Ces dernières années, l'évolution de la réglementation a conduit à une surveillance indirecte de plus en plus prégnante de la FINMA sur les gérants indépendants. Cette évolution, qui constitue une prémisse du contrôle sur cette profession à l'aube d'une nouvelle Loi sur les services financiers, n'est pas toujours bien comprise. Elle se concrétise à travers divers textes légaux et réglementaires touchant à des aspects différents du métier de la gestion de fortune. Ce qui, d'un point de vue global, rend leur appréhension d'autant plus délicate. Un rapide tour d'horizon des dernières nouveautés en la matière le démontre.

Par **Frédérique Bensahel** et **Pierre-Olivier Etique**
Avocats
FBT Avocats SA
www.fbt.ch

L'étau de la FINMA se resserre autour des gérants indépendants

Le 1er janvier 2009, dans le cadre de la mise en œuvre de ses nouvelles Règles-cadres sur la gestion de fortune, la FINMA a commencé par imprimer sa marque dans les codes de conduite des associations de gérants indépendants. Dans la mesure où ils offraient des placements collectifs de capitaux à leurs clients, ces codes de conduite ainsi modifiés devenaient obligatoires pour eux. Les Règles-cadres de 2009, qui comportaient déjà des prescriptions en matière de mandats de gestion et de rétrocessions, ont été renforcées avec effet au 1er janvier 2014 pour introduire une obligation réglementaire nouvelle, soit celle de l'adéquation – ou *suitability* – de la gestion avec le profil des clients.

Pour être en mesure d'effectuer ce test de *suitability*, le gérant indépendant doit établir, pour chacun de ses clients, un profil de risque tenant compte des expériences et des connaissances du client et définissant sa propension au risque et sa capacité à les absorber financièrement. Afin d'éviter toute contestation sur les éléments de ce profil, le gestionnaire indépendant sera avisé de le concevoir comme une annexe au mandat de gestion et de le faire signer au client. Une fois établi, le profil de risque devra être revu périodiquement, afin qu'il corresponde à la situation actuelle du client.

Les obligations en matière de rétrocessions ont, quant à elles, encore été durcies par les nouvelles Règles-cadres, dans la logique de l'évolution jurisprudentielle en ce domaine.

Cette tendance à l'intervention transversale de la FINMA apparaît également dans le cadre des règles de conduite de la FINMA sur le marché, dont le texte du 1er janvier 2009 a été modifié avec effet au 1er octobre 2013. Suite à la révision de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM), entrée en force le 1er mai 2013, la FINMA dispose désormais d'une base légale lui permettant d'exercer une surveillance sur tous les acteurs du marché, y compris ceux, à l'instar des gérants indépendants, qui ne sont pas directement assujettis à un régime d'autorisation auprès d'elle. La surveillance de cette dernière en ce domaine vise à prévenir deux formes d'abus de marché: l'exploitation d'informations d'initiés et la manipulation du

> ***« Le gérant indépendant doit établir, pour chacun de ses clients, un profil de risque tenant compte des expériences et des connaissances du client et définissant sa propension au risque et sa capacité à les absorber financièrement. »***

marché. Ce dispositif vient ainsi compléter et surtout élargir la portée des règles pénales existantes, dans une logique de renforcement de la lutte contre les comportements abusifs sur le marché.

La Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC) et son ordonnance d'application, révisées au 1er mars 2013, prévoient la nécessité pour les gérants indépendants d'informer les investisseurs sous mandat de gestion qu'ils sont considérés comme des investisseurs qualifiés, de les éclairer sur les risques qui découlent pour eux de ce statut et de leur signaler qu'ils peuvent déclarer par écrit ne pas vouloir être considérés comme des investisseurs qualifiés. La FINMA est l'autorité compétente pour surveiller l'application de ces textes.

La LPCC révisée comporte par ailleurs un changement de paradigme important des règles sur la distribution de fonds de placements et de produits structurés. Ces règles ont une influence notable sur les gérants indépendants qui doivent revoir leur schéma de distribution sous peine de sanction de la FINMA pour défaut d'autorisation relative à une activité de distributeur.

> ***« La FINMA dispose désormais d'une base légale lui permettant d'exercer une surveillance sur tous les acteurs du marché, y compris ceux, à l'instar des gérants indépendants, qui ne sont pas directement assujettis à un régime d'autorisation auprès d'elle. »***

La conformité de l'activité du gérant indépendant aux règles précitées est surveillée de manière directe ou indirecte par la FINMA à laquelle le gérant indépendant répond en cas de violation. La surveillance de la FINMA est mise en œuvre notamment par l'envoi de questionnaires très précis dont le but est de vérifier le respect de la réglementation susmentionnée. Dans les cas manifestement pathologiques, l'Autorité s'épargne l'utilisation de questionnaires et intervient directement auprès de l'intermédiaire financier par l'envoi d'un chargé d'enquête. Ce dernier a régulièrement pour première mission de suspendre les activités de l'intermédiaire financier toutes affaires cessantes. Les pouvoirs de représentation de l'intermédiaire financier lui sont alors retirés et ses comptes auprès des établissements bancaires en Suisse bloqués.

La nomination du chargé d'enquête est rendue publique par son inscription au Registre du commerce et les coûts de son intervention, souvent très importants, sont à la charge de l'intermédiaire financier. Sur la base du rapport rendu par le chargé d'enquête à la FINMA sur les éventuelles violations constatées, l'Autorité dispose d'une compétence de sanction, qui peut aller, dans les cas les plus graves, jusqu'à la liquidation pure et simple de l'intermédiaire financier.

> ***« En tout état de cause, le constat général va vers un renforcement manifeste et une surveillance plus marquée de la FINMA sur l'activité du gérant indépendant. »***

Le projet de Loi sur les services financiers, encore à venir, s'inscrit parfaitement dans la logique de ce resserrement du contrôle étatique exercé sur les prestataires de services financiers. Cette loi, destinée à poser les bases d'une réglementation harmonisée de la profession, aura pour effet d'assujettir les gérants indépendants à une surveillance dont le législateur devra décider si elle va s'opérer directement par la FINMA ou au travers des OAR, comme c'est le cas actuellement en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Un projet de loi est attendu d'ici le mois de juin prochain. Si les propositions formulées par l'administration fédérale dans son rapport du 18 février 2013 devaient être reprises par le législateur, cette nouvelle loi constituerait à n'en pas douter l'un des défis majeurs pour les gérants indépendants dans les années à venir.

En tout état de cause, le constat général va vers un renforcement manifeste et une surveillance plus marquée de la FINMA sur l'activité du gérant indépendant, avec les conséquences que le pouvoir d'intervention de la FINMA comporte en cas de suspicion de non-respect de la loi. Les coûts engendrés par cet accroissement législatif et réglementaire sont autant d'éléments qui vont avoir une influence sur la consolidation de la profession annoncée depuis longtemps. •