

NEWSLETTER – Novembre 2019



Synthèse des dispositions pénales de la Loi fédérale sur les services financiers (LSFin) et de la Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin)

Introduction

Le 6 novembre 2019, le Conseil fédéral a fixé au 1^{er} janvier 2020 l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur les services financiers (LSFin) et de la Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin) et leurs ordonnances d'exécution¹.

Cette nouvelle architecture législative entraînera des changements profonds pour les personnes assujetties, qui devront se montrer prudentes dans l'application de ces lois, compte tenu des risques pénaux encourus.

Limitation du champ d'application de la LSFin

Il faut d'emblée préciser qu'une exception importante a été introduite dans la LSFin lors des débats parlementaires quant au spectre des personnes concernées par ses dispositions pénales.

Alors que le projet initial prévoyait que les dispositions pénales s'appliquaient à tous les prestataires de services financiers soumis à la LSFin, les Chambres fédérales ont exclu du champ d'application les assujettis au sens de l'art. 3 de la Loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA) ainsi que les personnes exerçant une activité pour ceux-ci (art. 92 LSFin). Il s'agit des personnes qui doivent obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement auprès de la FINMA (art. 3 let. a LFINMA), soit les banques, maisons de titres, directions de fonds, assurances, de même que les placements collectifs de capitaux (art 3 let. b LFINMA).

La principale justification tient au fait que ces entités et personnes sont déjà soumises à une surveillance prudentielle qui dispose de tout un arsenal de mesures de surveillance pouvant aller jusqu'au retrait de l'autorisation, de la reconnaissance, de l'agrément ou de l'enregistrement (art. 37 LFINMA).

Procédure et sanction

Hormis la violation du secret professionnel (art. 69 LEFin), la violation des autres dispositions pénales constitue une contravention (art. 103 CP).

¹ Soit l'Ordonnance sur les services financiers (OSFin), l'Ordonnance sur les établissements financiers (OEFin) et l'Ordonnance sur les organismes de surveillance (OOS).

Les infractions aux dispositions pénales visées par la LSFIn et LEFin sont instruites et sanctionnées en application de la Loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA) et de la LFINMA (en tant que *lex specialis*). A ce titre, la responsabilité pénale de l'entreprise – en lieu et place de la personne physique – n'entrera en jeu que (1) s'il existe une disproportion entre les mesures d'instruction nécessaires pour déterminer les responsabilités individuelles et la quotité de la peine concrètement encourue (arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2018.47 du 26 avril 2019 consid. 5.11.3) ; (2), si l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas CHF 50'000.- (art. 49 LFINMA en tant que *lex specialis* par rapport à l'art. 7 DPA).

La poursuite des contraventions relatives aux lois sur les marchés financiers se prescrit par sept ans (art. 52 LFINMA).

La systématique des dispositions pénales de la LEFin et LSFIn apporte les remarques suivantes :

LSFin	
<p>Art. 89 Violation des règles de comportement</p> <p><i>Est puni d'une amende de 100 000 francs au plus quiconque, intentionnellement:</i></p> <p>a. donne de fausses indications ou passe sous silence des faits importants lors de l'exécution des obligations d'information visées à l'art. 8;</p> <p>b. viole gravement les obligations de vérifier le caractère approprié et l'adéquation de ses services financiers visées aux art. 10 à 14;</p> <p>c. viole les dispositions en matière de restitution des rémunérations reçues de tiers au sens de l'art. 26.</p>	<p>Cette disposition réprimera :</p> <ul style="list-style-type: none"> • l'absence ou la fausseté des informations relatives notamment aux relations économiques avec des tiers concernant les services financiers proposés (let. a cum art. 8 al. 2 let. b LSFIn) ; • la violation des devoirs de vérification du caractère adéquat et approprié desdits services (let. b) ; • le non-respect des obligations liées aux rémunérations de tiers (let. c cum art. 26 LSFIn). <p>Dans cette dernière hypothèse, le prestataire de services financiers qui n'aura pas ou insuffisamment informé le client de la perception de rétrocessions pourrait être pénalement sanctionné. La question d'un concours entre l'art. 89 let. c LSFIn et la gestion déloyale (art. 158 ch. 1 CP) se pose, puisque le Tribunal fédéral avait déjà retenu que se rend coupable de gestion déloyale le gérant de fortune qui dissimule à son client les prestations qu'il reçoit de la banque dépositaire (ATF 144 IV 294).</p>
<p>Art. 90 Violation des prescriptions relatives aux prospectus et aux feuilles d'information de base</p> <p><i>1 Est puni d'une amende de 500 000 francs au plus quiconque, intentionnellement:</i></p> <p>a. donne de fausses indications ou passe sous silence des faits importants dans le prospectus ou la feuille d'information de base visés au titre 3;</p> <p>b. ne publie pas au plus tard à l'ouverture de l'offre au public le prospectus ou la feuille d'information de base visés au titre 3.</p> <p><i>2 Est puni d'une amende de 100 000 francs au plus quiconque, intentionnellement, ne met pas la feuille d'information de base à disposition avant la souscription ou la conclusion du contrat.</i></p>	<p>Cette disposition vise principalement les émetteurs qui donnent de fausses indications ou passent sous silence des faits importants dans le prospectus et les feuilles d'information de base (let. a) ; ou les publient après l'ouverture de l'offre au public (let. b).</p>
<p>Art. 91 Offre non autorisée d'instruments financiers</p> <p><i>Est puni d'une amende de 500 000 francs au plus quiconque, intentionnellement:</i></p> <p>a. offre des produits structurés à des clients privés sans respecter les conditions fixées à l'art. 70;</p> <p>b. constitue un portefeuille collectif interne sans respecter les conditions fixées à l'art. 71.</p>	<p>La norme sanctionne le non-respect de l'art. 70 LSFIn relatif à l'offre de produits structurés (let. a) ou de l'art. 71 LSFIn relatif à la constitution d'un portefeuille collectif interne (let. b).</p> <p>L'art. 71 LSFIn prévoit que les banques au sens de la Loi fédérale sur les banques (LB) et les maisons de titres au sens de la LEFin doivent respecter certaines conditions pour constituer des portefeuilles collectifs internes. Au regard de la limitation de l'art. 92 LSFIn, l'application de cette dernière disposition sera probablement fortement limitée en pratique.</p>

