

LSFin/LEFin: quelles conséquences pour les gérants de fortune indépendants en Suisse?

Préambule

Comme l'a relevé à juste titre le 22 janvier 2016 M. Daniel Roth, chef du service juridique du département fédéral des finances (DFF), lors du déjeuner organisé par le GSCGI, l'entrée en vigueur des nouvelles lois sur les services financiers (LSFin) et sur les établissements financiers (LEFin) aura un impact significatif sur les activités des gérants de fortune indépendants. Après un bref rappel de la chronologie de ces projets de lois, nous vous fournirons un aperçu de leur contenu respectif ainsi que des changements qui en résulteront pour les gérants indépendants. Cet article est basé sur la présentation faite lors des séminaires organisés conjointement par notre Etude et BDO SA les 10 et 12 novembre 2015 à Lausanne et à Genève.

I. Chronologie des projets de lois

En 2012, le Conseil fédéral donne le mandat au DFF d'entamer les travaux préparatoires pour une réglementation transectorielle des produits et services financiers et de leur distribution, ce en collaboration avec le Département fédéral de justice et police et la FINMA. Cette décision se fonde en grande partie sur le document de position de la FINMA publié en février 2012 intitulé «Règles applicables à la distribution».

Le projet est mis en consultation en juin 2014. Il regroupe la loi sur les services financiers (LSFIN) et la loi sur les établissements financiers (LEFIN). Le projet résulte du constat d'une protection insuffisante des clients dans le droit actuel, de l'existence d'inégalités de traitement entre les établissements financiers et d'une harmonisation nécessaire du droit suisse des marchés financiers avec les normes internationales. La procédure de consultation a lieu entre le 27 juin 2014 et le 17 octobre 2014.

Une fois la procédure de consultation terminée et les prises de position analysées, le DFF publie son rapport contenant un compte-rendu de la procédure.

En juin 2015, le Conseil fédéral prend des décisions de principe en vue de la rédaction du Message unique accompagnant les projets de lois, soit notamment une légère extension des



Me Adrienne Salina
AVOCATE – LL.M. BANKING & FINANCE

règles de formation et de perfectionnement par rapport à l'avant-projet, la validation d'une transparence complète concernant les avantages reçus de tiers sans toutefois interdire les rétrocessions et autres rémunérations, la suppression du renversement du fardeau de la preuve en cas de violation des obligations d'information et d'explication, la suppression du

fonds pour les frais de procès prévu initialement, la renonciation à des règles d'actions collectives, l'extension de la surveillance aux trustees et aux négociants en métaux précieux, la validation du système d'autorisation en cascade et la suppression des obligations de diligence accrues en matière fiscale.

Le Message, ainsi que les projets de lois, sont approuvés par le Conseil fédéral le 4 novembre 2015. Normalement, ils seront soumis au Parlement lors de l'une des sessions du premier semestre 2016. S'agissant de textes législatifs réglant des domaines techniques et le principe même de ces projets étant admis, ceux-ci ne devraient plus subir de modifications profondes.

En définitive, la LSFIn et la LFin devraient entrer en vigueur en 2017 ou en 2018.

II. Contenu des projets de lois

Afin d'avoir une idée claire des changements qu'impliquera cette nouvelle réglementation pour les gérants de fortune indépendants, il est indispensable de bien comprendre l'articulation entre les deux lois et le contenu de chacune d'elles.

A. Loi sur les services financiers (LSFin)

Avec la loi sur les services financiers (LSFin), le législateur poursuit deux objectifs : créer des conditions de concurrence uniforme et améliorer la protection du client. Le champ d'application de la loi s'étend, en plus des prestataires de services financiers, aux conseillers à la clientèle. Ainsi, quelle que soit la structure au sein de laquelle sont exercées les activités de gestion de fortune (*établissement bancaire, gestionnaire de fortune collective, direction de fonds ou gestionnaire de fortune*), les mêmes règles de comportement s'appliquent.

Parmi les dispositions générales du projet de loi, est ancrée l'obligation pour les prestataires de services financiers de classer leurs clients entre clients privés et clients professionnels. Les intermédiaires financiers soumis à la LFin entrent dans la catégorie des clients professionnels. Une possibilité d'opting-out pour les clients privés fortunés et d'opting-in pour les clients professionnels et institutionnels est prévue. De cette manière, le législateur garantit une certaine flexibilité dans le degré de protection de l'investisseur.

