

Nouvelle mutation de l'environnement réglementaire à l'horizon pour les gérants de fortune indépendants: la Suisse veut faire évoluer sa Loi fédérale sur les services financiers.



FRÉDÉRIQUE BENSAÏHEL
FBT Avocats



PIERRE-OLIVIER ETIQUE
FBT Avocats

Surveillance prudentielle, changement de cap en vue

Les gérants de fortune indépendants bénéficient en Suisse d'un cadre légal et réglementaire très souple. Ainsi, chacun peut offrir en Suisse des services de gestion de fortune s'il respecte les exigences fixées par la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) et se conforme, en cas d'offre des parts de fonds de placement dans le cadre d'un mandat de gestion, aux règles de conduite établies par l'association professionnelle à laquelle il est affilié. Ce régime, fondé sur l'autorégulation et qui constitue une «exception helvétique», est appelé à disparaître.

Sur mandat du Conseil fédéral, le Département fédéral des finances (DFF) a publié, le 18 février 2013, un rapport relatif à un projet de «Loi sur les services financiers» (FIDLEG) ci-après dénommé le «Rapport DFF». Ce document pose les bases d'une future réglementation qui s'appliquerait de manière transversale à tous les acteurs du marché et à tous les produits financiers. L'objectif est double. D'une part, il s'agit d'améliorer la protection du client, un objectif qui, favorisé par le contexte de crise financière de 2008 et les pertes subies par les investisseurs suite à la faillite de la banque d'affaires Lehman

Brothers et la fraude Madoff, se trouve au cœur de la plupart des récentes initiatives législatives en matière bancaire et financière au plan international. D'autre part, le projet FIDLEG doit permettre à la Suisse d'adapter son droit des marchés financiers aux standards européens, en particulier la directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers, qui est en cours de révision (projet MiFID II), dans la perspective d'un accès des prestataires suisses au marché européen des services financiers.

L'un des grands axes de cet impor-

tant chantier législatif est d'assujettir tous les gérants de fortune à un régime de surveillance prudentielle. Ce dernier ne concernerait que les gérants de fortune et non les conseillers en placement. Deux modèles sont à l'étude: une surveillance exercée soit directement par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), soit par un organisme d'autorégulation (OAR) auquel le gérant de fortune devrait s'affilier (à l'instar de ce qui prévaut actuellement en matière de lutte contre le blanchiment d'argent). Un consensus semble se dessiner dans l'industrie en faveur de ce second modèle, plus proche du système actuel.

Pour obtenir une autorisation, le nouvel assujetti devra disposer de ressources financières suffisantes, ainsi que d'une organisation adéquate. Il devra par ailleurs être dirigé par des organes compétents garantissant une activité irréprochable et être doté d'un personnel qualifié qui sera soumis à des obligations de formation et de perfectionnement.

Le Rapport DFF n'apporte aucune précision sur les exigences financières et organisationnelles à charge du gérant de fortune. Celles-ci s'orienteront très vraisemblablement vers celles qui s'appliquent aux gestionnaires de placements collectifs de capitaux, soit un capital social minimal de 200'000 francs et des fonds propres en suffisance, déterminés en proportion des coûts fixes.

Au plan organisationnel, on peut s'attendre à ce que la FINMA porte son attention sur le système de

“

Les nouvelles règles de conduite imposeront des obligations qui vont au delà du régime d'autorégulation actuel, même si certaines d'entre elles sont déjà contenues dans les règles-cadre de la Finma révisées avec effet au 1^{er} juillet dernier.”

corporate governance au sein de la société du gérant de fortune (check and balances), ainsi que sur les fonctions de compliance et de gestion des risques. Les standards en la matière, fixés par l'autorité de surveillance dans le cadre de la pratique développée à l'égard des gestionnaires de placements collectifs, sont élevés; ils constitueront à n'en pas douter l'un des principaux défis auxquels devra faire face le gérant de fortune contraint de solliciter une autorisation pour poursuivre son activité.

Un autre axe important de la future réglementation sur les services financiers qui aura un impact direct sur les gérants indépendants consiste dans l'instauration de règles de conduite pour l'ensemble des prestataires de services financiers, indépendamment de leur statut réglementaire. Actuellement, seuls les gérants qui offrent des parts de fonds de placement à leurs clients dans le cadre de la gestion sont obligatoirement assujettis aux règles de conduite de leur association professionnelle, lesquelles sont fondées sur les

Règles-cadres de la FINMA pour la gestion de fortune.

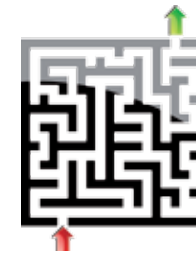
Au plan matériel, ces nouvelles règles de conduite imposeront des obligations qui vont au-delà du régime d'autorégulation actuel, même si certaines des propositions formulées sont déjà contenues dans les nouvelles Règles-cadres de la FINMA, qui viennent d'être révisées (avec effet au 1^{er} juillet dernier).

