

2016 EN BREF

Outre les statistiques relatives aux cas de médiation et aux affaires en déshérence, l'analyse de deux thèmes principaux et la présentation de 27 exemples choisis, le rapport fait également ci-dessous un tour d'horizon des questions qui ont occupé l'Ombudsman durant l'année sous revue.

LSFIN

Dans son rapport 2015 (p.13), l'Ombudsman a loué le message adopté en novembre 2015 par le Conseil fédéral relatif à la loi sur les services financiers, en particulier les propositions visant à améliorer les devoirs d'information et de documentation ainsi que celles concernant les organes de médiation. Le Conseil fédéral comblait également une lacune évidente en matière de protection des clients, à savoir celle des coûts importants et parfois prohibitifs des procès civils: une nouvelle disposition du Code de procédure civile qui facilite l'obtention d'une décision judiciaire par l'allègement des frais et dépens à payer par les clients. Aux yeux de l'Ombudsman, le Conseil fédéral surmontait ainsi une difficulté majeure de manière simple et élégante. De plus les coûts de mise en œuvre et d'application de cette solution seraient probablement bien moindres que ceux relatifs à d'autres dispositifs plus complexes ne donnant aucune garantie d'efficacité par rapport aux buts recherchés. L'Ombudsman regrette dès lors que le Conseil des États n'ait pas suivi le Conseil fédéral sur ce point et repoussé à des temps indéterminés le traitement de cette question pourtant urgente, en particulier dans les services financiers. En effet, chaque citoyen possède une ou plusieurs relations bancaires. Par conséquent, le potentiel conflictuel est bien plus important que dans les autres domaines de consommation de biens ou de services et il convient que le système de gestion des différends soit approprié. L'obtention d'une décision de justice à des coûts raisonnables, après une procédure de médiation ayant donné un résultat insatisfaisant aux yeux du client, ne saurait être considérée comme une exigence procédurale disproportionnée dans un Etat de droit moderne. Le Conseil national n'a pas encore pris de décision mais, compte tenu des positions déjà connues de sa commission en charge du projet, il est très probable qu'il suivra le Conseil des Etats.

PRINCIPES D'ÉVALUATION EN CAS DE LITIGE SUR DES FRAIS ET COMMISSIONS BANCAIRES

L'Ombudsman est régulièrement confronté à des requêtes de clients portant sur des litiges liés aux frais et commissions bancaires. Ce fut tout particulièrement le cas pendant l'exercice sous revue. Simultanément, le thème des frais et commissions bancaires a donné lieu à des discussions dans la presse, poussant le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) à intervenir auprès des banques dont les frais et commissions avaient fait l'objet en 2015 d'une analyse du Surveillant des prix. L'Ombudsman a en conséquence décidé de revoir et d'actualiser ses principes d'évaluation en cas de litige sur des frais et commissions bancaires, qui avaient déjà été présentés dans le rapport annuel

2003. Ces principes prévoient que des frais et commissions bancaires ne sont normalement dus que s'ils reposent sur une convention entre la banque et le client. Toute révision tarifaire unilatérale doit être signifiée en temps utile au client par la voie qui est habituelle pour lui. L'Ombudsman ne peut en règle générale pas se prononcer sur l'adéquation de frais ou de commissions donnés, dans la mesure où ses règles de procédure précisent que les questions de politique commerciale et tarifaire générale des banques ne relèvent pas de sa compétence. Il intervient par contre à partir du moment où le montant des frais lui semble illicite. Ce chapitre aborde en outre des questions touchant aux frais individuels et forfaitaires, aux plafonds de frais et aux fourchettes de frais, et il esquisse les exigences de l'Ombudsman en matière de transparence et de clarté des règlements tarifaires. Pour finir, l'Ombudsman s'exprime sur les commissions dites «de non-résiliation» en cas de non-respect du délai de préavis frappant les retraits d'avois sur les comptes d'épargne. Toutes ces thématiques sont illustrées par des exemples au chapitre «Recueil de cas» (cf. pages 21–23).