Un titre de la loi est consacré aux exigences en matière de formation et de perfectionnement des conseillers à la clientèle et des prestataires de services financiers. Il est cependant prévu que les prestataires de services financiers définiront les normes minimales spécifiques applicables à la branche et que, cas échéant, le Conseil fédéral fixera les exigences minimales par voie d'ordonnance. A ce stade, les exigences en la matière ne sont dès lors pas connues. S'agira-t-il pour les gérants de

fortune d'être titulaire d'un diplôme en particulier ou de disposer plutôt d'une expérience professionnelle ainsi que de suivre des formations continues données? L'avenir nous le dira.

Les règles de comportement applicables aux prestataires de services financiers sont contenues dans la LSFIn. Partant, les règles de conduite actuellement contenues dans la loi pour certains prestataires de services financiers (*on pense notamment aux articles 20 et suivants de la loi sur les placements collectifs de capitaux - LPCC; RS 951.31*) et émanant des organismes d'autorégulation (OAR) et associations professionnelles pour les gérants de fortune indépendants seront ainsi unifiées. Le projet de loi contient en outre un chapitre dédié à l'organisation des prestataires de services financiers. Ainsi, les conseillers à la clientèle ont l'obligation d'être enregistrés dans un registre qui est tenu par un ou plusieurs organe(s) d'enregistrement agréé(s) par la FINMA. Les dispositions relatives aux mesures organisationnelles et de prévention des conflits d'intérêts à mettre en place seront précisées par voie d'ordonnances puis certainement par les autorités de surveillance.

La LSFIn contient également les règles applicables aux documents à produire pour quiconque propose des valeurs mobilières. En principe, un prospectus doit être publié. Il y a toutefois une série d'exceptions selon le type d'offre ou selon le type de valeurs mobilières concerné. Pour les instruments financiers, une feuille d'information de base doit être établie préalablement. Avec ces dispositions, les règles que l'on connaît pour les placements collectifs de capitaux sont uniformisées pour tout type d'instrument financier.

En sus des règles applicables à la fourniture de services financiers, le projet mis en consultation contenait des principes régissant les éventuelles prétentions civiles du client dans le domaine des services financiers, en particulier le renversement du fardeau de la preuve en vertu duquel le client n'a pas à prouver la violation des dispositions légales, mais il appartient au prestataire de services d'apporter la preuve du respect des obligations légales. Au vu des résultats de la consultation, ces règles ont finalement été retirées du projet. En effet, rien ne justifiait que des règles de procédure différentes s'appliquent dans le domaine des marchés financiers et soient intégrées dans une loi spéciale. Nous relevons toutefois ici que, à la lecture de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fardeau de la preuve semble déjà incomber aux intermédiaires financiers. Nous ne pouvons dès lors qu'encourager les gérants indépendants à être particulièrement prudents et à documenter un maximum leurs relations avec les clients ainsi que les raisons ayant motivé la prise d'une décision spécifique. Cela pourrait s'avérer utile dans une éventuelle procédure intentée par le client.

Finalement, il est prévu que l'autorité de surveillance à laquelle seront soumis les prestataires de services financiers contrôle le respect des exigences fixées dans la loi.

B. Loi sur les établissements financiers (LEFin)

Avec la LEFin, le législateur a pour objectif de régler la surveillance de l'ensemble des prestataires de services financiers pratiquant la gestion de fortune dans un même texte.

Une liste des établissements financiers soumis à la loi est énoncée au début de la loi. Chacun de ces établissements doit obtenir une autorisation pour exercer ses services. Un système d'autorisation en cascade est mis en place. En vertu de ce système, le titulaire d'une autorisation "supérieure" peut exercer d'autres activités dans le domaine des marchés financiers sans avoir besoin de solliciter une nouvelle autorisation (*par exemple, une banque peut opérer en tant que maison de titres, gestionnaire de fortune collective, gestionnaire de fortune ou trustee sans solliciter d'autorisation supplémentaire*). La seule exception concerne l'autorisation en tant que direction de fonds. Dans ce cas, une autorisation ad hoc est nécessaire quelle que soit l'autorisation dont l'établissement financier est titulaire. Les conditions d'autorisation sont en principe reprises des lois actuelles, sans changement matériel. L'idée de tout régler dans une même loi était de mettre tous les prestataires de services financiers au même niveau d'exigences (*«Same business, same rules»*). En matière d'organisation, le projet de loi est volontairement vague afin que les autorités de surveillance puissent mettre en œuvre le principe de proportionnalité dans la détermination de l'organisation adéquate.

Des dispositions spécifiques à chacun des types d'établissements financiers sont toutefois prévues. En principe, celles-ci ne comportent aucune nouveauté matérielle par rapport aux dispositions disséminées actuellement dans les différentes lois.

