

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

Édités par Peter Gauch

358

GUILLAUME BRAIDI

L'individu en droit de la surveillance financière

Autorisation, obligations et
interdiction d'exercer

Table des matières

Avant-propos	IX
Sommaire	XIII
Table des matières	XVII
Répertoire des cas	XXXI
Table des abréviations.....	XXXV
Bibliographie.....	XLV
Sources officielles.....	LIX
INTRODUCTION.....	1
I. L'objet.....	1
II. Les délimitations	4
III. Le plan	6
PREMIERE PARTIE: L'INDIVIDU ET L'ASSUJETTISSEMENT	9
Chapitre I La réglementation suisse	11
§ 1 Les fondements constitutionnels	11
§ 2 Les «lois sur les marchés financiers»	14
I. La loi sur la surveillance des marchés financiers.....	14
A. La genèse.....	14
B. Le champ d'application	16
C. L'individu et l'autorisation: aperçu.....	17
II. La loi sur les banques	18
A. La genèse.....	18
B. Le champ d'application	19
C. L'individu et l'autorisation: aperçu.....	20
III. La loi sur les bourses	21
A. La genèse.....	21
B. Le champ d'application	22
C. L'individu et l'autorisation: aperçu.....	23
IV. La loi sur la surveillance des assurances	24
A. La genèse.....	24
B. Le champ d'application	25
C. L'individu et l'autorisation: aperçu.....	26

V.	La loi sur les placements collectifs	27
A.	La genèse.....	27
B.	Le champ d'application	28
C.	L'individu et l'autorisation: aperçu.....	29
§ 3	Les autres lois	31
I.	La loi sur le blanchiment d'argent.....	31
II.	La loi sur l'émission de lettres de gage	33
III.	La loi sur le contrat d'assurance	34
IV.	Les projets	35
A.	La loi sur les services financiers.....	35
1.	L'AP-LSFin	36
2.	Le P-LSFin	37
B.	La loi sur les établissements financiers	38
1.	L'AP-LEFin.....	39
2.	Le P-LEFin	40
§ 4	L'autorégulation	42
I.	En général.....	42
II.	L'aperçu de l'individu dans l'autorégulation.....	44
A.	L'ASB.....	44
B.	La SFAMA.....	45
C.	La SIX	46
Chapitre II Le système d'assujettissement et ses destinataires		51
§ 5	Les actes d'assujettissement de la surveillance financière	51
I.	L'autorisation	51
A.	La notion et le but	51
B.	La nature.....	52
C.	La constitutionnalité.....	53
II.	Les conditions et les modalités de l'octroi	54
A.	Les conditions formelles.....	54
B.	Les conditions matérielles	54
C.	L'octroi.....	55
D.	Un droit intransmissible	55
III.	La délimitation avec d'autres types d'autorisation.....	56
IV.	Les autres actes d'assujettissement.....	57
A.	La reconnaissance	57
B.	L'agrément	58
C.	L'enregistrement	59
§ 6	La portée de l'autorisation	61

I.	La nécessité d'une autorisation	61
II.	L'exercice d'une activité sans autorisation	62
III.	Le retrait de l'autorisation	64
	A. Les généralités	64
	B. Les conditions	66
	C. Les conséquences	67
	D. Le principe de la proportionnalité	68
	E. La procédure et les voies de recours	69
§ 7	Le destinataire des autorisations	71
I.	Le principe: l'établissement	71
	A. Les banques	71
	B. Les négociants en valeurs mobilières	73
	C. Les bourses	75
	D. Les entreprises d'assurance	76
	E. Les placements collectifs	78
II.	L'exception: l'individu	82
	A. Le distributeur de placements collectifs	82
	B. L'auditeur responsable	84
	C. L'intermédiaire d'assurance	87
	D. Les experts chargés des estimations	88
	E. Le conseiller à la clientèle	90
Chapitre III Le rôle de l'individu dans le processus d'autorisation des établissements		91
§ 8	Les exigences relatives aux individus	91
I.	Les généralités	91
II.	Le panorama des exigences	92
	A. Les conditions matérielles	92
	1. La garantie d'une activité irréprochable	92
	2. L'obligation de domiciliation	93
	3. L'assurance responsabilité et les autres garanties financières	94
	B. Les conditions de procédure	96
	1. La transmission de données personnelles	96
	2. L'obligation de collaborer	97
§ 9	En particulier: la garantie d'une activité irréprochable	98
I.	La consécration progressive en droit suisse	98
II.	Le système	101
III.	Une notion polysémique	103
	A. Une notion juridique indéterminée	103

