

ALEXANDRE
DE SENARCLENS
CHARLOTTE SÉCHAUD

LE DEVOIR D'INFORMATION SELON LA LSFIN

Quelles conséquences sur la pratique des prestataires de services et des tribunaux ?

La présente contribution a pour objectif de mettre en lumière les changements induits par la loi sur les services financiers (LSFin, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020) sur le droit à l'information dans la relation de nature contractuelle entre le client privé^[1] et son prestataire de services, dans le domaine de la gestion de fortune.

Nous présenterons d'abord le droit en vigueur jusqu'en 2019, puis les dispositions légales de la LSFIn, afin de déterminer, dans un second temps, si et dans quelle mesure celles-ci auront une incidence sur la pratique des prestataires de services financiers^[2] et des tribunaux.

1. DEVOIR D'INFORMATION: BREF RAPPEL DU CADRE JURISPRUDENTIEL POSÉ AVANT LA LSFIN

En matière d'opérations boursières, la jurisprudence distingue trois types de relations contractuelles (aujourd'hui consacrées par la LSFIn) entre le prestataire de services et le client: le contrat de gestion de fortune, le contrat de conseil en placement ainsi que le contrat de simple compte/dépôt bancaire (*«execution only»*)^[3].

L'objet exact et l'étendue du devoir contractuel d'information, mais aussi des devoirs de conseil et d'avertissement du prestataire de services financiers en lien avec les trois catégories de contrats dépendent de leur qualification^[4].

Avant la LSFIn, ces devoirs découlaient non seulement des obligations de diligence et de fidélité émanant du mandat (art. 389, al. 2, CO), mais également de l'art. 11, al. 1, let. a, LBVM.

L'art. 11 LBVM (désormais abrogé) s'appliquait aux négociants en valeurs mobilières et déployait un effet direct entre les parties^[5], en particulier lorsque le client effectuait des transactions sur des valeurs mobilières en utilisant la banque avec laquelle il était contractuellement lié^[6]. À teneur de cet article, le négociant avait envers ses clients un devoir d'infor-

mation, portant en particulier sur les risques liés à un type de transaction donné (art. 11, al. 1, let. a, LBVM). Autrement dit, l'art. 11 LBVM pouvait constituer le fondement d'une action en dommages et intérêts formée par le client à l'encontre de la banque qui violait ses obligations^[7]. Il convient de rappeler qu'il s'appliquait en particulier en cas de contrat de type *«execution only»*^[8].

En revanche, l'art. 398, al. 2, CO, qui prévoit que le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat, ne concerne que le contrat de gestion de fortune et le contrat de conseil en placement, à l'exclusion du contrat de dépôt bancaire.

Au regard de ce qui précède, les définitions légales du droit d'information étaient peu détaillées, mais fort heureusement, la jurisprudence apportait davantage d'éclaircissements à cet égard.

S'agissant du *contrat de gestion de fortune*, contrat dans le cadre duquel le client charge le prestataire de services financiers de gérer tout ou partie de sa fortune le laissant libre de déterminer les opérations boursières à effectuer dans les limites fixées par le contrat pour ce qui concerne la stratégie de placement et l'objectif poursuivi par le client^[9], la jurisprudence considère que le devoir d'information, mais aussi celui de conseil et d'avertissement du prestataire sont les plus étendus^[10]. En effet, le client doit être renseigné sur les risques des investissements qu'il envisage, conseillé au besoin de manière appropriée quant aux différentes possibilités de placements et prévenu contre la prise de décisions inconsidérées, cela en fonction du niveau propre de ses connais-



ALEXANDRE DE
SENARCLENS, AVOCAT,
LL.M., ASSOCIÉ,
REISER AVOCATS



CHARLOTTE SÉCHAUD,
AVOCATE, REISER AVOCATS

sances et de la nature des placements entrant en considération. Le gestionnaire doit donc s'informer, en questionnant son client, sur le niveau de connaissances de celui-ci et sur sa tolérance au risque [11].

