (note 2), p. 14.

<sup>12</sup> Rapport explicatif (note 2), p. 15.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> ATF 133 III 97, c. 5.2: «Nach herrschender Lehrmeinung kommt der öffentlichrechtlichen Vorschrift von Art. 11 BEHG insoweit die Funktion einer Doppelnorm zu, als die damit statuierten Verhaltensregeln auch einen privatrechtlichen Zweck erfüllen. Die Funktion als Doppelnorm bedeutet, dass Art. 11 BEHG sowohl von den Vertragsparteien angerufen als auch von den Behörden von Amtes wegen angewendet werden kann.»

<sup>15</sup> Prise de position ODA Genève (note 1), p. 2.

<sup>16</sup> ATF 129 IV 322 c. 2.2.4. Dans le cadre de cet arrêt, le Tribunal fédéral a admis que l'article 305<sup>bis</sup> CP protège également les intérêts patrimoniaux de ceux qui sont lésés par le crime préalable, dans les cas où les valeurs patrimoniales proviennent d'actes délictueux contre des intérêts individuels. En revanche, la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (la «LBA»), et ses ordonnances d'application, n'ont pas pour but de protéger les intérêts patrimoniaux individuels, de sorte que ces dispositions ne sauraient fonder un acte illicite (ATF 134 III 529, c. 4.3).

<sup>17</sup> Nouvel article 251a CPC prévu par l'AP-LSFin.

<sup>18</sup> Rapport explicatif (note 2), p. 79.

<sup>19</sup> ATF 139 III 49, c. 4.

<sup>20</sup> ATF 138 III 425, c. 5-6.

<sup>21</sup> Rapport explicatif (note 2), p. 82.

<sup>22</sup> AGEFI, L'abandon de l'inversion du fardeau de la preuve, 24. 11. 2014, p. 3.

de services financiers, à savoir (i) la création d'un tribunal arbitral spécifiquement destiné aux litiges financiers (Option A) ou (ii) la mise sur pied d'un fonds de financement des actions en justice des clients (Option B).

A titre liminaire, l'on peut relever que la présentation de cette alternative dans le cadre de l'AP-LSFin est surprenante, dans la mesure où les deux options portent sur des objets différents, qui ne s'excluent pas nécessairement.

#### a) Tribunal arbitral

Les articles 85 et suivants AP-LSFin invitent les prestataires de services financiers à mettre sur pied un tribunal arbitral permanent qui peut être saisi par le client. Le tribunal arbitral sera présidé par une personne indépendante et serait composé paritairement de représentants des prestataires de services financiers et des clients privés (article 86 [1] AP-LSFin). La procédure, fixée dans un règlement d'arbitrage, devra être simple, rapide (article 86 [2] AP-LSFin) et peu onéreuse, voire gratuite pour le client privé (article 86 [3] AP-LSFin). L'accès au tribunal arbitral présuppose un recours préalable à l'organe de médiation discuté plus avant à la Section E) ci-dessous.

#### b) Fonds pour les frais de procès

Le fonds de financement est destiné à prendre en charge les frais de procès occasionnés aux clients privés par des actions en justice ouvertes contre des prestataires de services financiers. Par frais de procès, on entend les frais judiciaires, les éventuels dépens en faveur de la partie adverse et les coûts d'une représentation légale adéquate (article 93 AP-LSFin). Sur demande motivée, les clients privés auront droit à la prise en charge de leurs frais de procès, à condition (i) que leur revendication ne paraisse pas vouée à l'échec, (ii) que la valeur litigieuse n'excède pas CHF 1 million et (iii) que leur situation financière ne soit pas extraordinairement bonne (article 92 [1] AP-LSFin). Ce fonds sera alimenté par les intermédiaires financiers eux-mêmes (articles 89–91 AP-LSFin).