SUISSES DE L'ÉTRANGER

Les Suisses de l'étranger ont un besoin légitime de détenir un compte bancaire en Suisse et de pouvoir recourir à une vaste gamme de services financiers de la part des établissements en Suisse. Au cours de l'exercice sous revue, diverses requêtes et réclamations émanant de Suisses de l'étranger ont été soumises à l'Ombudsman, étant donné que de nombreuses banques ont réexaminé leurs activités transfrontalières dans une optique de risque et de rentabilité, et adapté en conséquence leurs modèles d'affaires dans ce domaine. Sachant que, dans plupart des pays, les règles juridiques en matière de surveillance bancaire et de protection des investisseurs ainsi que le droit pénal fiscal ne tiennent pas compte de la nationalité mais du domicile du client, le fait qu'un client résidant dans un pays tiers possède ou non un passeport suisse ne fait aucune différence pour ce qui est des risques juridiques et de réputation à prendre en considération par les banques en Suisse. Tout comme les autres clients étrangers, les Suisses de l'étranger ont donc eux aussi été touchés à différents égards par des évolutions négatives, notamment des hausses de frais ou l'instauration de frais supplémentaires pour les clients étrangers, des restrictions à la gamme de services mise à leur disposition jusqu'à la résiliation pure et simple de la relation, ainsi que l'exigence d'apporter la preuve de leur probité fiscale. Tant qu'un Suisse de l'étranger se plaignait en termes généraux à l'Ombudsman de décisions stratégiques de cette nature prises par sa banque, ce dernier n'a en règle générale rien pu faire de plus que d'expliquer le

contexte de ces modifications et de conseiller au client, en renvoyant aux plateformes d'information adéquates, de rechercher une solution plus économique pour lui. Si, toutefois, le client dénonçait un comportement fautif spécifique de la part de sa banque, l'Ombudsman a procédé à une évaluation pour vérifier si la banque avait respecté les principes prévus par le contrat et la loi en cas de modification ou de résiliation de la relation d'affaires. En outre, il a examiné aussi ces cas particuliers au regard du critère de l'équité.

RECUEIL DE CAS

HYPOTHÈQUES À TAUX FIXE

En 2016 également, nombreux sont les clients qui ont consulté l'Ombudsman parce qu'ils ne comprenaient pas le principe de l'hypothèque à taux fixe ni toutes les conséquences qu'elle pouvait impliquer. On peut se demander si les spécificités de ce type d'opération avaient été suffisamment expliquées par les conseillers ou si les clients, séduits par des taux d'intérêt historiquement très attractifs, avaient renoncé à se renseigner davantage et prêté trop peu d'attention aux risques. Bien souvent, c'est une perte d'emploi, un divorce ou d'autres motifs qui entraînent la vente d'un bien immobilier et, partant, le remboursement anticipé d'une hypothèque à taux fixe. Ces remboursements prématurés sont généralement assortis de frais de résiliation anticipée élevés. En cas de base contractuelle claire en la matière, l'Ombudsman ne peut normalement être d'aucune aide au client dans de telles situations. Il en va autrement lorsque le comportement de la banque est critiquable du point de vue de l'équité. Si, par exemple, un client souhaite quitter sa banque avant l'heure parce qu'il en est globalement insatisfait, alors même que le contrat signé avec la banque n'autorise de résiliation anticipée de son hypothèque qu'en cas de vente du bien immobilier, on peut se demander en particulier s'il est vraiment dans l'intérêt de la banque de retenir le client pendant un certain nombre d'années supplémentaires. Dès lors que le client est prêt à dédommager la banque en cas de résiliation anticipée, c'est-à-dire à la replacer dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, les banques acceptent parfois, même pour ce type de contrat, le remboursement anticipé. Se pose aussi de temps à autre la question de savoir si la banque a l'obligation de contacter le client suffisamment tôt avant l'échéance d'une hypothèque à taux fixe dans l'optique d'un financement subséquent. Certains contrats prévoient la prorogation, à l'échéance, de l'hypothèque à taux fixe sous forme d'une hypothèque à taux variable si le client omet de la résilier en temps utile. Vu le niveau généralement plus élevé des taux qui s'appliquent actuellement aux hypothèques à taux variable, le client sera bien avisé d'examiner son contrat au moment opportun et de prendre lui-même contact avec sa banque si celle-ci ne se manifeste pas. Même si le client attend un tel service de la banque, il n'existe habituellement aucune obligation contractuelle pour cette dernière

