



Chapitre de livre

2019

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'autorégulation financière à l'épreuve de l'efficacité

Bovet, Christian

How to cite

BOVET, Christian. L'autorégulation financière à l'épreuve de l'efficacité. In: Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel. Entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique. Hottelier, Michel/Hertig Randall, Maya/Flückiger, Alexandre (Ed.). Genève : Schulthess éditions romandes, 2019. p. 53–60. (Collection genevoise. Recueils de textes)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:145419>

L'autorégulation financière à l'épreuve de l'efficacité

CHRISTIAN BOVET¹

Professeur à l'Université de Genève

Introduction

Thierry TANQUEREL est le directeur du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) de notre Faculté de droit. L'autorégulation² – un exemple « classique » de *soft law* – est donc un sujet qui l'intéresse au premier chef. Elle intervient dans de nombreux domaines, tels que les communications électroniques où, par exemple, elle définit l'un des standards omniprésents de notre vie quotidienne : le WiFi³. A l'autre extrême en quelque sorte, on trouve les directives médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM) « Diagnostic de la mort et préparation du prélèvement d'organes en vue de la transplantation d'organes »⁴. Ce document constitue une bonne illustration de l'interaction entre la loi et l'autorégulation : la loi confie au Conseil fédéral le soin d'édicter des dispositions sur la constatation du décès⁵ ; plutôt que de s'arroger une compétence technique, qui lui est en bonne partie étrangère, l'exécutif fait le choix judicieux de renvoyer à un texte établi par un groupe d'experts, à savoir l'ASSM⁶. L'autorégulation est ainsi une réalité présente à chaque moment de notre vie... jusqu'à notre mort.

¹ En raison du format choisi pour ces mélanges, l'auteur a renoncé à toutes références bibliographiques autres que celles qui suivent : Alexandre FLÜCKIGER, Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires, Rapport 2004 à la Société suisse des juristes (SSJ), RDS 2004 II, p. 159 ss; Jean – Baptiste ZUFFEREY, (Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-)réglementation en matière bancaire et financière – Thèses pour un état des lieux, Rapport 2004 à la SSJ, RDS 2004 V, p. 479 ss; Pascal ZYSSET, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht – Grundlagen, verwaltungsrechtliche Qualifikationen und rechtsstaatlicher Rahmen, Zurich 2017.

² On parle aussi couramment d'autoréglementation. L'auteur a longtemps opté pour ce mot, qui reflétait moins une mauvaise traduction de l'anglais ou de l'allemand. Avec le temps et surtout le fait que la régulation – non la « simple » réglementation – du marché joue dans ce domaine un rôle de plus en plus significatif, le choix du terme « autorégulation » s'est en fin de compte imposé.

³ Le standard pour cette technologie a été défini par l'Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) et se décline sur la base de la référence IEEE 802.11. Pour plus de détails, voir le site internet : <https://standards.ieee.org>. Eg. la notice d'information de l'Office fédéral de la communication (OFCOM) disponible à l'adresse internet : <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/telecommunication/technologie/wlan.html> (état des liens internet au 30 novembre 2018).

⁴ Ces directives sont disponibles à l'adresse internet suivante : <https://www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

⁵ Art. 9 al. 2 de la Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, du 8 octobre 2004 (Loi sur la transplantation ; RS 810.21).

⁶ Art. 7 de l'Ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine, du 16 mars 2007 qui renvoie à l'Annexe 1 de ce texte (Ordonnance sur la transplantation ; RS 810.211).

Au-delà de cette omniprésence, les nouveaux textes légaux adoptés en droit bancaire et financier en juin 2018⁷ justifient que l'on mette fortement l'accent dans cette contribution sur ces changements importants, qui montrent à quel point le législateur suisse à la fois affectionne et se méfie de l'autorégulation. L'étude de cet état de fait nous conduit, en fin de compte, à proposer quelques pistes pour évaluer l'efficacité du régime mis en place par la LEFin et la loi (révisée) sur la surveillance des marchés financiers⁸.

