

JURISTES & FISCALISTES

Loi sur les services financiers et Loi sur les établissements financiers: **ALTENBURGER** quels changements pour les gérants de fortune indépendants? *www.altenburger.ch*



Me Stéphanie Hodara El Bez
est avocate aux Barreaux de Genève et New York et est associée de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax. Elle est responsable du Team Banking and Finance du bureau genevois de cette Etude. Me Hodara El Bez conseille des banques, des négociants en valeurs mobilières, des gestionnaires de placements collectifs et des gérants indépendants dans les domaines contractuels et réglementaires. Elle les assiste également dans le cadre de procédures nationales et internationales.



Me Cecilia Peregrina
est avocate au barreau de Genève et est titulaire d'un LL.M en droit bancaire et financier de l'Université de Boston. Elle travaille en tant que collaboratrice dans le team Banking & Finance de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax. Elle s'est spécialisée dans le domaine réglementaire applicable aux gestionnaires de fortune et aux placements collectifs de capitaux. Elle assiste également des intermédiaires financiers et leurs clients dans le cadre de procédures civiles et pénales. Elle a enseigné en outre le droit commercial dans le cadre de la formation des clerks d'avocats et de notaires.

Depuis la crise financière de 2008, les régulateurs revisitent la réglementation financière afin notamment de réduire les risques systémiques et d'offrir une protection accrue aux investisseurs. Le Conseil fédéral a ainsi ouvert, en date du 27 juin 2014, la procédure de consultation, très attendue, concernant la Loi sur les services financiers (*ci-après: «LSFin»*) et la Loi sur les établissements financiers (*ci-après: «LEFin»*). Cette consultation prendra fin le 17 octobre 2014.

Ces deux projets de loi poursuivent des buts différents. La LSFin vise avant tout à améliorer la protection des clients tout en leur donnant davantage de moyens d'action en cas de litiges. De son côté, la LEFin ambitionne de régler, dans un seul et même acte législatif, la surveillance de l'ensemble des prestataires de services financiers pratiquant, sous quelque forme que ce soit, la gestion de fortune.

La présente contribution tâchera de présenter les principaux changements qui seront provoqués par cette nouvelle réglementation sur l'activité des gérants de fortune externes (*ci-après: «GFE»*) et leurs modèles d'affaires.

1. Autorisation et surveillance des GFE

1.1. Autorisation — Conformément au projet LEFin, les GFE devront obtenir une autorisation de l'autorité de surveillance. A défaut, ils ne pourront ni exercer leurs activités, ni s'inscrire au registre du commerce. A cette fin, outre les garanties d'une activité irréprochable, les GFE auront notamment l'obligation de présenter une organisation adéquate ainsi que de disposer de prescriptions internes. Ainsi, l'élaboration de directives internes ainsi que la conformité des contrats de mandat à la réglementation seront exigées.

Par ailleurs, des garanties financières et/ou la conclusion d'une assurance en responsabilité civile professionnelle sont prévues par la LEFin aux fins de l'obtention de l'autorisation.

Toutefois, à ce jour, le projet de loi ne donne pas d'indication particulière sur le type d'organisation exigée ni sur le montant des garanties financières à offrir. Le projet ne permet pas en effet de déterminer si les exigences actuellement applicables aux gestionnaires de placements collectifs en terme d'organisation et de garanties financières s'appliqueront également aux GFE (*par exemple obligation d'avoir un risk manager et un compliance officer, nombre minimum de personnes au Conseil d'administration et à la direction, capital minimum de CHF 200'000*). Ces questions devraient être réglées ultérieurement par voie d'ordonnances et/ou de circulaires.

Il faut cependant relever qu'afin de garantir les droits acquis, le projet prévoit d'introduire une clause d'antériorité pour les GFE existants. Ils seront ainsi dispensés de l'obligation d'obtenir une autorisation pour autant qu'ils disposent d'une expérience suffisante (*15 ans minimum*) et qu'ils n'acceptent pas de nouveaux clients. La question de l'utilité de l'introduction d'une telle clause peut néanmoins se poser. En effet, il est fort probable que peu de GFE renonceront volontairement à servir de nouveaux clients.