Le système du fonds de financement est très éloigné de la conception suisse. La procédure de consultation a mis en lumière une nette préférence pour l'option du tribunal arbitral (Option A). L'administration fédérale semble avoir pris acte de ce point<sup>23</sup>.

### D) Mécanismes destinés à faciliter l'exercice collectif des droits

L'AP-LSFin prévoit l'introduction d'une action collective (*class action*) dans le domaine du droit financier, ainsi qu'une procédure de transaction de groupe, qui pourrait permettre de transiger des litiges touchant simultanément de nombreux clients.

#### a) Action collective

L'article 102 AP-LSFin prévoit la possibilité d'une action collective, destinée à faciliter l'accès à la justice. Son champ d'application est limité à des actions en protection, soit des demandes visant à interdire une violation des obligations de nature civile, à y remédier ou à constater

une telle violation. L'exclusion des actions pécuniaires du champ d'application de l'action collective vise à pallier le risque d'une dérive «à l'américaine». Le client individuel devra donc faire valoir ses prétentions pécuniaires par le biais d'une procédure judiciaire séparée.

L'on relèvera dans ce contexte que l'article 89 CPC prévoit déjà une action collective sous la forme de l'action des organisations. L'AP-LSFin élargit ce cadre, en supprimant notamment les exigences en matière de représentativité nationale ou régionale pour les associations habilitées à engager des procédures collectives (article 101 AP-LSFin). Cette extension, dont les conséquences ne sont abordées que sommairement dans le Rapport explicatif, mériterait sans doute une réflexion plus large dans le cadre d'une réforme du CPC (et non pas une réforme sectorielle limitée au droit bancaire et financier). Dans la mesure où les actions collectives sont étrangères à la conception actuelle du droit suisse et potentiellement sources d'abus, une très grande prudence s'impose avant d'élargir la voie offerte par le droit actuel.

#### b) Transaction de groupe

La procédure de transaction de groupe trouve sa source dans la pratique, dans le cadre de laquelle elle s'effectue toutefois sans contrôle judiciaire et sur une base volontaire. Contrairement à l'action collective, la transaction de groupe permet de faire valoir un dédommagement financier. Le contrôle judiciaire prévu aux articles 105 et suivants AP-LSFin est opportun, dans la mesure où il permet de mieux préserver les intérêts des parties et surtout de protéger les parties non représentées. La transaction approuvée par le tribunal lie tous les clients concernés, dûment informés, qui ne déclarent pas leur sortie (*opt out*) dans le délai imparti (articles 110–111 AP-LSFin).

Les deux remarques suivantes peuvent toutefois être formulées à la lecture de l'AP-LSFin<sup>24</sup>:

- Le système du *opt out* (article 111 AP-LSFin), à savoir l'obligation pour tout client d'accomplir un acte positif (*i. e.*, une déclaration) en vue de «sortir» du groupe de clients concernés par la transaction de groupe, est étranger aux conceptions du droit suisse (tant en droit des contrats qu'en matière de conventions de procédure). Un système de *opt in* – soit une décision expresse de chaque intéressé de faire partie de l'accord transactionnel – devrait plutôt être retenu.
- La transaction de groupe doit faire l'objet d'un accord écrit comportant les éléments listés à l'article 106 (2) AP-LSFin. Le degré de détail exigé dans ce contexte risque de dissuader les prestataires de services d'accepter un tel accord. En effet, il est possible que des clients individuels décident, à l'issue de la négociation de la transaction de groupe, de «sortir» de l'accord et de se fonder sur les termes de l'accord collectif pour agir seuls contre le prestataire de services.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Prise de position ODA Genève (note 1), p. 11.

### E) Médiation

L'AP-LSFin met l'accent sur les organes de médiation destinés à régler extrajudiciairement les litiges entre les intermédiaires financiers et leurs clients. Ce type d'organe a d'ores et déjà fait ses preuves dans les secteurs de la banque (Ombudsman des banques suisses) et de l'assurance (Ombudsman de l'Assurance Privée et de la Suva).