I. Notion

L'autorégulation peut être définie comme (a) un ensemble de normes d'organisation, de comportement ou techniques, (b) produites généralement par des organismes de droit privé, (c) spontanément ou en vertu d'une délégation étatique (explicite ou implicite), (d) avec ou sans fonction de surveillance. Ainsi :

- a) Les règles adoptées par SIX Swiss Exchange tendent le plus souvent à structurer les échanges de valeurs mobilières entre les divers types d'investisseurs, au travers ou avec des maisons de titres⁹ ; ces dispositions traitent aussi généralement, dans le même contexte, d'aspects techniques pour régir au mieux les rapports juridiques entre les différents acteurs du marché¹⁰. Quant aux directives de l'Association suisse des banquiers (ASB) concernant le mandat de gestion de fortune¹¹, elles imposent aux banques des devoirs particuliers dans la composition du portefeuille de leurs clients¹². Les objectifs poursuivis par les auteurs de ces différentes normes d'autorégulation sont eux aussi variés : (i) préparer la voie à une réforme législative¹³, (ii) prévenir une réforme législative¹⁴, (iii) interpréter des dispositions légales¹⁵ ou (iv) compléter des dispositions légales¹⁶.
- b) Ce premier groupe d'exemples montre bien que l'origine de l'autorégulation est essentiellement privée. Outre la dimension liée à la délégation législative ou réglementaire que nous aborderons au paragraphe suivant, il faut noter que l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a tenu à donner un poids

⁷ Loi fédérale sur les établissements financiers, du 15 juin 2018 (LEFin ; FF 2018 3675 [futur RS 954.1]) et Loi fédérale sur les services financiers, du 15 juin 2018 (LSFin ; FF 2018 3733 [futur RS 950.1]).

⁸ Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, du 22 juin 2007 (LFINMA ; RS 956.1).

⁹ Jusqu'à la fin décembre 2018, on parlera encore de « négociants en valeurs mobilières » conformément à l'art. 2 lit. d de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières, du 24 mars 1995 (LBVM ; RS 954.1). Cette loi sera abrogée par l'entrée en vigueur de la LEFin et de la LSFin (note 7). Voir ég. note 43.

¹⁰ P.ex. Règlement relatif au négoce de SIX Swiss Exchange, du 12 février 2010, passim. Outre sur le site internet de SIX Swiss Exchange (https://www.six-group.com/exchanges/participants/regulation_fr.html), ce texte a été publié in : Luc THÉVENOZ / Urs ZULAUF, BF 2017 – Réglementation et autoréglementation des marchés financiers en Suisse, Berne 2017, D-11.01.

¹¹ BF 2017 (note 10), D-01.19.

¹² P.ex. art. 8 des Directives précitées (note 11).

¹³ Tel était en particulier le cas de la Convention XVI de l'ASB relative au traitement des demandes de renseignements de la Securities and Exchange Commission des Etats-Unis sur les abus d'informations privilégiées. Voir à ce propos ATF 112 Ib 145.

¹⁴ Si c'était le but initial d'une partie des acteurs du secteur financier suisse, il faut reconnaître que cet objectif n'a pas été atteint par la Convention de l'ASB relative à l'obligation de diligence des banques (CDB) (BF 2017 [note 10], D-01.17). La nouvelle version de ce texte, datée du 13 juin 2018, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020 (CDB 20), elle est disponible sur le site internet de l'ASB à l'adresse : https://www.swissbanking.org/fr/medias/news/cdb-20-de-nouvelles-regles-en-matiere-de-blanchiment-d-argent?set_language=fr.

¹⁵ En particulier les Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres, du 18 septembre 2008 (BF 2017 [note 10], D-01.06), qui tendent à assister les membres de l'ASB dans l'application de l'art. 11 LBVM.

¹⁶ A titre d'illustration, les Directives relatives aux Notes de débiteurs étrangers, du 14 mai 2001 (BF 2017 [note 10], D-01.02).

significatif à certaines normes d'autorégulation en les désignant expressément comme des standards minimaux dont les sociétés d'audit doivent vérifier le respect¹⁷ ; ce qui implique notamment que les réviseurs doivent consigner dans leur rapport le résultat d'éventuelles mesures d'audit¹⁸. Cela va même plus loin : par ce biais, la FINMA indique clairement que la violation de ces standards minimaux est contraire à la garantie d'une activité irréprochable¹⁹.

