

GUIDE PRATIQUE

concernant la **mise en œuvre** de la **surveillance** par des **mandataires**

Edition du 5 novembre 2010

But

L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA est chargée de veiller au respect des lois régissant les marchés financiers et prend notamment les décisions nécessaires à l'application de la loi sur les banques, de la loi sur les bourses, de la loi sur les placements collectifs, de la loi sur la surveillance des assurances et de celle sur le blanchiment d'argent. Dans le cadre de procédures engagées contre des intermédiaires financiers, la FINMA fait appel à des prestataires de services liés par un contrat de mandat. A cet effet, elle tient et met régulièrement à jour une liste de 70 candidats env. (experts-comptables, avocats, spécialistes du droit des marchés financiers et des procédures touchant à l'insolvabilité ou la liquidation d'intermédiaires financiers).

Le présent guide informe les personnes intéressées et futurs candidats du contenu (I.) et des conditions applicables aux mandats octroyés par la FINMA (II.), des droits et obligations des mandataires (III.) ainsi que des documents à présenter (IV.). Les droits et obligations des intermédiaires financiers concernés par une éventuelle procédure sont régis par les dispositions légales en vigueur et ne sont pas l'objet du présent guide.

I. Contenu des mandats

La tâche des mandataires consiste à élucider les faits relevant de la surveillance prudentielle auprès d'intermédiaires financiers qui exercent, ou sont soupçonnés d'exercer, des activités soumises à autorisation telles que celles relevant de la loi sur les banques (LB), de la loi sur les bourses (LBVM), de la loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), de la loi sur la surveillance des assurances (LSA) et de celle sur le blanchiment d'argent (LBA), ainsi qu'à procéder à leur assainissement ou à leur liquidation le cas échéant. La loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA) et les lois sur la surveillance prévoient plusieurs **catégories** de mandataires :

- **Chargés d'enquêtes** (art. 36 LFINMA) : ils sont chargés d'établir si les conditions d'autorisation sont remplies, en cas de violation de la loi, d'exercice d'une activité bancaire, de négociant ou d'assurance sans autorisation de la FINMA ainsi qu'en cas de risque d'insolvabilité d'un établissement surveillé par la FINMA.

- **Délégués à l'assainissement** (art. 28 à 32 LB, art. 36a LBVM) : ils interviennent en cas de risque d'insolvabilité, lorsqu'il paraît vraisemblable qu'un assainissement aboutira. Les dispositions relatives aux délégués à l'assainissement ne sont pas applicables aux établissements qui ne sont pas assujettis à la surveillance de la FINMA.
- **Liquidateurs** (art. 23quinquies al. 1 LB, art. 36 LBVM, art. 134 et 135 al. 1 LPCC, art. 52 LSA, art. 20 LBA) : ils interviennent en cas de retrait de l'autorisation ou en présence d'activités exercées sans autorisation de la FINMA. Les dispositions relatives aux liquidateurs sont ainsi applicables aux établissements, assujettis ou non à la surveillance de la FINMA, qui violent la loi sur les banques, la loi sur les bourses, la loi sur les placements collectifs ou la loi sur la surveillance des assurances.
- **Liquidateurs de faillite** (art. 33 al. 2 LB, art. 36a LBVM) : ils interviennent en cas de risque d'insolvabilité, lorsqu'un assainissement est impossible ou a échoué, et lorsque la FINMA a ouvert une procédure de faillite.
- **Experts chargés des estimations au sens de la loi sur les placements collectifs** (art. 64, 136 LPCC) : ils interviennent en cas d'irrégularités en rapport avec l'estimation des placements des fonds immobiliers ou de sociétés d'investissement immobilier.
- **Gérants au sens de la loi sur les placements collectifs** (art. 138 LPCC) : ils interviennent en l'absence de titulaire à même d'exercer l'activité selon l'art. 13 al. 2 LPCC.

II. Conditions applicables aux mandats

II.1 Principes

- **Principe de sélection ouverte** : toutes les personnes et sociétés qualifiées pour exercer une activité de mandataire de la FINMA peuvent se porter candidates à tout moment. L'évaluation des nouvelles postulations ainsi que l'actualisation des anciennes données a lieu une fois par an et mène à l'établissement d'une liste de 70 candidats environ en vue de l'octroi de futurs mandats.
- **Compétences des mandataires** : les mandataires doivent disposer des connaissances spécifiques requises et de l'expérience nécessaire.

II.2 Déroulement et sélection

La sélection des mandataires comporte deux phases :

- **Sélection générale des candidats** : outre l'impression générale dégagée par les documents présentés, les critères déterminants pour la sélection des personnes et sociétés souhaitant figurer sur la liste de candidats sont la connaissance de la législation bancaire ou de surveillance des assurances, l'expérience du droit régissant la faillite et la liquidation, les éventuelles connaissances spécifiques (informatique ou compliance par exemple), l'assise internationale, les compétences des responsables du mandat, le nombre de collaborateurs ainsi que les honoraires. Les person-

nes ou sociétés intéressées qui figurent sur la liste sont invitées à mettre régulièrement à jour les données les concernant. Il n'existe toutefois aucun droit à l'octroi d'un mandat.