Le *contrat de conseil en placement* se distingue du contrat de gestion de fortune par le fait que le client sollicite des informations et des conseils de la part du prestataire de services financiers, mais décide toujours lui-même des opérations à effectuer. Le prestataire ne peut en entreprendre que sur instructions ou avec l'accord de son client [12]. À ce titre, la jurisprudence relève que les devoirs d'information, de conseil et d'avertissement du prestataire ne sont pas fixés de manière générale, mais dépendent du type de contrat conclu et des circonstances du cas concret, notamment des connaissances et de l'expérience du client [13]. En particulier lorsque le prestataire forme une recommandation au sujet d'un titre déterminé, la jurisprudence prévoit qu'il doit connaître plusieurs éléments: la situation financière de la société émettrice, ses perspectives d'avenir, ainsi que les avis exprimés par la presse économique et les agences de cotation. Comme indiqué, l'étendue du devoir d'information du prestataire de services financiers dépend aussi des connaissances et du degré d'expérience du client, de sorte que le prestataire n'a pas de devoir d'information si le client connaît les risques de la spéculation. De plus, le prestataire de services financiers doit se renseigner sur la situation financière personnelle du client, et, notamment, sur le degré de risque que ce dernier est prêt à encourir, si le conseil qu'il donne se rapporte aussi à l'adéquation du placement envisagé [14]. Bien que la jurisprudence reconnaisse un devoir du prestataire d'avertir le client que sa stratégie n'est pas adéquate, ce devoir ne doit pas être admis trop facilement.

C'est dans le cadre du *contrat de simple compte/dépôt bancaire* («*execution only*») que le devoir d'information du prestataire de services financiers est le plus faible. En effet, ce dernier s'engage uniquement à exécuter les instructions ponctuelles d'investissements du client. Il n'est pas tenu de veiller à la sauvegarde générale des intérêts de celui-ci [15], ni d'assumer un devoir général d'information que ce soit au sujet des ordres donnés par le client, ou sur le développement probable des investissements choisis et sur les mesures à prendre pour limiter les risques [16]. En outre, le prestataire de services n'a pas à vérifier le caractère approprié de l'opération demandée par le client, ni l'adéquation de celle-ci par rapport à l'ensemble de son portefeuille. À noter que la jurisprudence reconnaît, dans certaines situations exceptionnelles, l'existence d'un devoir de mise en garde du prestataire de services [17], notamment lorsqu'il se rend compte ou devait se rendre compte que le client n'a pas identifié le risque lié au placement qu'il envisage [18], ou en cas de rapports de confiance particuliers développés dans le cadre d'une relation d'affaire durable entre le client et le prestataire de services financiers [19].

2. LES NOUVELLES PRESCRIPTIONS DE LA LSFIN

La LSFin prévoit, quant à elle, une obligation d'information clairement définie. À ce stade, il est intéressant de souligner que, pour la première fois, le devoir d'information du gérant

est inscrit et détaillé dans une loi consacrant les trois relations contractuelles détaillées sous le ch. 1 ci-dessus.

En effet, dans sa section consacrée à l'«*obligation d'information*», la LSFin impose un certain formalisme, en particulier dans les domaines suivants: le champ d'activités du prestataire de services, le «*service financier qui fait l'objet de la recommandation personnalisée*», les risques et les coûts liés audit service financier et aux instruments financiers, les relations économiques du prestataire avec des tiers (pour éviter des conflits d'intérêts) ainsi que la composition de l'«*offre du marché prise en considération pour la sélection des instruments financiers*» (art. 8, al. 1 et 2, LSFin; art. 6 ss OSFin).

À ce titre, le type de services dispensé par le prestataire doit, ici aussi, être clairement déterminé pour connaître l'étendue de l'obligation d'information. En effet, à l'instar de ce qui prévaut en droit privé, cette dernière diffère selon qu'il s'agit d'un contrat de gestion de fortune, de conseil en placement ou de simple exécution d'ordre. À noter que, comme ce qui prévalait jusqu'en 2019, l'étendue de l'obligation d'information ayant trait aux deux premiers types de contrats mentionnés est, dans le cadre de la LSFin et de son ordonnance d'application, plus large que celle résultant de la conclusion d'un contrat d'«*execution only*» [20].