- c) Dans plusieurs domaines, le législateur a tenu à octroyer expressément à des acteurs du marché un rôle déterminé voire fort en termes de production et d'application de normes d'autorégulation ; le rôle de ces organismes est alors non seulement institutionnalisé mais aussi institutionnel. La position de SIX Swiss Exchange²⁰ et des organismes d'autorégulation en matière de lutte contre le blanchiment²¹ sont une parfaite illustration de cela ; l'avènement des organismes de surveillance selon la LEFin va encore élargir les perspectives actuelles²². Le caractère général de certaines règles légales constitue aussi parfois plus qu'une invitation à les concrétiser par des dispositions professionnelles plus précises ; c'est le cas, en l'état²³, des règles de conduite de l'ASB applicables aux négociants en valeurs mobilières²⁴. Enfin, les praticiens peuvent librement faire le choix d'édicter des normes gouvernant une activité spécifique, comme les directives de l'ASB sur l'analyse financière. Outre l'inscription de ces documents dans la liste de la Circulaire 2008/10²⁵, l'autorité de surveillance peut les valider par divers procédés allant d'une mention dans un communiqué de presse²⁶ à une référence explicite dans une ordonnance²⁷.
- d) Naturellement, la mise en œuvre de l'autorégulation dépend au premier chef des participants au marché. Plusieurs groupes de règles requièrent souvent des contrôles,

¹⁷ Circulaire FINMA 2008/10 : Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (BF 2017 [note 10], B-08.10).

¹⁸ Idem, chiffre marginal (« Cm ») 3.

¹⁹ En particulier, art. 3 al. 2 lit. c de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934 (LB ; RS 952.0) et art. 10 al. 2 lit. d LBVM. Comme rappelé dans l'ATAF 2010/39 (arrêt TAF B-5535/2009 c. 4.1.3 p.12, du 6 mai 2010, ég. publié au Bulletin FINMA 2/2011, p. 40) : « Ces personnes doivent en outre se comporter correctement en affaires et respecter la législation en vigueur – soit les dispositions en matière bancaire et boursière mais également civile et pénale –, les directives et la pratique des autorités de surveillance, ainsi que les usages de la profession et les directives internes ».

²⁰ Voir notamment, art. 8, 27 et 35 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, du 19 juin 2015 (LIMF ; RS 958.1).

²¹ En particulier, art. 24 de la Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, du 10 octobre 1997 (LBA ; RS 955.0).

²² Infra section III.

²³ Cette situation devrait évoluer après l'entrée en vigueur, vraisemblablement le 1^{er} janvier 2020, de l'ordonnance sur les services financiers ([P-JOSFin]. Le projet de cette ordonnance a été mis en consultation jusqu'au 6 février 2019. Ce dernier texte est disponible avec les autres projets d'ordonnances sur les établissements financiers (P-OEFin) et sur les organismes de surveillance dans la surveillance des marchés financiers (P-OOS) sur le site internet de la Confédération à l'adresse : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-72655.html>.

²⁴ Voir supra note 15.

²⁵ Voir supra note 17.

²⁶ A titre d'illustration, voir le communiqué de presse de la FINMA du 4 décembre 2014 : « La FINMA reconnaît les directives concernant les avoirs en déshérence », où l'autorité de surveillance souligne notamment que : « Ces directives reflètent les nouvelles exigences posées par la législation bancaire en matière de traitement des avoirs en déshérence ». Ce communiqué est disponible sur le site internet de la FINMA à l'adresse : <https://www.finma.ch/fr/news/2014/12/aktuell-nachrichtenlose-20141204/>. Eg. le communiqué de presse de la FINMA du 2 juillet 2014 : « Financement hypothécaire : la FINMA approuve les modifications en matière d'autorégulation », disponible à l'adresse : <https://www.finma.ch/fr/news/2014/07/mm-selbstregulierung-hypothekbereich-20140702/>.

²⁷ Art. 35 de l'Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier, du 3 juin 2015 (OBA-FINMA ; RS 955.033.0).

typiquement lorsque le législateur a délégué à un organisme tant la production de normes que la vérification de leur application. Cette fonction peut être concrétisée de diverses façons : en intégrant cette mission dans les tâches de la société d'audit²⁸, en prévoyant l'intervention régulière ou ponctuelle de collaborateurs de l'organisme concerné²⁹ ou, carrément, de l'autorité de surveillance elle-même³⁰. Ces opérations s'accompagnent généralement d'un pouvoir de, respectivement, recommander ou ordonner des mesures et/ou des sanctions³¹.

