

Le respect des droits fondamentaux est également valable pour les OAR

Par Lucia Gomez Richa le 26 octobre 2010

Dans un [arrêt du 7 octobre 2010](#), le TAF a confirmé une décision de la FINMA refusant d'approuver une clause statutaire d'un OAR qui prévoyait la possibilité pour celui-ci d'exclure un membre sans indication de motif et sans possibilité de recours. La clause incriminée avait été soumise pour approbation à la FINMA dans le cadre d'une révision globale des statuts de l'OAR. Celle-ci figurait déjà dans la version précédente des statuts approuvés en 1999 par l'autorité de surveillance. A l'appui de son recours, l'OAR a allégué qu'elle jouissait en matière d'exclusion de ses membres de la pleine autonomie conférée par l'art. 72 CC, en vertu duquel les statuts d'une association peuvent exclure un affilié sans indication de motif et sans possibilité de recours. Par ailleurs, la clause querellée avait déjà été approuvée, de sorte que la décision de la FINMA consacrait un changement de pratique injustifié.

Le TAF a retenu que la FINMA était compétente pour se prononcer sur la légalité de la clause incriminée. En effet, cette dernière est chargée par la loi (art. 18 al. 1 let. c LBA) d'approuver les règlements édictés par les OAR, lesquels doivent contenir les conditions d'affiliation et d'exclusion de leurs membres (art. 25 al. 3 let. a LBA).

Sur le fond, deux motifs justifient, selon le TAF, la décision de la FINMA.

Dans la mesure où ils assument des tâches publiques de mise en œuvre de la LBA, les OAR sont tenus, dans le cadre de leurs activités de contrôle de leurs affiliés, de veiller au respect des droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation (art. 35 al. 2 Cst.). Il s'agit en particulier, rappelle le TAF, des garanties de l'Etat de droit, soit de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), de l'interdiction de l'arbitraire et de la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.) ainsi que des garanties de procédures (art. 29 à 32 Cst.). S'agissant de celles-ci, la jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant la prise de décision, celui de fournir des preuves, celui d'avoir accès au dossier et celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos. Il comprend, enfin, le droit à recevoir une décision motivée et celui de voir sa cause jugée par une autorité judiciaire. Le TAF pose là un principe qui va bien au-delà de l'obligation de motiver les décisions et qui est valable pour tous les OAR. Il rajoute que le respect des droits fondamentaux est d'autant plus important qu'il est particulièrement difficile pour un membre exclu de s'affilier auprès d'un autre OAR et qu'une exclusion peut signifier l'impossibilité pour l'intermédiaire financier de poursuivre son activité.

La motivation des décisions est également nécessaire pour garantir la qualité des échanges d'informations entre la FINMA et les OAR. Selon le TAF, celle-ci est déterminante pour permettre à la FINMA de prendre, à l'égard d'un intermédiaire financier peu scrupuleux, les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal dans les meilleurs délais (art. 31

LFINMA). C'est pourquoi l'art. 27 al. 2 let. c LBA, en vigueur depuis le 1er janvier 2009, prévoit la communication sans délai par les OAR à la FINMA des décisions d'exclusion ainsi que de leur motif.

Enfin, sur la question du changement de pratique, le TAF rappelle que celui-ci doit reposer sur des motifs sérieux et objectifs. Or, il va de soi que le respect des principes constitutionnels fondamentaux constituent de tels motifs, de sorte que la FINMA était fondée à changer sa pratique et refuser l'approbation de la clause d'exclusion des membres quand bien même sa teneur avait été approuvée en 1999.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Lucia Gomez Richa, Le respect des droits fondamentaux est également valable pour les OAR, publié le 26 octobre 2010 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/fr/700/>