S'agissant de l'information sur les risques liés au service financier, des indications sur l'instrument financier en question doivent être données au client en matière de contrat de conseil en placement portant sur des transactions isolées, alors que dans le cas du contrat de gestion de fortune et de conseil en placement prenant en compte l'ensemble du portefeuille, l'information consiste seulement en une présentation des risques auxquels la stratégie de placement choisie expose les avoirs du client (art. 7, al. 2, OSFin). En revanche, dans le cadre d'un contrat de simple compte courant («*execution only*»), à savoir lorsque l'ordre du client est passé sans que le prestataire ait donné aucun conseil (art. 11, al. 1, OSFin), une feuille d'information de base sur un instrument financier ne doit être mise à disposition du client que si celle-ci existe déjà et que sa remise n'implique pas de recherches disproportionnées pour le prestataire (art. 8, al. 4, LSFin; art. 11, al. 2, OSFin). Dans tous les cas, les clients doivent être informés des risques généraux liés aux instruments financiers, à savoir obtenir des indications sur les caractéristiques principales et le fonctionnement desdits instruments ainsi que sur les risques de pertes qu'ils présentent et les éventuels engagements qui en résultent (art. 8, al. 1, let. d, LSFin; art. 7, al. 3, OSFin). Cela se fera certainement par la remise d'une brochure semblable à celle publiée par l'Association suisse des banquiers intitulée «*Risques particuliers dans le négoce de titre*» [21].

En sus des risques et de l'offre du marché prise en considération, le devoir d'information couvre les coûts en lien avec le service financier, qu'ils soient uniques (p. ex. frais de dépôt ou de résiliation) ou récurrents (p. ex. frais de gestion ou autres honoraires). Ils peuvent être estimés de manière approximative (art. 8, al. 2, let. a, LSFin et art. 8 OSFin). Ce devoir d'information porte également sur la personne du prestataire elle-même (art. 8, al. 1, LSFin et art. 6 OSFin), en particulier sur ses coordonnées mais aussi sur son champ d'activité et sur

le régime de surveillance (nom et adresse de l'autorité de surveillance, existence d'une autorisation, organisme de surveillance, etc.), mais également sur ses éventuels liens économiques avec des tiers – les sociétés d'un groupe étant considérées comme des tiers – (art. 8, al. 2, let. b, LSFIn; art. 9 OSFin), afin d'éviter des conflits d'intérêts en relation avec le service fourni. À ce titre, il convient de relever que l'information y afférente ne sera donnée que si le prestataire ne peut exclure un conflit d'intérêts en dépit de mesures organisationnelles. De plus, l'information sur les entreprises en question ne sera donnée que dans la mesure où elle est nécessaire à la compréhension du client [22].

Dans le cadre de cette obligation d'information, la LSFIn et son ordonnance prévoient formellement le *moment auquel l'information doit être donnée*. Celle-ci doit être transmise suffisamment tôt pour donner au client le temps de comprendre les informations, soit dans un délai raisonnable, avant la conclusion du contrat ou avant la fourniture du service financier (art. 13 OSFin) [23]. L'ordonnance d'application précise que l'information portant sur les risques et les coûts engendrés doit être donnée lors de la conclusion du contrat pour les contrats de gestion de fortune ou avant la première fourniture du service pour ce qui concerne les transactions (art. 14 OSFin).

S'agissant de la forme, les informations doivent être mises sur un «support de données durable ou sur un site internet», étant précisé que, dans le second cas, le prestataire doit encore s'assurer de leur disponibilité régulière pour le client (art. 8, al. 3, et art. 9, al. 2 et 3, LSFIn; art. 12 OSFin).