Les gérants indépendants sont visés par les articles 16 à 19. Ils sont distingués des gestionnaires de fortune collective (actuels gestionnaires LPCC). Les trustees sont également mentionnés et doivent remplir les mêmes exigences que les gestionnaires de fortune.

Les gestionnaires de fortune collective qui sont actuellement exclus du champ d'application de la LPCC en vertu de l'exception de minimis (*Cf. art. 2 al. 2 let. h LPCC*), mais soumis à la LBA, sont soumis au régime applicable aux gestionnaires de fortune. Ainsi, les gestionnaires de fortune collective qui gèrent de faibles volumes ne sont plus exclus du champ d'application de la loi comme le prévoyait la LPCC, mais sont soumis à un régime plus léger, soit au régime applicable aux gestionnaires de fortune.

Le champ d'application de la LPCC est réduit à ce qui n'est pas couvert par la LEFin, soit aux placements collectifs de capitaux

en tant que produits, à la garde de placements collectifs de capitaux et à la représentation de placements collectifs de capitaux en Suisse. L'obligation d'obtenir une autorisation en tant que distributeur est abrogée.

Les gérants de fortune (actuels gérants indépendants) et les trustees sont soumis à la surveillance de l'organisme de surveillance défini dans la loi sur l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (*LFINMA; RS 956.1*) tandis que les autres établissements financiers restent surveillés par la FINMA. Il s'agit d'une nouveauté fondamentale par rapport au régime actuel. Ce nouvel organisme à créer (*inspiré du système américain FINRA*) est habilité à délivrer des autorisations, à surveiller et à prononcer des sanctions pour les gérants de fortune. Il doit être autorisé par la FINMA et est assujéti à sa surveillance. Personne ne connaît encore la forme que celui-ci prendra. Tout au plus connaît-on les conditions d'autorisations telles qu'elles sont inscrites dans les nouveaux articles 43c et suivants de la LFINMA. Cet organisme doit avoir son siège en Suisse et être dirigé effectivement depuis la Suisse. Il doit disposer des moyens financiers et des ressources en personnel nécessaires à la réalisation de ses attributions et d'une direction en qualité d'organe exécutif. La majorité des personnes chargées de l'administration et des membres de la direction doivent être indépendants des assujétiés à l'organisme de surveillance.

Avec l'entrée en vigueur de la LEFin, les gestionnaires LPCC et autres instituts actuellement soumis à une surveillance prudentielle ne subiront pas de changement majeur. En effet, la plupart des dispositions qui leur sont applicables sont reprises dans la LEFin. Seuls des travaux de mise à jour de leur réglementation interne seront nécessaires. Par contre, les gérants indépendants subiront des changements importants. Ils seront en effet nouvellement soumis à une surveillance prudentielle et non plus exclusivement à une surveillance portant sur le respect des obligations de diligence en matière de lutte anti-blanchiment d'argent et sur le respect des règles de conduite pour la gestion de fortune. Par ailleurs, ils seront soumis à la surveillance du nouvel organisme de surveillance qui sera créé (*et non plus à la surveillance de la FINMA ou d'un OAR*). Des obligations supplémentaires en matière d'organisation et des garanties financières devront être respectées. Pour ce dernier point, les gérants indépendants auront toutefois la possibilité de conclure une assurance responsabilité civile. De surcroît, des règles de comportement seront ancrées dans la LFin et leur seront pleinement applicables de par la loi. Le respect de ces règles fera l'objet d'un audit dans le cadre de la surveillance prudentielle.

Pour les gérants qui auront désormais besoin d'une autorisation, des délais transitoires sont prévus.

Par ailleurs, afin de tenir compte de l'ancienneté de certains gérants de la place et de limiter les conséquences de la nouvelle réglementation pour ceux-ci, le législateur a prévu une clause de protection des droits acquis («Grandfathering»). Ainsi, les gérants indépendants actifs depuis au moins quinze ans et qui n'acceptent plus aucun nouveau client seront dispensés de l'obligation d'obtenir une nouvelle autorisation. Cette dispense ne s'applique cependant pas aux gestionnaires de fortune collective considérés comme des gestionnaires de fortune en vertu de la règle *de minimis*.