- **Sélection pour un mandat spécifique** : le recrutement d'un mandataire intervient au cas par cas (le plus souvent à court terme) d'après les données qui figurent sur la liste de candidats. Les critères déterminants pour l'octroi d'un mandat spécifique sont les connaissances particulières nécessaires à l'exécution du mandat en question, la disponibilité du mandataire, les éventuels conflits d'intérêts susceptibles d'intervenir, la structure des coûts ainsi que le domaine d'intervention géographique du mandataire. Les cas complexes avec des points de rattachement internationaux exigent en général l'infrastructure et le savoir-faire d'un mandataire disposant d'un réseau international.

II.3 Mandat standard

- **L'octroi du mandat** ainsi que la description de son contenu interviennent aux termes du dispositif de la décision de nomination prise par la FINMA. La décision de nomination détermine la mesure dans laquelle le chargé d'enquête peut agir à la place des organes de l'assujéti (art. 36 al. 2 LFINMA). La FINMA communique les modalités du mandat (type et étendue du rapport par exemple) par écrit au mandataire.
- Les **coûts** liés aux prestations du mandataire sont supportés par l'établissement ou le fonds concerné. A la demande de la FINMA, l'assujéti verse une avance de frais (art. 36 al. 4 LFINMA). La structure des honoraires du mandataire est en principe fonction de ses compétences. Elle est négociée et fixée individuellement pour chaque mandat. Des décomptes de frais périodiques (hebdomadaires ou mensuels en règle générale) sont exigés pendant le mandat. La FINMA vérifie si les moyens mis en oeuvre sont justifiés par la complexité du cas, l'étendue des faits à examiner et les difficultés pratiques rencontrées dans l'administration des preuves.
- La **responsabilité** des mandataires nommés par la FINMA est régie par les dispositions de la loi sur la responsabilité (loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires ; RS 170.32) en vertu du renvoi qu'effectue l'art. 19 al. 1 LFINMA. Toutefois les mandataires de la FINMA ne sont responsables que lorsqu'ils violent des devoirs essentiels de fonction et que l'assujéti n'a pas causé les dommages en violant ses obligations (art. 19 al. 2 LFINMA).

II.4 Formation

La formation technique et l'acquisition des compétences nécessaires relèvent de la responsabilité des mandataires. La FINMA rend sa pratique accessible à tous (rapport de gestion, bulletins, site internet, communiqués de presse, etc.) et soutient l'échange d'expériences entre les mandataires. A la fin du mandat, la FINMA et le mandataire procèdent généralement à une évaluation commune du déroulement du mandat.

III. Droits et obligations des mandataires

Les droits et obligations du mandataire sont régis par les dispositions de la LB, de la LBVM, de la LPCC, de la LSA et de la LBA, ainsi que par leurs ordonnances d'exécution et sont explicités au cas par cas dans le dispositif de la décision prise par la FINMA dans le cadre de l'affaire.

- Le mandataire dispose d'un **droit d'information et de regard** complet sur tous les documents commerciaux pertinents pour le traitement du mandat, ainsi que d'un **droit d'accès** aux locaux et systèmes informatiques de l'établissement audité (art. 36 al. 3 LFINMA). La FINMA fixe au cas par cas le type et l'étendue de la recherche d'informations à effectuer par le mandataire (par exemple interrogatoire des collaborateurs et des organes de l'intermédiaire financier, implication de la société de révision).
- Le mandataire est soumis à une **obligation de conservation des documents** en rapport avec le mandat pendant la durée légale applicable, mais la FINMA garde l'entière souveraineté sur ceux-ci. Les dispositions relatives au secret de fonction sont applicables aux documents émis par la FINMA.
- Le mandataire est soumis aux dispositions relatives au **secret professionnel et au secret de fonction**. En acceptant le mandat, il s'engage à ne communiquer à des tiers les documents susmentionnés, ses conclusions et les informations qu'il a rassemblées dans le cadre de son activité de mandataire, qu'avec l'accord exprès de la FINMA.
- La FINMA convient d'entente avec le mandataire du rythme auquel les rapports devront être établis. Le mandataire est soumis à une **obligation d'information** permanente à l'égard de la FINMA ainsi qu'à une **obligation de rendre régulièrement compte** des coûts engagés.

IV. Documents à présenter

Les personnes et sociétés intéressées peuvent soumettre tout au long de l'année leur candidature comprenant les documents requis les concernant, annexes comprises, à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA, "Mandataires", Einsteinstrasse 2, 3003 Berne. Ces documents doivent permettre une évaluation portant notamment sur les points suivants :

- **Informations générales** : extrait du registre du commerce, description de l'entreprise, données personnelles y compris le lieu d'origine, formation, références, etc.
- **Qualifications particulières** : connaissances spécifiques du droit bancaire, boursier et en matière de placements collectifs, de surveillance des assurances, de blanchiment d'argent, ainsi que de celui régissant la faillite et la liquidation.
- **Structure tarifaire** : responsable du mandat, collaborateurs, secrétariat.
- **Infrastructure** : réseau international, nombre de collaborateurs pouvant être impliqués, etc.
- **Expériences particulières** : mandats de la FINMA ou autres.