En sus de cette obligation d'information, la LSFIn prévoit l'obligation de vérification (a) du *caractère approprié* ou (b) de *l'adéquation des services financiers* comme règle comportementale (art. 10 LSFIn). Dans le cadre de ces obligations, la qualification du contrat est ici aussi essentielle.

a. La première, soit l'obligation de vérifier le caractère approprié des services financiers, consiste pour le prestataire à se renseigner sur les connaissances et l'expérience du client ainsi que de vérifier que celui-ci en a compris les risques (art. 11 LSFIn; art. 16 OSFin [24]) [25]. Elle n'incombe qu'au prestataire se trouvant dans une relation contractuelle de conseil de placement lié à des transactions isolées (à différencier du contrat de conseil qui prend en compte la totalité du portefeuille) (art. 11 LSFIn).

b. La seconde oblige le prestataire à se renseigner sur la situation financière du client, à savoir la nature et le montant des revenus réguliers du client ainsi que sa fortune et ses engagements financiers actuels et futurs (art. 17, al. 1, OSFin). En outre, il l'oblige à prendre en compte les objectifs de placements du client, à savoir les indications fournies par ce dernier sur notamment la durée et le but du placement et sur sa propension au risque, ainsi que les éventuelles restrictions du placement (art. 17, al. 2, OSFin). Sur les informations qu'il a réunies, le prestataire établit un profil de risque pour chaque client et convient d'une stratégie de placement (mandat de gestion de fortune et mandat de conseil établi sur le long terme). Le prestataire peut se fier aux indications du client, à moins que des indices laissent supposer que celles-ci

ne sont pas conformes à la réalité (art. 17, al. 3, OSFin). On l'aura compris, cette obligation concerne les contrats de conseils en placement tenant compte de l'ensemble du portefeuille et le contrat de gestion de fortune.

À noter que le prestataire lié au client par un contrat de type «*execution only*» n'a pas à respecter ces obligations (art. 13, al. 1, LSFIn). Il doit toutefois informer le client de l'absence de vérification (art. 13, al. 2, LSFIn et art. 17, al. 5, OSFin).

Il existe en outre une *obligation de documenter les services financiers fournis au client* (art. 15 LSFIn), ainsi qu'une *obligation de rendre compte* (art. 16 LSFIn).

La première est plus étendue dans le cadre d'un mandat de conseil en placement où «*les besoins des clients et les motifs sous-jacents de chaque recommandation d'acquisition ou d'aliénation d'un instrument financier*» doivent être enregistrés (art. 15 LSFIn). Il est à noter que l'ordonnance prévoit que le prestataire doit pouvoir être à même de rendre compte au client des services fournis dans les dix jours. Autrement dit, il doit être prêt à mettre à disposition la documentation dans ce délai (art. 18 OSFin [26]).

La seconde obligation a trait à la remise de la documentation au client visée par l'art. 15 LSFIn. Cette documentation inclut également celle relative aux ordres reçus et exécutés, à la composition, à l'évaluation et à l'évolution du portefeuille en cas de gestion de fortune des clients, à l'évolution du portefeuille en cas de dépôts sous gestion et aux coûts. Cette reddition doit avoir lieu à la fréquence convenue avec le client et à la demande de ce dernier (art. 19 OSFin). Les comptes rendus doivent figurer sur des supports de données durables pour garantir la conservation des preuves (art. 16 LSFIn et art. 19 OSFin [27]).

3. INFLUENCE SUR LES RAPPORTS DE DROIT PRIVÉ

La question que se posent de nombreux praticiens est de savoir si l'entrée en vigueur de la LSFIn, laquelle prescrit des règles de comportement, aura une influence sur la relation de droit privé entre le client et le prestataire de services financiers.

Tout d'abord, il y a lieu de souligner que les règles de comportement prescrites par la LSFIn ne sont pas applicables à la relation de droit privé entre le prestataire de services financiers et son client. En effet, la LSFIn prescrit des obligations aux prestataires de services relevant du droit public [28]. En cas de violation de ces dispositions, l'autorité de surveillance, à savoir la FINMA, prendra les mesures appropriées de nature administrative contre le prestataire (dont notamment l'art. 33 LFINMA) et selon la violation commise, le prestataire de services financiers pourra être passible de sanctions pénales prévues aux art. 89 ss LSFIn.