de contacter le client. La situation peut se présenter différemment lorsque la banque a besoin, pour décider de proroger une hypothèque à taux fixe, de documents complémentaires (avis d'imposition, expertises du bien, etc.). Dans ce cas, l'Ombudsman estime que l'on peut légitimement attendre de la banque qu'elle se manifeste suffisamment tôt auprès du client avant l'échéance du délai de préavis et qu'elle lui signale ce besoin d'informations. Ce sera le seul moyen pour le client, en cas de désaccord avec sa banque, de prendre à temps ses dispositions pour trouver un autre financement (cf. pages 24 / 25).

CONSEIL EN PLACEMENT ET GESTION DE FORTUNE

Dans ces cas, la question qui se pose en règle générale à l'Ombudsman est de savoir si la banque s'est acquittée convenablement des obligations lui incombant en matière de conseil. Très succinctement, il s'agit avant tout de déterminer si le client a été informé, en tenant compte de son niveau de connaissances, des risques et spécificités des placements recommandés, si ces placements correspondaient à la propension au risque et à la capacité de risque du client et si les recommandations de la banque n'ont pas entraîné une diversification insuffisante du portefeuille du client. Le non-respect ou la mauvaise exécution de ces obligations peut engager la responsabilité de la banque – à condition bien sûr que cette dernière ait réellement exercé une fonction de conseil et non fourni un simple service d'exécution («execution only» en langage technique). Sachant que ce type de prestation est habituellement fourni oralement, la question de la preuve se pose régulièrement lors des procédures de médiation conduites dans ce cadre. En sa qualité de médiateur, l'Ombudsman ne mène pas de procédures d'administration de preuves avec des auditions formelles de parties ou de témoins. Il doit ainsi souvent renoncer à statuer sur différentes versions du contenu des discussions. Celles-ci jouent un rôle déterminant dans l'examen du litige. C'est notamment le cas lorsque le fardeau de la preuve incombe au client. L'exigence d'informer le client sur le produit et les risques en fonction de son niveau de connaissances soulève elle-même des questions de fait et d'appréciation. Si le client a déjà investi à plusieurs reprises dans des actions et produits obligataires, il suffira sans doute de lui remettre une brochure à caractère général sur les risques. Si, par contre, le client effectue pour la première fois un autre type de placement, la banque aura intérêt à l'informer en détail sur son fonctionnement et sur les risques liés à une telle transaction en documentant ses démarches comme il convient (cf. pages 28).

ABUS ET ESCROQUERIE

Dans cette catégorie, l'ingéniosité et l'énergie criminelle des escrocs semblent malheureusement sans limites. L'Ombudsman est régulièrement confronté à des cas de préjudices importants susceptibles de mettre les clients concernés dans des situations difficiles. Outre les fraudes à la carte bancaire ou à la carte de crédit rapportées par les médias ainsi que les escroqueries récurrentes dites de «l'astuce du neveu», visant surtout des