III. Prochaines étapes et délais à respecter

Les projets de lois vont être soumis au Parlement dans le courant du premier semestre 2016. La LSFIn et la LEFin entreront vraisemblablement en vigueur début 2018. Dès leur entrée en vigueur, les gérants de fortune indépendants auront un délai de 6 mois pour s'annoncer. Cela coïncidera en principe avec la fin du 1er semestre 2018. Ils auront en outre un délai de 2 ans pour se conformer aux nouvelles règles et déposer une demande d'autorisation, soit a priori jusqu'au 31 décembre 2019. Si ces délais peuvent sembler lointains, les nouvelles exigences en termes d'organisation ainsi que la probable charge financière représentée par la procédure d'autorisation à engager et par la surveillance accrue dont ils feront l'objet nécessitent que les gérants indépendants entament dès à présent une réflexion au sujet de la forme que prendra leur activité à moyen terme. Selon notre analyse et les premières discussions avec des gérants indépendants, la tendance devrait aller vers une consolidation du marché avec, à terme, une réduction du nombre de gérants au profit d'entités plus grandes et de la création de «plateformes» de gérants de fortune.

Conclusion

Le domaine des marchés financiers est un domaine en perpétuelle évolution. Cela implique un suivi réglementaire accru de la part des acteurs du marché afin de se conformer à temps aux nouvelles normes et de prendre les dispositions organisationnelles nécessaires en conséquence.

Les nouvelles réglementations prévues vont bouleverser l'architecture suisse des marchés financiers. Il faut saluer ici une simplification du système par rapport à ce qui existe actuellement. En effet, tous les gérants de fortune seront désormais soumis à une surveillance prudentielle. Cela permettra de clarifier la situation actuelle, notamment pour les gérants qui devaient adhérer à des règles de conduite afin de ne pas être tenus, dans certains cas, d'obtenir une autorisation en tant

que distributeur au sens de la LPCC. Par ailleurs, la dichotomie actuelle de la surveillance par la FINMA et par un OAR pour les mêmes acteurs n'a plus lieu d'être.

Toutefois, de nombreuses inconnues subsistent à ce stade. On pense notamment à la création de l'organisme de surveillance voué à prendre en charge la surveillance des gérants de fortune indépendants après l'entrée en vigueur de ces nouvelles lois, qui est laissée au marché. Par ailleurs, les dispositions d'application de la LSFIn et de la LEFin ne sont pas encore connues et contiendront des précisions importantes notamment quant aux obligations d'organisation et de formation dans le domaine de la gestion de fortune. Difficile donc de prévoir ce qui se passera concrètement le moment venu. Dans ce contexte d'incertitude, notre Etude suit attentivement ce dossier afin de vous tenir informés des démarches à entreprendre en temps utile et de vous épauler dans vos relations avec les autorités de surveillance.

Me Adrienne Salina

AVOCATE – LL.M. BANKING & FINANCE

T&CO SA, Avocats

adrienne.salina@tandco-avocats.ch

Durant ses études universitaires auprès de l'Université de Fribourg, Adrienne Salina développe un intérêt particulier pour le droit commercial et le droit bancaire. Ses études terminées, elle effectue son stage d'avocat en l'étude Hartmann Dreyer à Fribourg. Après l'obtention de son brevet d'avocat, Adrienne Salina entame sa carrière auprès d'un grand groupe d'assurance. Elle rejoint ensuite l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA, auprès de laquelle elle se spécialise dans les domaines de la lutte contre le blanchiment d'argent ainsi que des placements collectifs de capitaux durant près de quatre ans. Dans le cadre de la fonction occupée au sein de la Division «Marchés», Adrienne Salina est amenée à effectuer un suivi des développements nationaux et internationaux en matière de blanchiment d'argent et de criminalité financière et à traiter des questions à ce sujet, à apporter son soutien aux différentes sections de la FINMA en ce qui concerne les questions liées à la lutte contre le blanchiment d'argent et la criminalité financière (en particulier la Division «Banques»). Elle est en outre chargée de la surveillance des organismes d'autorégulation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ainsi que des organisations professionnelles proposant des règles de conduites en matière de gestion de fortune et de la surveillance, sous l'angle de la réglementation en matière de blanchiment d'argent, des intermédiaires financiers directement soumis à la FINMA (IFDS). En tant que spécialiste au sein de la division «Asset Management», Adrienne Salina est amenée à traiter des procédures d'autorisation de gestionnaires de placements collectifs de capitaux, de directions de fonds, de banques dépositaires ainsi que de placements collectifs, des questions d'assujettissement ainsi que des questions de policy et de réglementation dans le domaine de la gestion d'actifs institutionnelle. En parallèle, Adrienne Salina complète son expérience par un LL.M. en droit bancaire et financier à l'Université de Genève. En avril 2015, elle rejoint l'étude T&CO. Ses domaines de prédilection sont le droit des marchés financiers, le droit des affaires et le droit des contrats.