La mise en œuvre du droit au niveau judiciaire devrait ainsi être complétée et renforcée par un instrument de règlement extrajudiciaire des litiges. Les parties auront la possibilité de porter les litiges devant des organes de médiation indépendants, impartiaux et possédant les connaissances techniques nécessaires, sans que les droits et garanties procéduraux ne soient restreints. Les prestataires de services financiers seront tenus de s'affilier à un organe de médiation, de participer à la procédure et de verser une contribution financière (articles 78 à 81 AP-LSFin).

## IV. Principaux aspects de l'AP-LEFin

### 1. Consolidation législative

L'AP-LEFin vise à régler dans un seul acte législatif la surveillance de tous les acteurs des marchés financiers. Les dispositions, actuellement éparpillées dans plusieurs textes légaux, seront rassemblées dans un seul texte législatif. La vénérable loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, en vigueur depuis le 1.3.1935, ainsi que la LBVM, sont destinées à être abrogées si l'AP-LEFin entre en vigueur.

### 2. Réglementation des gérants de fortune indépendants

#### A) Introduction

L'une des innovations les plus marquantes de l'AP-LEFin est la surveillance prudentielle des gérants de fortune indépendants. Une telle surveillance prudentielle (en sus de la surveillance limitée applicable dans le cadre du dispositif suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent) était déjà évoquée dans le rapport Zufferey<sup>25</sup> de novembre 2000 et a été concrétisée durant ces dernières années en plusieurs étapes:

- L'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (la «LPCC») au 1.1.2007 a conduit à l'assujettissement obligatoire des gestionnaires de placements collectifs suisses et à la surveillance *optionnelle* de certains gestionnaires de placements collectifs étrangers.
- La Circulaire FINMA 2009/1 «Règles-cadres pour la gestion de fortune», datée du 18.12.2008, a de facto soumis les gérants de fortune à un certain nombre de règles de conduite, dans la mesure où la FINMA a fixé, dans cette circulaire, le standard minimum que les organisations professionnelles regroupant les entreprises actives dans le domaine de la gestion de fortune doivent imposer à leurs membres.
- La révision de la LPCC, entrée en vigueur au 1.3.2013, a étendu la surveillance prudentielle à tous les gestionnaires de placements collectifs, que ceux-ci soient suisses ou étrangers, moyennant la mise en place de certaines dispositions transitoires et de certaines règles de *minimis*<sup>26</sup>.

- La réforme structurelle de la prévoyance professionnelle a ensuite conduit à l'exigence d'une «habilitation» des gérants d'avoirs de prévoyance<sup>27</sup>, applicable à compter du 1.1.2014.

L'AP-LEFin, qui vise à introduire un régime de surveillance prudentielle uniforme pour tous les établissements financiers qui placent et gèrent les valeurs patrimoniales de tiers à titre professionnel, constitue donc l'ultime étape d'un processus réglementaire initié en 2000. La mise en œuvre de cette surveillance prudentielle est indispensable pour assurer l'euro-compatibilité du cadre réglementaire suisse, et notamment l'harmonisation avec la Directive MIFID II.

#### B) Gestionnaires de fortune «simples»

Conformément au but visé par l'AP-LEFin, les gestionnaires de fortune seront tenus d'obtenir une autorisation d'exercer et seront soumis à une surveillance prudentielle. L'activité de «conseil en placement» (*i. e.*, les situations dans lesquelles le prestataire de services financiers ne peut pas disposer des valeurs patrimoniales du client) n'entre pas dans le champ des activités réglementées par l'AP-LEFin<sup>28</sup>.

L'AP-LEFin prévoit que les gérants devront satisfaire à la garantie d'une activité irréprochable, présenter une organisation adéquate et disposer d'un système de contrôle interne (articles 8-10 AP-LSFin). Les exigences précises, notamment en matière d'organisation et de garanties financières, ne sont pas encore connues et devraient être réglées dans l'ordonnance du Conseil fédéral<sup>29</sup>.