II. Bases légales actuelles

Le fondement général de l'autorégulation bancaire et financière est l'actuel art. 7 al. 3 LFINMA selon lequel : « La FINMA soutient l'autorégulation ; elle peut lui reconnaître une valeur de standard minimal et la transposer dans ses règles de surveillance »³². Dans son message de 2006³³, le Conseil fédéral formule une véritable déclaration de foi en faveur de cette *soft law* :

« L'autorégulation a fait ses preuves dans le secteur financier : notamment les banques, les fonds de placement, les bourses et les organes de lutte contre le blanchiment d'argent se sont dotés de systèmes efficaces d'autorégulation [34]. L'inscription de ce principe dans la loi et son interaction avec la surveillance des marchés financiers varient toutefois selon le secteur considéré. La [LFINMA] ne modifie en rien cette situation. Elle oblige simplement [la FINMA] à favoriser l'autorégulation et à lui laisser toute la latitude nécessaire »³⁵.

L'exécutif a été largement suivi par le législatif sur ce point puisque, d'une part, le Parlement a adopté pour ainsi dire tel quel l'art. 7 al. 3 figurant dans le projet du Conseil fédéral. D'autre part, comme nous l'avons vu, il a maintenu et développé les délégations législatives aux organismes d'autorégulation gouvernant des pans importants du secteur bancaire et financier suisse³⁶.

III. Régime « 2020 »

La réforme liée aux nouvelles LSFIn et LEFin laisse inchangé l'art. 7 al. 3 LFINMA. En revanche, il est difficile de prédire l'impact que la modification de l'art. 7 al. 2 LFINMA, apportée dans le cadre des travaux parlementaires, aura sur la production de normes d'autorégulation. En effet, les Chambres ont décidé d'ajouter dans cette dernière règle légale une précision qui a son poids, à savoir : « La FINMA n'adopte des ordonnances et des circulaires que dans la mesure où les buts visés par la surveillance le requièrent *en se limitant*

²⁸ Voir art. 59 CDB 20 (note 14).

²⁹ P.ex. art. 36 à 38, 43 et 45 des Statuts de l'organisme d'autoréglementation de la Fédération suisse des avocats et de la Fédération suisse des notaires (OAR FSA/FSN), du 9 décembre 2014, disponibles à l'adresse internet : <http://www.sro-sav-snv.ch/fr/bases-legales/reglementation-oar>.

³⁰ Art. 24 LFINMA.

³¹ P.ex. art. 61 ss CDB 20 (note 14).

³² Voir supra note 17.

³³ Message du Conseil fédéral concernant la Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIn), 1^{er} février 2006, FF 2006 p. 2741 ss.

³⁴ La note de bas de page 39, à la p. 2773 du message (note 33), pourrait donner l'impression que les deux auteurs de l'ouvrage cité (à savoir le « BF » de Luc THÉVENOZ et Urs ZULAUF, précité [supra note 10], dans son édition de 2005) attesteraient de l'efficacité de ce système. Toutefois, il n'en est rien, dans la mesure où cet ouvrage est « simplement » un compendium bien connu (et très apprécié) des praticiens du droit bancaire et financier.

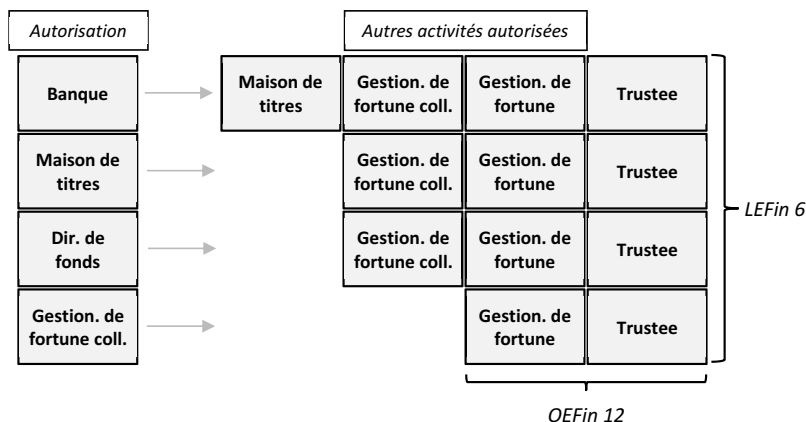
³⁵ FF 2006 p. 2741 ss (note 33), p. 2773 s.