Ainsi, les clients n'ont aucun moyen de faire valoir directement les exigences prudentielles de la LSFIn à l'égard de leur prestataire dans le cadre de leur relation de droit privé [29]. Cela étant, quand bien même la LSFIn ne consacre sur ce point que des règles de droit public, le Conseil fédéral a indiqué que ces prescriptions comportementales – notamment l'obligation d'information et son étendue – pouvaient avoir

un «effet de rayonnement» [30] sur la relation de droit privé entre le gérant et son client. Selon lui, le juge civil, appelé à examiner le droit à l'information entre un prestataire et son client, pourrait s'appuyer sur les règles de la LSFfin ou être influencé par celles-ci pour préciser les prescriptions de droit privé [31].

Sans que les prescriptions de la LSFfin et son ordonnance d'application soient véritablement nouvelles, il apparaît clair que le législateur a tenu à mettre l'accent sur la rigueur, la précision et le professionnalisme nécessaires que doit suivre tout prestataire de services financiers. À ce titre, la nécessité de transparence dans les risques est réaffirmée, tout comme celle des coûts et des potentiels conflits d'intérêts. À notre sens, cet effet de rayonnement aura bien lieu et sera certainement double. D'abord sur le prestataire qui reverra ses processus et sera contraint de renforcer ses prescriptions internes sur le droit à l'information notamment. Ensuite, sur le juge civil qui, lorsqu'il sera appelé à examiner le droit à l'information entre un prestataire et son client, s'y référera pour préciser des notions dans le cadre de leur relation de droit privé. En particulier, une documentation imprécise, contradictoire ou lacunaire sur les besoins du client ou les motifs

d'un investissement, ou encore le non-respect des règles organisationnelles prescrites par la LSFfin (art. 21 ss LSFfin), seront de nature à influencer un juge lorsqu'il aura à trancher la question de savoir si le client a été correctement informé des risques et du caractère approprié ou adéquat de l'investissement.

Enfin, nous noterons que les règles de comportement prévues par la LSFfin et son ordonnance d'application seront applicables progressivement dans le temps et devront être mises en œuvre au plus tard au 31 décembre 2021 (art. 105 OSFin). Les codes de conduite des organismes d'autorégulation pour les gestionnaires de fortune resteront en vigueur durant ce délai.

En conclusion, la loi sur les services financiers (LSFfin) ne constituera pas une révolution dans le droit à l'information entre le prestataire de services financiers et son client. Cela étant, elle engendrera de nouveaux processus au sein des établissements financiers dans la transmission des informations pertinentes et des avertissements au client. Enfin, bien qu'elle ne soit pas directement applicable au rapport de droit privé, elle influencera aussi les juges civils dans leurs prises de décision. ■

Notes: 1) Dans la présente contribution, seule la situation juridique des clients privés au sens de l'art. 4 LSFfin sera traitée (à distinguer des clients professionnels et institutionnels). 2) Dans la présente contribution, nous utiliserons la nouvelle terminologie de la LSFfin, à savoir le terme de «prestataire de services financiers» pour désigner une banque, un négociant en valeur mobilière/maison de titres ou un gestionnaire de fortune. 3) Arrêt 4A_593/2015 du 13 décembre 2016, consid. 7.1.1 (et la référence citée: ATF 133 III 97, consid. 7.1). 4) Arrêt 4A_593/2015 du 13 décembre 2016, consid. 7.1.1 (et la référence citée: 4A_336/2014 du 18 décembre 2014, consid. 4.2.). 5) Lombardini, *Le droit bancaire*, 2^e éd. Zurich, Bâle, Genève 2008, N. 11, p. 755 et N. 49, p. 766; notamment arrêt 4A_213/2010 du 28 septembre 2010, consid. 4. 6) Lombardini, *op. cit.*, N. 7, p. 754. 7) Lombardini, *op. cit.*, N. 11, p. 755. 8) Lombardini, *op. cit.*, N. 8, p. 754. 9) Arrêts 4A_41/2016 du 20 juin 2016, consid. 3.1; 4A_90/2011 du 22 juin 2011, consid. 2.2.1. 10) Arrêts 4A_336/2014 du 18 décembre 2014, consid. 4.2; 4A_364/2013 du 5 mars 2014, consid. 6.2. 11) ATF 124 III 155 consid. 3a et les références citées; arrêts 4A_45/2016 du 20 juin 2016, consid. 2.3 et les arrêts cités; 4A_336/2014 du 18 décembre 2014, consid. 4.2. 12) Arrêts 4A_525/2011 du 3 février 2012, consid. 3.1; 4A_90/2011 du 22 juin 2011, consid. 2.2.1; 4A_262/2008 du 23 septembre 2008, consid. 2.1; 4A_168/2008 du 11 juin 2008, consid. 2.1. 13) Arrêts 4A_336/2014 du 18 décembre 2014, consid. 4.2; 4A_364/2013 du 5 mars 2014, consid. 6.2. 14) ATF 133 III 97 consid. 7.2 *in fine*; arrêt 4A_444/2012 du 10 décembre 2012,