B. Une notion bicéphale	105
IV. La garantie d'une activité irréprochable de l'individu	107
A. En général.....	107
B. La bonne réputation.....	108
C. Les compétences professionnelles.....	110
§ 10 Les enseignements.....	114
I. Les constats relatifs au système juridique	114
II. Les constats relatifs aux individus.....	120
DEUXIÈME PARTIE: LE STATUT RÉGLEMENTAIRE DE L'INDIVIDU ..	125
Chapitre I Les obligations de l'individu	127
§ 1 L'obligation de diligence de l'individu	127
I. La loi sur les banques	127
A. Fondement et principe	127
B. L'illustration pratique de la diligence des individus	129
1. A l'encontre de la banque.....	129
2. A l'encontre des clients.....	129
3. A l'encontre du groupe	130
3.1 La remise d'attestations inexactes.....	130
3.2 La clarification de l'arrière-plan économique	131
II. La loi sur le blanchiment d'argent.....	134
A. Les généralités.....	134
B. Les modalités de l'obligation de diligence.....	135
1. L'identification du cocontractant.....	135
2. L'examen de l'ayant droit économique	136
3. L'obligation de clarification.....	137
4. L'obligation de conserver des documents	139
5. L'instauration de mesures organisationnelles	140
C. L'illustration pratique de la diligence des individus	141
1. L'ayant droit économique	141
2. L'arrière-plan économique.....	144
3. La conservation des documents.....	147
III. La loi sur les bourses	148
A. Les fondements	148
B. La meilleure exécution et la transparence	152
C. L'illustration pratique de la diligence des individus	154
1. Les deals ouverts.....	154
2. La double représentation	156
IV. La loi sur les placements collectifs	158

A.	Les fondements	158
B.	La concrétisation	158
1.	L'aspect organisationnel du devoir de diligence.....	159
1.1	Par la loi sur les placements collectifs.....	159
1.2	Par l'ordonnance sur les placements collectifs	161
1.3	Par l'autorégulation	161
2.	Une activité irréprochable	163
C.	L'illustration pratique de la diligence des individus	163
V.	La loi sur la surveillance des assurances	164
A.	Les généralités.....	164
B.	L'illustration pratique: l'affaire «CPT Assurance SA»	166
1.	Les faits	166
2.	Le jugement	168
3.	Le commentaire	170
VI.	La loi sur la surveillance de la révision	174
A.	Le système.....	174
B.	Le maintien de la coopération entre l'ASR et la FINMA	175
C.	Les fondements	176
1.	L'OA-FINMA.....	176
2.	La loi sur la surveillance de la révision	176
D.	L'illustration pratique de la diligence des individus	179
§ 2	L'obligation de loyauté de l'individu	182
I.	La loi sur les banques	182
A.	Les fondements	182
B.	L'illustration pratique de la loyauté des individus.....	183
1.	A l'encontre de la banque	183
2.	A l'encontre des clients	186
3.	A l'encontre du marché.....	189
II.	La loi sur les bourses	192
A.	Fondement et principe	192
B.	La concrétisation	194
C.	L'illustration pratique de la loyauté des individus.....	196
1.	Eu égard aux transactions.....	196
1.1	La pratique des cours coupés.....	196
1.2	Le front, parallel et after running.....	199
2.	Eu égard aux avantages pécuniaires	203
2.1	Les commissions excessives	203
2.2	Les incitations financières	205
2.3	Le barattage	207
3.	Un cas particulier: les rétrocessions	210

3.1	Les généralités	210
3.2	La position du droit suisse.....	212
3.3	La position actuelle du droit européen: MiFID I	215
3.4	Les perspectives: MiFID II et P-LSFin	217
III.	La loi sur les placements collectifs	221
A.	Les généralités.....	221
B.	La concrétisation du devoir de loyauté	222
1.	Par la loi sur les placements collectifs.....	222
2.	Par l'ordonnance sur les placements collectifs	224
3.	Par l'autorégulation	225
IV.	La loi sur la surveillance des assurances	226
V.	La loi sur la surveillance de la révision	226
§ 3	L'obligation d'information de l'individu	228
I.	La loi sur les banques	228
II.	La loi sur les bourses	228
A.	Les fondements	228
1.	Les sources	228
2.	Le ratio legis	229
3.	Une obligation-cadre	230
B.	Le champ d'application	231
C.	La mise en œuvre	232
1.	L'étendue de l'information	232
2.	La présomption d'une connaissance minimale.....	234
3.	Le moment et la forme de l'information	235
D.	L'illustration pratique du devoir d'information des individus.....	236
1.	Eu égard aux risques du produit	236
2.	Eu égard à la forme de l'information	239
3.	Eu égard aux conflits d'intérêt	240
III.	La loi sur les placements collectifs	240
A.	Les fondements	240
B.	La concrétisation	241
C.	Le contenu et la forme de l'information	245
D.	Une obligation d'information accrue ?.....	245
IV.	Le projet de loi sur les services financiers.....	247
A.	Présentation	247
B.	Les dispositions pertinentes	248
1.	Le contenu et la forme de l'information	248
2.	Le moment de la communication	249
3.	L'indépendance du prestataire de services financiers ?	250