³⁶ P.ex. supra notes 20 et 21.

autant que possible à définir les principes »³⁷. Cette nouvelle cautèle vient renforcer la réserve initiale de la proportionnalité figurant dans cette disposition. Selon les procédés décrits dans la section précédente, des associations professionnelles pourraient vouloir combler ce qu'elles considéreraient comme des lacunes de la réglementation ou, à tout le moins, préciser les « principes » édictés par le régulateur.

Les développements les plus intéressants concernent cependant le nouveau régime gouvernant les organismes de surveillance et devant entrer en vigueur en janvier 2020. S'agissant en particulier des gestionnaires de fortune³⁸ et des trustee³⁹, le parlement a mis en place un système relativement compliqué, à trois étages :

- a) Ces établissements financiers⁴⁰ doivent obtenir une autorisation de la FINMA, qui vérifiera si toutes les conditions ordinaires et spéciales sont remplies. On mentionnera à titre d'exemples une organisation adéquate, la garantie d'une activité irréprochable, des fonds propres suffisants, une gestion appropriée des risques, des dirigeants qualifiés, des dépôts de valeurs patrimoniales faits séparément pour chaque client auprès d'une banque ou d'une maison de titres. L'art. 6 LFin institue un régime d'autorisation en cascade qui permet (i) à une banque d'opérer aussi en tant que maison de titres, gestionnaire de fortune collective, gestionnaire de fortune ou trustee ; (ii) à une maison de titres *ou* à une direction de fonds en tant que gestionnaire de fortune collective, gestionnaire de fortune ou trustee ; et (iii) à un gestionnaire de fortune collective en tant que gestionnaire de fortune ou trustee. On peut présenter cela schématiquement ainsi :



³⁷ Souligné par l'auteur.

³⁸ A teneur de l'art. 17 al. 1 LFin : « Est réputé gestionnaire de fortune quiconque peut, sur la base d'un mandat, disposer à titre professionnel, au nom et pour le compte de clients, de leurs valeurs patrimoniales au sens de l'art. 3, let. c, ch. 1 à 4 LSFIn ».

³⁹ Selon l'art. 17 al. 2 LFin : « Est réputé trustee quiconque, à titre professionnel, gère un patrimoine distinct ou en dispose en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sur la base de l'acte constitutif d'un trust au sens de la Convention du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ».

⁴⁰ L'art. 2 al. 1 LFin incorpore dans cette définition les gestionnaires de fortune, les trustee, les gestionnaires de fortune collective, les directions de fonds et les maisons de titres.

On ajoutera à cela que le gestionnaire de fortune peut et doit par ailleurs obtenir une autorisation complémentaire pour agir en tant que trustee⁴¹, et réciproquement⁴².

- b) La LEFin et la LFINMA confient la « surveillance courante » des gestionnaires de fortune et des trustees à des organismes de surveillance⁴³. Ceux-ci sont des entités privées qui devraient avoir la qualité de personne morale de droit suisse⁴⁴. Ils feront eux aussi l'objet d'une procédure d'autorisation par la FINMA⁴⁵, ce qui implique notamment que l'organisme doit bénéficier d'un financement solide et durable⁴⁶ et, comme les personnes chargées de sa gestion, doit présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable⁴⁷. La loi ne définit pas précisément ce qu'il faut entendre par « surveillance courante » et invite dès lors le Conseil fédéral à en déterminer « les principes et le contenu »⁴⁸. Dans son projet d'ordonnance d'octobre 2018, l'exécutif se borne à indiquer que : « Lors de la surveillance courante, l'organisme de surveillance évalue aussi bien les risques liés à l'activité des assujettis que ceux liés à leur organisation »⁴⁹. Pour le surplus, il laisse le soin à la FINMA de « fixer périodiquement [...] quels sont les points que l'organisme de surveillance doit au minimum vérifier lors de la surveillance courante »⁵⁰. En l'état, on est encore assez éloigné du niveau de granularité qui définit les « affaires de grande portée »⁵¹, pour lesquelles le conseil d'administration de la FINMA est compétent.
- c) La loi institue une compétence et une responsabilité primaires de l'organisme de surveillance d'intervenir⁵² auprès du gestionnaire de fortune ou du trustee qui aurait enfreint le droit de la surveillance ou commis « d'autres irrégularités »⁵³, pour qu'il corrige cette situation dans un délai fixé⁵⁴. Si celui-ci n'est pas respecté, l'organisme de surveillance doit en informer immédiatement la FINMA⁵⁵. Ce mécanisme à double détente ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 29 al. 2 LFINMA qui impose aux assujettis et à leurs sociétés d'audit de renseigner sans délai l'autorité de surveillance de et sur tout fait important susceptible de l'intéresser ; l'art. 11 al. 1 lit. a P-OOS constitue une illustration – et non une liste exhaustive – de cela, en exigeant de l'organisme de surveillance qu'il communique immédiatement à la FINMA les infractions graves et les autres irrégularités qu'il n'est pas possible d'éliminer lors de la surveillance courante ou pour lesquelles il ne semble pas efficace de fixer un délai de régularisation.