S'agissant de l'autorité en charge de la surveillance des gérants indépendants, l'AP-LEFin envisage les deux variantes suivantes:

- une surveillance directe par la FINMA; ou
- la création d'un organisme de surveillance *ad hoc*<sup>30</sup> sur le modèle de la *Financial Industry Regulatory Authority*

<sup>25</sup> Rapport du groupe d'experts «Surveillance des marchés financiers», novembre 2000, disponible à l'adresse suivante: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00854/index.html?lang=fr, §§ 542-545>.

<sup>26</sup> Article 13 (2) (f) LPCC et article 158c LPCC (dispositions transitoires).

<sup>27</sup> Article 48f (5) de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2).

<sup>28</sup> Dans sa prise de position dans le cadre de la procédure de consultation, l'Association suisse des banquiers prône une extension de la surveillance prudentielle à l'activité de conseil en placement, au motif de sa proximité avec l'activité de gestion de fortune (prise de position disponible à l'adresse suivante: [http://www.swissbanking.org/20141031-3200-ver-stellungnahme\\_fidleg\\_finig\\_def-cwi.pdf](http://www.swissbanking.org/20141031-3200-ver-stellungnahme_fidleg_finig_def-cwi.pdf), p. 48).

<sup>29</sup> Cf. Section II.2 ci-dessus.

<sup>30</sup> Le Rapport explicatif fait référence à une «autorité de surveillance semi-étatique pilotée» (Rapport explicatif [note 2], p. 23). Cette autorité pourrait prendre la forme d'une société anonyme (i) dont le capital-actions est détenu par les assujettis (nouvel article 43d [3] de la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [la «LFINMA»]), (ii) dont l'activité réglementaire est soumise à la surveillance de la FINMA (nouvel article 43a [2] LFINMA) et (iii) dont le conseil d'administration doit être approuvé par le Conseil fédéral (nouvel article 43f LFINMA).

(FINRA) américaine. Le Rapport explicatif<sup>31</sup> prévoit que les organismes d'autorégulation (OAR) prévus par le cadre réglementaire suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ne pourront pas, en tant que tels, exercer l'activité d'organisme de surveillance dans le sens exposé ci-dessus.

A l'heure actuelle, la variante impliquant l'organisme de surveillance *ad hoc* semble plutôt recueillir les faveurs de l'administration fédérale, alors même que la majorité des prises de position exprimées dans le cadre de la procédure de consultation ont privilégié l'hypothèse d'une surveillance par la FINMA<sup>32</sup>.

A relever encore que les dispositions transitoires de l'AP-LEFin dispensent les gérants de fortune de l'obligation d'obtenir une autorisation pour autant (i) qu'ils aient exercé leur activité depuis plus de 15 ans au moment de l'entrée en vigueur de l'AP-LEFin et (ii) qu'ils n'acceptent pas de nouveaux clients. Cette exemption, d'application limitée, vise à permettre aux gestionnaires expérimentés d'éviter de devoir obtenir une autorisation s'ils prévoient de prendre leur retraite ou de cesser leur activité pour une autre raison. L'on peut toutefois douter de la portée pratique de cette disposition transitoire, dans la mesure où l'interdiction d'accepter de nouveaux clients empêche sans doute le gérant concerné de mettre en place un plan de succession.

### C) Gestionnaires de fortune qualifiés

La catégorie des gestionnaires de fortune qualifiés comprend (i) les gérants de placements collectifs de capitaux et (ii) les gérants d'avoirs de prévoyance. Ces gérants, que le droit actuel soumet d'ores et déjà à une certaine forme de surveillance prudentielle<sup>33</sup>, seront soumis à la surveillance de la FINMA, dans la mesure où l'AP-LEFin ne prévoit pas la possibilité d'un organisme de surveillance *ad hoc*.