§ 4	Les autres obligations de l'individu	252
I.	L'obligation de bonne foi dans les affaires.....	252
A.	Les fondements	252
B.	Le contenu	253
C.	L'illustration pratique à l'égard du marché	254
1.	Le snake trading	254
2.	Le wash trade/sale	257
3.	L'affaire «Biber»	259
II.	L'obligation d'indépendance	261
A.	Les généralités.....	261
B.	Les sources	262
C.	Le contenu	263
D.	L'illustration pratique: l'affaire «révision gratuite»	265
1.	Les faits	265
2.	Le jugement	266
3.	Le commentaire	266
III.	L'obligation de respecter l'ordre juridique dans son ensemble ..	272
A.	Les généralités.....	272
B.	L'illustration pratique	274
1.	Les infractions en rapport avec l'activité bancaire	274
2.	Les infractions commises en dehors de l'activité bancaire.....	276
IV.	L'obligation de compétences professionnelles	279
A.	En général.....	279
B.	La pratique de l'autorité de surveillance financière	279
C.	L'appréciation.....	282
V.	L'obligation de formation continue	284
A.	Les généralités.....	284
B.	Quelques aspects particuliers	285
1.	Les exigences de la LBA.....	285
2.	Les exigences de la LSR	287
3.	Les exigences du P-LSFin	288
C.	La tendance internationale	290
VI.	L'obligation de transparence	292
A.	Les généralités.....	292
B.	Quelques domaines en particulier	293
VII.	L'obligation de l'égalité	295
A.	Présentation	295
B.	L'illustration de la pratique	297

Chapitre II	Les résultats de l'analyse	299
--------------------	---	------------

§ 5	Les règles qui fondent les obligations des individus.....	299
I.	Les types de règles	299
A.	Les règles prudentielles.....	299
B.	Les règles organisationnelles.....	300
C.	Les règles de conduite	302
II.	La légistique des règles de conduite	303
A.	Le paradoxe	303
B.	Un degré de précision accru.....	304
III.	L'influence de la casuistique	305
§ 6	La densification des obligations relatives aux individus	307
I.	Le droit de la surveillance	307
A.	La garantie d'une activité irréprochable	307
B.	Les règles de conduite	308
C.	En particulier: le devoir d'information	309
II.	L'autorégulation financière	311
III.	Le droit privé	312
§ 7	Un statut juridique (dés)équilibré.....	314
I.	Eu égard aux obligations	314
A.	La complexité des exigences	314
B.	L'insécurité juridique	315
C.	La concrétisation hors de portée du législateur.....	316
II.	Eu égard aux sanctions.....	317
A.	En droit administratif	317
B.	En droit pénal	318
C.	En droit civil.....	320
III.	Le destinataire des mesures de surveillance	321
§ 8	Un régime de surveillance atypique.....	323
Chapitre III Une surveillance centrée sur l'individu.....		327
§ 9	La comparaison avec d'autres autorisations individuelles.....	327
I.	Le régime d'autorisation des avocats	328
A.	Les fondements	328
B.	Les règles professionnelles.....	330
C.	Les mesures disciplinaires	331
D.	Le registre	332
E.	La prescription	333
II.	Le régime d'autorisation des médecins	334
A.	Les fondements	334

B. Les règles professionnelles.....	335
C. Les mesures disciplinaires	336
D. Le registre.....	338
E. La prescription.....	339
III. La comparaison	340
A. Les fondements	340
1. Les personnes concernées	340
2. Les conditions d'autorisation	341
3. L'autorité de surveillance.....	342
B. Les règles professionnelles.....	343
C. Les mesures disciplinaires	344
D. Le registre.....	347
1. L'objectif	347
2. Le contenu.....	348
E. La prescription.....	349
§ 10 Les conséquences d'un régime d'autorisation	350
I. Les avantages	350
A. Une clarification des mesures de surveillance	350
B. Une meilleure transparence.....	351
C. Un arsenal de mesures de surveillance renforcé	352
D. Un cadre juridique pour le droit disciplinaire.....	353
E. Une responsabilité renforcée des individus	354
F. Une meilleure réputation pour la place financière suisse.....	355
II. Les désavantages.....	356
A. Une charge administrative	357
B. Des coûts supplémentaires	358
C. Un accès limité aux postes dirigeants	359
D. Une insécurité juridique	359
E. Un processus compliqué	360
F. Des rapports juridiques complexes	361