LEFin

Art. 69 Violation du secret professionnel

1 Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, intentionnellement:

a. révèle un secret qui lui a été confié ou dont il a eu connaissance en sa qualité d'organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur d'un établissement financier;

b. tente d'inciter autrui à commettre une telle violation du secret professionnel;

c. révèle à d'autres personnes un secret qui lui a été confié en violation de la let. a ou exploite ce secret à son profit ou au profit d'un tiers.

2 Est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire en agissant selon l'al. 1, let. a ou c. (...).

3 Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 250 000 francs au plus.

4 La violation du secret professionnel demeure punissable alors même que la charge, l'emploi ou l'exercice de la profession a pris fin.

5 Sont réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de témoigner en justice et de renseigner l'autorité.

6 La poursuite et le jugement des infractions réprimées par la présente disposition incombent aux cantons.

Cette disposition correspond aux articles 43 de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) et 148 al. 1 let. k et l et al. 1^{bis} de la Loi fédérale sur les placements collectifs (LPCC) réprimant pénalement la violation du secret professionnel qui, à l'instar de l'art. 47 LB, ont été adaptés suite à l'initiative parlementaire 10.450 « Réprimer durement la vente de données bancaires ».

En effet, la violation du secret professionnel a été érigée en crime (art. 10 CP) lorsque la personne obtient pour elle-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire.

Art. 70 Violation des dispositions sur la protection contre la confusion et la tromperie ainsi que des obligations de déclarer

Est puni d'une amende de 500 000 francs au plus quiconque, intentionnellement:

a. enfreint la disposition sur la protection contre la confusion et la tromperie (art. 13);

b. ne fait pas à la FINMA les déclarations prescrites aux art. 11 et 15, ou fait des déclarations erronées ou tardives.

L'art. 13 LEFin oblige les établissements financiers à se doter d'une dénomination qui ne prête pas à confusion ou induise en erreur. Le non-respect de cette norme sera ainsi pénalement répréhensible.

Il en va de même de l'absence, la tardiveté ou la fausseté des déclarations relatives à l'activité irréprochable (art. 11 LEFin) et aux activités à l'étranger (art. 15 LEFin).

Art. 71 Violation des obligations d'enregistrer et de déclarer

Est puni d'une amende de 500 000 francs au plus quiconque, intentionnellement:

a. viole l'obligation d'enregistrer visée à l'art. 50;

b. viole l'obligation de déclarer visée à l'art. 51.

Les articles 50 et 51 LEFin introduisent pour les maisons de titres une obligation d'enregistrement et de déclaration des ordres et opérations qu'elles effectuent. Ces obligations existent déjà pour les participants à une plate-forme de négociation (articles 38 et 39 de la Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (LIMF)). Ces nouvelles dispositions seront applicables aux maisons de titres qui ne sont pas admises sur une plate-forme de négociation.

Observations

L'introduction de ces dispositions pénales s'inscrit dans une pénalisation croissante des règles de comportement qui pourrait s'avérer sévère pour les prestataires de services financiers. Il y a dès lors lieu de se montrer extrêmement attentif dans l'application de ces normes, au risque d'être durement réprimé.

La modification de ces dispositions pénales nécessitera à n'en pas douter la mise en place de processus internes de sensibilisation des collaborateurs aux risques pénaux encourus, ce qui n'est pas pour alléger le dispositif déjà existant au sein des intermédiaires financiers concernés.

Pascal de Preux

Associé | Partner

depreux@resolution-lp.ch

Marc-Henri Fragnière

Associé | Partner

fragniere@resolution-lp.ch

Julien Gafner

Associé | Partner

gafner@resolution-lp.ch

Françoise Martin Antipas

Associée | Partner

martinantipas@resolution-lp.ch



Av. de l'Avant-Poste 4

CP 5747 | 1002 Lausanne

T. +41 21 312 59 40 | F. +41 21 312 59 41