clients âgés, les ordres de paiement falsifiés sont également à l'ordre du jour. La vigilance ou au contraire l'imprudence du client joue un rôle déterminant dans la survenance de ces risques de fraude. Tout ce que peut faire l'Ombudsman, c'est rappeler régulièrement combien il importe de conserver soigneusement les cartes bancaires et cartes de crédit, les codes NIP correspondants ainsi que les relevés et autres documents bancaires. S'agissant en particulier des ordres de paiement falsifiés, les escrocs disposent fréquemment d'éléments tels que les numéros de compte, soldes en compte et spécimens de signature du client, dont l'utilisation donne à la banque l'impression qu'il s'agit d'ordres légitimes du client. La banque doit, bien entendu, faire preuve de la diligence requise lorsqu'elle reçoit des ordres de paiement écrits. Outre un examen attentif de la signature du client (qui peut d'ailleurs évoluer légèrement au fil du temps), elle vérifiera aussi dans la mesure du possible la présence éventuelle d'autres indices de falsification. Elle n'a toutefois aucune obligation systématique de présumer dans chaque cas qu'il y a tentative d'escroquerie. L'exécution des ordres de paiement ayant généralement un caractère d'urgence, la banque doit peser le pour et le contre et décider soit de procéder à des vérifications auprès du client en prenant le risque d'un retard d'exécution, soit de considérer comme acceptables les différences observées par rapport au spécimen habituel. D'ordinaire, les clients qui en sont victimes acceptent mal les pertes dues à des ordres de paiement écrits falsifiés. L'Ombudsman doit pour sa part établir dans de telles situations si la banque, eu égard aux circonstances du cas d'espèce, s'est acquittée correctement de ses obligations de diligence lors de la réception de l'ordre (cf. pages 29 / 30).

BOURSE ET DÉPÔTS

Dans ce domaine, l'Ombudsman a été confronté à des causes diverses et multiples de litiges entre les clients et leur banque. Les réclamations des clients allaient de l'exécution incorrecte ou tardive d'ordres aux dommages subis du fait de limites non respectées ou non atteignables pour des ordres stop loss, en passant par l'insatisfaction au sujet des cotations fixées. L'Ombudsman peut avoir en l'occurrence un long et laborieux travail de clarification à effectuer. La condition préalable est toutefois que le client fournisse à l'Ombudsman des éléments circonstanciés et concluants et justifie ses prétentions de manière plausible. L'Ombudsman doit parfois rappeler qu'il ne peut, sur la foi de reproches d'ordre général, mener des investigations à proprement parler pour examiner la situation et enquêter sur d'éventuels manquements de la banque à ses obligations. En cas d'ordre de bourse mal ou tardivement exécuté (les retards d'exécution imputables à la banque peuvent être à l'origine de demandes de dommages et intérêts substantiels), le client aura tout intérêt à informer immédiatement la banque et, le cas échéant, faute d'accord avec celle-ci, à passer une nouvelle fois son ordre, afin de prévenir ou de réduire tout dommage. Si le client joue simplement l'attentisme tout en sachant qu'une transaction n'a pas été exécutée selon

ses instructions, on pourra argumenter qu'il l'a alors acceptée et qu'il répond donc des gains tout comme des pertes susceptibles de survenir à partir de ce moment-là. En outre, l'Ombudsman doit souvent rappeler au recourant l'obligation de contrôle et de réclamation incombant au client. Si un client met en doute les cotations du teneur de marché (p. ex. pour des options d'achat) ou soupçonne même une manipulation des cours, un gros travail de clarification peut être nécessaire. Mais bien souvent, notamment dans le cas d'une manipulation alléguée des cours, il faudra aussi signaler les limites de la procédure de médiation (cf. pages 31 – 34).