TROISIÈME PARTIE: L'INTERDICTION D'EXERCER – UNE PREMIÈRE RÉALISATION DE LA SURVEILLANCE DES INDIVIDUS 363

Chapitre I Une nouvelle mesure de surveillance des individus..... 365

§ 1 Les fondements	365
I. Le contexte et les objectifs de l'analyse.....	365
II. Le contenu.....	369
III. La genèse.....	370
IV. Les objectifs.....	372

A.	Le droit de la surveillance.....	409
1.	Le contenu.....	409
2.	La pratique en matière de garantie d'une activité irréprochable	410
3.	La pratique en matière d'interdiction d'exercer	412
4.	La prise en compte des faits perpétrés à l'étranger	413
B.	Une violation grave	415
1.	Le concept.....	415
2.	Une notion indéterminée.....	415
3.	Les critères	417
4.	La casuistique.....	418
III.	Le statut évolutif de l'auteur.....	419
A.	L'approche.....	419
B.	Avant l'exercice de la fonction dirigeante	420
C.	Après l'exercice de la fonction dirigeante	421
§ 7	La nature juridique.....	423
I.	La qualification en droit suisse.....	423
II.	La qualification selon la CEDH	425
A.	Les litiges à caractère civil selon l'art. 6 CEDH	426
B.	Les litiges à caractère pénal selon l'art. 6 CEDH.....	428
1.	Le système	428
2.	L'application des critères à l'art. 33 LFINMA	431
2.1	La classification de l'infraction en droit national	431
2.2	La nature de l'infraction.....	432
2.3	Le but, la nature et l'importance de la sanction	437
3.	Les conséquences	440
4.	Les solutions.....	443
§ 8	Le régime.....	446
I.	Le destinataire de la décision.....	446
II.	L'étendue de l'interdiction d'exercer.....	447
A.	La durée.....	447
B.	Les fonctions dirigeantes interdites	449
C.	Le refus de prononcer une interdiction d'exercer.....	452
III.	L'information du public.....	452
Chapitre IV	La mise en œuvre	455
§ 9	L'autorité compétente: la FINMA.....	455
I.	Une surveillance intégrée des marchés financiers.....	455
II.	La division et le comité d'enforcement.....	456
III.	L'enforcement.....	458

A. Les généralités.....	458
B. La définition.....	460
C. Le droit de procédure applicable.....	460
D. La procédure d'enforcement: aperçu.....	462
1. L'investigation préalable.....	462
2. La décision d'ouverture.....	463
3. L'instruction et la clôture de la procédure.....	465
4. Les voies de recours.....	466
§ 10 Le rôle de l'établissement assujetti.....	467
I. A l'égard de la FINMA.....	467
II. A l'égard du collaborateur concerné.....	469
§ 11 La procédure contre l'individu.....	472
I. La personne concernée en tant que partie.....	472
II. Le droit d'être entendu.....	473
A. La portée et le contenu.....	473
B. Les conséquences d'une violation.....	475
C. Les aspects essentiels pour l'individu.....	476
1. L'annonce de l'ouverture d'une procédure.....	476
2. La consultation du dossier.....	477
3. L'audition.....	479
4. L'obligation de motivation.....	480
III. L'obligation de collaborer.....	482
A. L'étendue.....	482
B. Le principe «nemo tenetur se ipsum accusare».....	484
IV. Les frais de procédure.....	487
QUATRIÈME PARTIE: LES PERSPECTIVES ET LA PROPOSITION DE	
LEGE FERENDA.....	489
Chapitre I La version française.....	491
§ 12 L'évolution des concepts de surveillance.....	491
I. La surveillance prudentielle de l'individu.....	491
II. Le problème.....	494
III. Un régime d'autorisation des individus: une possible solution ?	497
A. Le contexte.....	497
B. La proposition de lege ferenda.....	498
§ 13 Les remarques finales.....	503
Chapitre II Die deutsche Fassung.....	505

§ 14 Die Entwicklung von Aufsichtskonzepten	505
I. Die prudenzielle Aufsicht über das Individuum	505
II. Das Problem	509
III. Bewilligungsverfahren für Individuen: eine mögliche Lösung? ...	511
A. Der Kontext	511
B. Der de lege ferenda Vorschlag	512
§ 15 Finale Bemerkungen	517
Répertoire alphabétique des matières	519