S'agissant des gérants d'avoirs de Prévoyance, les autorités cantonales de surveillance et la Commission de Haute Surveillance en matière de prévoyance professionnelle demeureront chargées de la surveillance des institutions de prévoyance et du respect, par celles-ci, des prescriptions de placement applicables.

### D) Conformité fiscale (article 11 AP-LEFin)

L'AP-LEFin étend les obligations de diligence des établissements financiers en matière de conformité fiscale. Si un établissement financier présume que des valeurs patrimoniales proposées ou déposées chez lui n'ont pas été, ou ne seront pas, fiscalisées, il devra refuser d'entrer en relation d'affaires ou, selon les circonstances, résilier les relations d'affaires existantes. Les établissements financiers pourront renoncer à contrôler le respect des obligations fiscales lorsque le client est assujéti à l'impôt dans un Etat avec lequel la Suisse a conclu un accord concernant l'échange automatique de renseignements.

Ce devoir de diligence en matière fiscale, que le Conseil fédéral avait tenté d'imposer dans un premier

temps dans le cadre d'un projet de révision de la LBA mis en consultation en février 2013<sup>34</sup>, va au-delà des standards internationaux. La Suisse s'étant ralliée à une norme internationale en matière d'échange automatique de renseignements fiscaux<sup>35</sup>, il paraît indispensable d'attendre la mise en œuvre de cette norme avant de définir des éventuels devoirs complémentaires, pour autant qu'ils s'avèrent nécessaires, à charge des établissements financiers.

## V. Conclusion

Le point sur lequel se sont concentrés la plupart des commentaires relatifs à l'AP-LSFin et à l'AP-LEFin est l'assujettissement à surveillance des gérants de fortune indépendants. Comme indiqué ci-dessus, il s'agit là de la dernière étape d'un processus réglementaire initié au début des années 2000 et qui peut difficilement être arrêté sans remettre en question l'objectif d'euro-compatibilité de la nouvelle loi.

De même, les règles de conduite (notamment l'*appropriateness test* et le *suitability test*) ne devraient pas constituer de véritables surprises pour les prestataires de services financiers, qui, souvent, appliquent d'ores et déjà ces règles dans les ordres juridiques européens dans lesquels ils sont actifs, respectivement les mettent en œuvre de manière spontanée dans le cadre des services rendus aux clients. En revanche, la relation entre ces (nouvelles) règles de conduite prudentielles et les obligations de droit civil découlant principalement du droit du mandat fera sans doute encore l'objet de controverses.

Finalement, les nouveaux instruments de procédure civile prévus dans l'AP-LSFin, notamment s'agissant du fonds de financement de procès et des actions collectives, devront sans doute encore être repensés (voire abandonnés), dans la mesure où les propositions formulées dans l'AP-LSFin sont difficilement solubles dans l'ordre juridique suisse et ne renforcent pas l'attractivité de la place financière suisse.

<sup>31</sup> Rapport explicatif (note 2), p. 24. La version allemande du Rapport explicatif (p. 23) est plus claire sur ce point.

<sup>32</sup> AGEFI, L'abandon de l'inversion du fardeau de la preuve, 24. 11. 2014, p. 3.

<sup>33</sup> Cf. Section IV.2 A) ci-dessus.

<sup>34</sup> Projet de révision de la LBA (Stratégie concernant la place financière [obligations de diligence étendues pour empêcher l'acceptation de valeurs patrimoniales non fiscalisées]), mis en consultation le 27. 2. 2013. Le rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la procédure de consultation est disponible à l'adresse suivante: [http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2331/LBA\\_Rapport-resultats\\_fr.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2331/LBA_Rapport-resultats_fr.pdf).

<sup>35</sup> Cf., en dernier lieu, l'approbation, en date du 19. 11. 2014, de l'accord multilatéral concernant l'échange automatique de renseignements en matière fiscale (communiqué de presse disponible à l'adresse suivante: <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilungen.msg-id-55327.html>).