TRAFIC DES PAIEMENTS, CHÈQUES ET CARTES

Les ordres de paiement des clients sont de plus en plus souvent passés sous forme électronique. Le client peut ainsi saisir directement son ordre dans le système de paiement de la banque à partir de son navigateur Web. Les banques proposent aussi souvent à prix réduit des solutions logicielles éditées par des tiers qui permettent au client de saisir tranquillement ses paiements sur son propre ordinateur avant de les transmettre en bloc à sa banque. Les outils électroniques (tels que les stylos de numérisation) servent à éviter les erreurs de saisie manuelle (p. ex. dans les numéros de référence inscrits sur les bulletins de versement). En matière d'ordres de paiement, la responsabilité de la banque consiste à exécuter l'ordre reçu en temps utile et avec la diligence requise conformément aux indications du client. Sauf erreurs manifestes de saisie, le paiement est généralement exécuté de manière entièrement automatique, sans aucune intervention manuelle de la banque. L'Ombudsman est régulièrement confronté à des cas où des mentions incorrectes du client occasionnent pertes et problèmes. Si, par exemple, le client effectue un virement international en se trompant dans le numéro de compte (IBAN) du bénéficiaire, il peut arriver que le montant soit crédité à un autre client auprès de la banque destinataire sise à l'étranger. De nos jours, un recouplement du numéro de compte avec le nom du bénéficiaire n'est plus que rarement effectué à l'étranger (et même en Suisse, selon les conditions générales de la banque), et seul l'IBAN détermine l'inscription au crédit. La responsabilité de libeller correctement un ordre écrit ou électronique appartient sans conteste au client. En cas de paiement incorrect imputable à une erreur de saisie du client, l'Ombudsman considère que la banque doit, sitôt qu'elle a connaissance de l'erreur, prendre les mesures raisonnablement exigibles de sa part pour annuler le paiement ou demander sa restitution et contribuer ainsi à éviter la survenance d'un préjudice. Si, toutefois, le montant a déjà été crédité au bénéficiaire illégitime, une restitution ne sera en général possible qu'avec l'accord de ce dernier et la banque du client n'aura donc plus d'influence directe sur ce point. Le fait que la banque retarde l'exécution d'un ordre de paiement sans motif valable (cela se produit aussi de temps à autre) peut occasionner des préjudices substantiels. Se pose alors la question de la responsabilité de la banque, qui peut, selon les dispositions contractuelles applicables et les

circonstances, être engagée à hauteur de la perte d'intérêts liée au retard, voire à hauteur de l'intégralité du dommage consécutif subi (cf. pages 35 – 38).

FAITS ET CHIFFRES

Par rapport à 2015, le nombre de cas réglés (oralement et par écrit) a diminué de presque 2%, passant de 2103 à 2068. Abstraction faite des années 2008, 2009 (crise financière) et 2013 (rétrocessions), il s'agit là du deuxième chiffre le plus élevé jamais atteint après celui de 2015. On recense les nombres de cas les plus élevés dans le domaine «Comptes, trafic des paiements, cartes» (en particulier en ce qui concerne les questions relatives aux frais et commissions bancaires ainsi que le statut d'étranger, l'escroquerie et les questions de légitimation) ainsi que dans le domaine «Crédits, hypothèques» où a prédominé, comme en 2015, la question des taux négatifs (et notamment de leurs conséquences sur le calcul des indemnités de résiliation anticipée) (cf. pages 48 – 57).

RELATIONS PUBLIQUES

L'Ombudsman s'adresse au public lors d'une conférence de presse annuelle. A cette occasion, il présente son rapport de l'exercice précédent ainsi que quelques thèmes d'actualité de l'année en cours. Cette conférence de presse est complétée par le site Internet où sont publiés les présentations à la presse, le rapport annuel ainsi que de nombreux exemples tirés de la pratique quotidienne. On y trouve également d'autres informations importantes, telles que la réglementation applicable à l'Ombudsman, la procédure à suivre, des informations sur les avoirs en déshérence ou encore des déterminations sur des questions spécifiques. Lors de sa présentation publique du 30 juin 2016, l'Ombudsman a notamment abordé le projet de loi sur les services financiers, la question des taux négatifs en rapport avec les hypothèques à taux fixe et fait part de ses premières constatations après la première publication des avoirs depuis longtemps en déshérence.