⁴¹ Art. 12 al. 1 P-OEFin.

⁴² Art. 12 al. 2 P-OEFin.

⁴³ En particulier, art. 61 al. 2 LEFin, ainsi que 43a et 43b de la LFINMA révisée conformément au ch. 16 de l'annexe à la LEFin (ci-après « nLFINMA »).

⁴⁴ Art. 3 al. 1 P-OOS.

⁴⁵ Art. 43c al. 1 nLFINMA.

⁴⁶ Art. 5 s. P-OOS.

⁴⁷ Art. 4 P-OOS.

⁴⁸ Art. 43b al. 3 nLFINMA.

⁴⁹ Art. 10 al. 1 P-OOS.

⁵⁰ Art. 10 al. 2 P-OOS.

⁵¹ Art. 9 al. 1 lit. b LFINMA et 2 al. 3 du Règlement d'organisation FINMA (disponible sur le site de cette autorité à l'adresse : <https://www.finma.ch/fr/finma/organisation/corporate-governance/reglement-d-organisation/>).

⁵² De manière malheureuse, la version française de l'art. 43b al. 2 LFINMA utilise le verbe « inviter ». Les textes allemand et italien sont plus fermes, respectivement : « [...] so setzt sie der oder dem geprüften Beaufsichtigten eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes » et « [...] l'organismo di vigilanza impartisce all'assoggettato alla vigilanza un congruo termine per il ripristino della situazione conforme ».

⁵³ La notion de droit de la surveillance comprenant le plus souvent l'autorégulation, ces « autres irrégularités » tendent avant tout à favoriser une interprétation large du pouvoir d'action des différents organismes et autorités.

⁵⁴ Art. 43b al. 2, phr. 1, nLFINMA.

⁵⁵ Art. 43b al. 2, phr. 2, nLFINMA.

IV. Efficacité

Il est difficile de mesurer exactement l'efficacité d'un mode de régulation, ne serait-ce que parce que la qualité de celle-ci est largement tributaire de sa mise en œuvre. Sans prétention d'exhaustivité, on peut cependant proposer une série de questions qui, selon les réponses qui y seront données, permettront d'offrir une première appréciation des choix opérés par le législateur :

- L'organisme de surveillance est-il soumis à un régime d'autorisation ?
 - Celui-ci porte-t-il uniquement sur la structure et les organes de cet organisme ? Quelles sont les conditions posées dans ce cadre ? Est-ce que, notamment, une indépendance totale des organes par rapport aux membres assujettis est assurée et dûment vérifiée ?
 - Ce régime d'autorisation inclut-il aussi les textes centraux relatifs non seulement au fonctionnement de cet organisme mais aussi au comportement des membres qui lui sont assujettis ? L'autorité de surveillance propose-t-elle voire impose-t-elle en amont des exigences minimales ?
 - Une distinction claire est-elle par exemple faite entre les textes à caractère technique et ceux liés au comportement des assujettis ? A-t-on pris le soin de s'assurer que la première catégorie n'interférerait pas avec la seconde, pour laquelle une surveillance plus intense devrait généralement être opérée ?
- Comment l'organisme de surveillance est-il saisi en cas de manquements au droit de la surveillance, y compris en cas de possible violation des normes d'autorégulation ?
 - Peut-il s'en saisir d'office ou est-ce qu'un organe interne ou externe doit intervenir ?
 - Est-ce qu'un tiers, par exemple un client lésé, peut dénoncer le cas à l'organisme de surveillance et le cas échéant, toutes conditions remplies, se voir reconnaître la qualité de partie à une éventuelle procédure ?
 - Lorsque l'organe compétent pour ordonner des mesures et/ou prononcer des sanctions est saisi, un autre organe interne ou externe peut-il mettre un terme à cette procédure, typiquement par un retrait ?
 - Comment sont formalisées les différentes étapes de la procédure et quelles informations sont transmises à la FINMA et à quel(s) moment(s) ?
 - Quelles sont les règles de procédure applicables devant l'organisme de surveillance ?
 - Quelles sont les voies de recours contre ses décisions ?
- Quels contrôles sont mis en place pour vérifier précisément la mise en œuvre de l'autorégulation et, plus largement, la qualité de la surveillance par l'organisme d'autorégulation ?
 - Celui-ci effectue-t-il personnellement des contrôles ou ces derniers ne sont opérés que par des tiers, typiquement les organes de révision des assujettis ?
 - La FINMA contrôle-t-elle régulièrement les organismes de surveillance ? De quelle manière ?
 - L'autorité de surveillance peut-elle elle-même contrôler des assujettis ? Est-ce que cette compétence est limitée à des situations particulières voire exceptionnelles ou, au contraire, n'est sujette à aucune restriction et peut être exercée par exemple auprès d'assujettis sélectionnés de façon aléatoire ?
 - Quelle est la fréquence de ces différents contrôles ?
- Quelles exigences la loi et la réglementation posent-elles sur le plan de l'audit ?