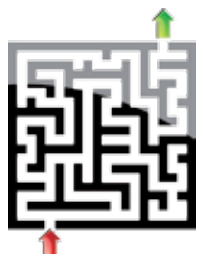
Ainsi, le Rapport DFF propose d'introduire des devoirs d'information étendus à la charge du prestataire de services financiers sur les caractéristiques, les coûts et les risques des produits financiers offerts. Par ailleurs, le rapport préconise qu'avant d'entrer en relation d'affaires avec un client, le gérant indépendant devra s'assurer que ses prestations (de conseil en placement ou de gestion de fortune) sont en adéquation avec l'expérience, les connaissances, la situation patrimoniale et les objectifs d'investissements du client (suitability test). Ce test d'adéquation, qui est calqué sur le modèle

de la directive MiFID, a déjà été consacré dans son principe par le Tribunal fédéral; il est également repris dans la version révisée des Règles-cadres de la FINMA. La proposition du DFF va toutefois plus loin que la jurisprudence du Tribunal fédéral et les propositions de la FINMA, dans la mesure où le gérant devrait documenter les informations relatives à la situation du client (et non se contenter des déclarations de ce dernier) et, s'il ne parvient à obtenir tous les renseignements nécessaires de la part du client, s'abstenir d'offrir sa prestation de gestion ou d'exécuter la transaction en cause.

La future FIDLEG traitera également de la délicate question des rétrocessions. Le client pourra y renoncer, mais il devra être informé du montant et des paramètres de calcul de celles-ci. Le Rapport DFF tient ici compte des dernières évolutions jurisprudentielles, lesquelles ont d'ores et déjà été introduites dans la version révisée des Règles-cadres de la FINMA. Il ajoute cependant des conditions nouvelles, puisqu'il n'admet ces rétrocessions que si elles servent les intérêts du client et contribuent à améliorer la qualité du service fourni. L'option d'une interdiction pure et simple des rétrocessions en faveur des gérants de fortune indépendants est même envisagée dans le Rapport DFF.

Enfin, diverses mesures sont proposées en vue d'améliorer la mise en œuvre des prétentions civiles des clients. Les litiges entre un client et son gérant pourraient ainsi être portés devant une instance de médiation, qui ...





... pourrait émettre des recommandations ou même prendre des décisions. Le Rapport DFF va jusqu'à proposer que le prestataire de services financiers supporte l'intégralité des frais du procès (et en fasse l'avance) même s'il devait obtenir gain de cause devant les tribunaux, ce dans le cas d'un avis préalable favorable de l'instance de médiation sur l'issue du litige. En plus de cette «assurance financière» accordée à l'investisseur, ce dernier bénéficierait d'un renversement du fardeau de la preuve en cas d'action à l'encontre de son gérant: ce ne serait plus au client de prouver une violation des devoirs de diligence de son mandataire, mais bien à ce dernier de démontrer qu'il a géré les avoirs de son client dans le cadre du mandat qui lui a été confié. On peut craindre que ces mesures conduisent à une «judiciarisation» excessive des rapports entre clients et prestataires de services financiers. Quoi qu'il en soit, elles feront, à n'en pas douter, l'objet d'âpres débats au cours du processus législatif à venir. Un avant-projet de loi pour-

rait déjà être mis en consultation à l'automne 2013 et la FIDLEG pourrait entrer en vigueur dans un délai de deux à trois ans.

Si le législateur suit, dans leur esprit, les propositions présentées par le DFF, le projet FIDLEG va imposer aux gérants indépendants un véritable changement de culture dans la manière d'appréhender leur profession. Ceux-ci devront se doter d'une organisation leur permettant de faire face à leurs nouvelles obligations légales et réglementaires. Les coûts de fonctionnement générés par l'adaptation à ce nouvel environnement réglementaire vont sans aucun doute provoquer une concentration des acteurs du marché, un mouvement qui est annoncé depuis un certain temps par l'industrie, mais qui ne s'est pas encore véritablement amorcé.

Le projet FIDLEG comporte par ailleurs un enjeu sous-jacent de taille pour le développement de la gestion de fortune suisse: l'accès au marché européen des services



*Le législateur suisse
serait ainsi bien
avisé de suivre de
très près l'évolution
de la réglementation
européenne en matière
de surveillance
prudentielle”.*

financiers. En effet, le projet de directive MiFID II actuellement en discussion exige des prestataires étrangers qui souhaitent offrir leurs services en Europe qu'ils justifient d'une surveillance prudentielle équivalant aux standards européens en vigueur. L'accès doit toutefois en principe se faire au moyen d'une succursale approuvée dans un pays de l'Union européenne et est notamment subordonné à la conclusion entre la Suisse et l'Etat membre d'accueil de la succursale d'une convention fiscale conforme aux standards OCDE.

La partie est donc loin d'être gagnée. Le législateur suisse serait ainsi bien avisé de suivre de très près l'évolution de la réglementation européenne sur ce sujet avant d'imposer aux acteurs de la gestion de fortune des exigences qui pourraient affecter la diversité de l'offre et, en définitive, l'attractivité et la compétitivité de ce segment important de notre industrie financière. ■ **FB ET POE**