consid. 3.2. 15) Arrêts 4C.385/2006 du 2 avril 2007, consid. 2.1; 4A_369/2015 du 25 avril 2016, consid. 2.3. 16) ATF 133 III 97 consid. 7.1.1; arrêts 4A_336/2014 du 18 décembre 2014, consid. 4.2; 4A_364/2013 du 5 mars 2014, consid. 6.2; 4C.385/2006 du 2 avril 2007, consid. 2.1. 17) ATF 133 III 97 consid. 7.1.2; arrêts 4A_369/2015 du 25 avril 2016, consid. 2.3; 4A_271/2011 du 16 août 2011, consid. 3. 18) ATF 133 III 97 consid. 7.1.2 et 7.2; arrêt 4A_369/2015 du 25 avril 2016, consid. 2.3; cf. aussi ATF 124 III 155 déjà cité, *ibid.* 19) ATF 133 III 97 consid. 7.1.2 et 7.2; arrêt 4A_369/2015 du 25 avril 2016, consid. 2.3. 20) Commentaires de l'Ordonnance sur les services financiers (OSFin), ordonnance sur les établissements financiers (OEFfin) et ordonnance sur les organismes de surveillance (OOS) du Département fédéral des finances, 6 novembre 2019, pp. 24–25. 21) https://www.sgkb.ch/download/online/Chanzen_Risiken_WS_FR.pdf. 22) Commentaires de l'Ordonnance sur les services financiers (OSFin), ordonnance sur les établissements financiers (OEFfin) et ordonnance sur les organismes de surveillance (OOS) du Département fédéral des finances, 6 novembre 2019, p. 25. 23) Commentaires de l'Ordonnance sur les services financiers (OSFin), ordonnance sur les établissements financiers (OEFfin) et ordonnance sur les organismes de surveillance (OOS) du Département fédéral des finances, 6 novembre 2019, p. 27. 24) Commentaires de l'Ordonnance sur les services financiers (OSFin), ordonnance sur les établissements financiers (OEFfin) et ordonnance sur les organismes de surveillance (OOS) du Département fédéral des finances, 6 novembre 2019, p. 27. 25) À noter que si les clients agissent par l'intermédiaire d'un représentant, le prestataire de services financiers prend en considération, lors de la vérification du caractère approprié et de l'adéquation, les connaissances et l'expérience du représentant (art. 16 OSFin). 26) Commentaires de l'Ordonnance sur les services financiers (OSFin), ordonnance sur les établissements financiers (OEFfin) et ordonnance sur les organismes de surveillance (OOS) du Département fédéral des finances, 6 novembre 2019, p. 28. 27) Commentaires de l'Ordonnance sur les services financiers (OSFin), ordonnance sur les établissements financiers (OEFfin) et ordonnance sur les organismes de surveillance (OOS) du Département fédéral des finances, 6 novembre 2019, p. 29. 28) FF 2015 8121. 29) Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation de la loi fédérale sur les services financiers (LSFfin) et la loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin) du Département fédéral des finances du 25 juin 2014, p. 36; FF 2015 8121. 30) Pour une analyse de ce nouveau concept, voir Rayroux/Mehmetaj, «L'effet de rayonnement de la loi sur les services financiers sur le droit privé», in *Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz*, Genève/Zurich 2019. 31) Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation de la loi fédérale sur les services financiers (LSFfin) et la loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin) du Département fédéral des finances du 25 juin 2014, p. 36; FF 2015 8121.