- Quelles compétences particulières sont exigées des réviseurs externes des assujettis et quelles sont leurs obligations en termes de *reporting* ?
- Quelles compétences particulières sont exigées des réviseurs externes des organismes de surveillance et quelles sont leurs obligations en termes de *reporting* ?
- Quel cadre la loi met-elle en place pour la communication entre l'autorité de surveillance et les organismes d'autorégulation ?
 - Quelles informations ceux-ci sont-ils tenus de transmettre à l'autorité de surveillance ? Dans quels délais et selon quelle fréquence ?
 - Est-ce que la FINMA a la faculté d'exiger tous types d'informations de la part des organismes de surveillance ? A-t-elle un plein accès aux dossiers de l'organisme de surveillance, sans aucune réserve ni condition ?
 - Est-ce que la FINMA a la faculté de transmettre des informations à l'organisme de surveillance ?
 - Selon quelle fréquence les organismes de surveillance doivent-ils fournir des rapports à la FINMA et quel est alors leur contenu ?
 - Plus généralement, comment est assurée la coordination des actes de surveillance entre la FINMA et les organismes de surveillance ?
- Est-ce que l'organisme de surveillance prend toutes les mesures pour instaurer auprès de ses assujettis une véritable culture du respect du droit ?
 - Quelles sont les exigences en termes d'organisation de la *compliance* ?
 - Des exigences sont-elles prévues en termes d'audit interne et de contrôle et de gestion des risques à partir d'une certaine taille ?
 - Quelles sont les exigences en termes de formation ?
- Est-ce que la loi a prévu un mécanisme d'évaluation régulière de l'efficacité de l'autorégulation ?

Conclusion

L'autorégulation ajoute une certaine complexité à un régime de surveillance qu'on a déjà parfois de la peine à appréhender : la double autorisation (organismes de surveillance et assujettis) combinée à une double surveillance (organismes de surveillance et FINMA) impliquent notamment une coordination et des contrôles relativement lourds. On ne saurait cependant rejeter ce mode de régulation pour ces seules raisons. Ces inconvénients doivent être mis en balance avec des avantages comme une meilleure compréhension du marché, qui ne devrait cependant pas conduire, par exemple pour un manque d'indépendance, à des conflits d'intérêts. La démonstration de l'efficacité d'un régime d'autorégulation réside avant tout dans les faits, c'est-à-dire sa mise en œuvre, plus que dans le volume des normes adoptées. Le juriste détient rarement la vérité et sait qu'elle est le plus souvent au moins imparfaite dans le processus législatif comme judiciaire. C'est pourquoi il y a lieu de laisser le dernier mot au poète, plus précisément à Raymond QUENEAU, pour qui : « la simplicité est la pierre de touche des bonnes idées »⁵⁶.

⁵⁶ La citation complète est : « Pour en venir à l'idée en question, il s'agissait simplement - mais la simplicité est la pierre de touche des bonnes idées - de poser chaque jour aux lecteurs de L'intransigeant trois questions concernant Paris ». Raymond QUENEAU, *Connaissez-vous Paris ?*, Paris 2011, p. 8.