En 2016, l'Ombudsman a procédé à des échanges de vues avec des représentants de l'Autorité de surveillance des marchés financiers FINMA, avec des juges de paix ainsi qu'avec d'autres médiateurs du domaine public ou privé. Il a rencontré des représentants de divers établissements financiers et des membres de son office ont pris part activement au groupe de travail de l'Association suisse des banquiers relatif à la problématique des avoirs en déshérence. Une rencontre a aussi eu lieu entre la présidente et le vice-président du Conseil de fondation, d'une part, et le président et le directeur de l'Association suisse des banquiers, d'autre part.

Tout au long de l'année, l'Ombudsman a répondu aux sollicitations de la presse, de diverses associations professionnelles ou de protection des consommateurs. Lui-même ou son suppléant se sont en outre exprimés dans une dizaine de forums et de conférences et ont participé activement aux réunions du réseau

européen des médiateurs financiers (FIN-NET) ainsi qu'à la conférence annuelle mondiale des médiateurs financiers (INFO Network). Lors de cette dernière, l'Ombudsman a présenté le système suisse de gestion des avoirs en déshérence ainsi que l'impact des développements internationaux en matière fiscale sur les clients des banques suisses.

AVOIRS SANS CONTACT ET EN DÉSHÉRENCE

En plus de ses activités traditionnelles de Centrale de recherche d'avoirs, l'Ombudsman assume aussi depuis décembre 2015, en qualité de Centrale d'annonce, de multiples tâches concernant la publication des avoirs en déshérence de longue date (www.dormantaccounts.ch). Cette publication, relayée par les médias, a eu pour effet secondaire d'attirer l'attention d'un vaste public sur la possibilité de recherche offerte depuis plus de 20 ans par l'intermédiaire de l'Ombudsman et de faire progresser de 34% le nombre de questionnaires retournés, qui s'est établi à 714 lors de l'exercice sous revue. Au total, les ayants droit ont ainsi pu récupérer 62 relations de clientèle (12,7 millions de CHF et sept compartiments de coffre-fort) en 2016. Depuis 2001 (l'année d'introduction du système actuel de recherche), la Centrale de recherche de l'Ombudsman a identifié au total 449 relations de clientèle sans contact et en déshérence, permettant aux ayants droit de récupérer des avoirs d'une valeur de 85,1 millions de CHF ainsi que le contenu de 51 compartiments de coffre-fort (cf. pages 58 – 65).

OFFICE DE L'OMBUDSMAN

Le parc informatique de l'Ombudsman a été intégralement renouvelé en 2016. Il a été procédé non seulement au remplacement du matériel (ordinateurs) mais aussi, en fin d'année, à la mise en place du système de gestion des dossiers conçu en coopération avec un éditeur de logiciels suisse. Cela a permis de réunir sur une seule et même plateforme le support informatique des processus des deux domaines d'activité de l'Ombudsman (les procédures de médiation et la recherche d'avoirs sans nouvelles) et d'en assurer ainsi la simplification. Le projet a été mené à bien en respectant les délais et le budget impartis. Le nouveau logiciel tout comme les ordinateurs répondent aux exigences d'une infrastructure informatique moderne en termes de sécurité, de fonctionnalité et d'efficacité.

Aucun changement n'est intervenu au sein du personnel de l'Ombudsman par rapport à 2015. L'équipe se compose de huit spécialistes chevronnés et qualifiés (cf. page 66). Compte tenu des tâches supplémentaires à assumer dans le domaine de la publication des avoirs en déshérence de longue date et étant donné que PostFinance a rejoint l'institution de l'Ombudsman au 1^{er} juin 2016 suite à son adhésion à l'Association suisse des banquiers, le Conseil de fondation a donné son accord à la création d'un poste à temps plein supplémentaire en 2017.