En outre, l'obligation d'obtenir une autorisation ne s'applique qu'aux GFE qui gèrent les avoirs de leurs clients, à l'exclusion de ceux qui exercent exclusivement une activité de pur conseil. Toutefois, les projets de lois ne tracent pas distinctement la limite entre l'activité de gestion et celle de conseil.

1.2. Surveillance — Selon le projet LEFin, les GFE, définis dans la loi comme des gestionnaires de fortune «non qualifiés» (*par opposition aux gérants de placements collectifs et d'institutions de prévoyance*), seront dorénavant soumis à une surveillance prudentielle. Dans cette optique, deux options sont proposées au stade de la consultation: (i) soit les GFE seront soumis à la surveillance directe

JURISTES & FISCALISTES

Loi sur les services financiers et Loi sur les établissements financiers: quels changements pour les gérants de fortune indépendants?

ALTENBURGER

www.altenburger.ch

de la FINMA, (ii) soit ils seront soumis à la surveillance d'un organisme de surveillance indépendant constitué spécialement à cet effet, soumis lui-même à la surveillance de la FINMA. Dans le cadre de la deuxième option, cet organisme sera également en charge de la surveillance relative à la LBA.

2. Obligations en tant que conseillers à la clientèle

2.1. Obligation d'enregistrement des conseillers à la clientèle — A l'avenir, tout conseiller à la clientèle, c'est-à-dire toute personne physique qui entre en contact avec les clients pour leur proposer un service financier et, de ce fait, les GFE, devra s'inscrire dans un registre, semblable à celui des avocats ou des intermédiaires d'assurance non-liés. A cette fin, les GFE devront au préalable non seulement avoir conclu une assurance responsabilité civile professionnelle mais également s'être affiliés à un organe de médiation.

Par ailleurs, contrairement à l'exception prévalant en matière d'autorisation, l'inscription au registre des conseillers s'applique également aux GFE qui pratiquent exclusivement le conseil en placement.

2.2. Formation et perfectionnement — Outre l'obligation d'enregistrement précitée, la LSFIn précise que les conseillers à la clientèle doivent connaître «suffisamment» les règles que cette loi impose et disposer des connaissances techniques nécessaires à leur activité.

La finalité de ces exigences est de pousser les conseillers à la clientèle à mettre régulièrement à jour leurs connaissances en suivant des cours de perfectionnement. Cependant, aucune indication sur le nombre, la fréquence ou le type de cours à suivre ne figure dans le projet de loi.

3. Indépendance et rétrocessions

3.1. Indépendance — Dorénavant, les GFE ne pourront se présenter comme «indépendant» qu'à des conditions très strictes. En effet, influencée par la directive MiFID, la LSFIn prévoit qu'un service ne pourra être qualifié d'indépendant que lorsque le GFE prend en considération un nombre suffisant d'instruments financiers proposés sur le marché et qu'il ne perçoit pas d'avantages de tiers pour la fourniture de ce service ou si les avantages perçus sont transférés aux clients.

3.2. Rétrocessions — Afin de dissiper tous doutes pouvant subsister suite aux différents développements jurisprudentiels en matière de rétrocessions, les conditions strictes auxquelles

les GFE peuvent accepter les avantages provenant de tiers sont désormais prévues par la loi. La LSFIn rappelle ainsi qu'une renonciation préalable et expresse du client est exigée ainsi que la communication du type et de l'ampleur de ces avantages, ce avant la fourniture du service financier ou la conclusion du contrat. Dans les cas où cette information ne peut être communiquée par avance, le GFE renseigne son client sur les critères de calcul et l'ordre de grandeur des prestations reçues de tiers.

4. «Suitability and appropriateness test» et obligation de documentation

Aujourd'hui, la circulaire FINMA 2009/1 ainsi que les différents codes de conduite des Organismes d'Autorégulation prévoient déjà l'obligation pour les GFE de s'assurer que les placements effectués concordent en permanence avec le profil de risque des clients et leurs objectifs et restrictions de placement.

Le projet LSFIn précise les règles de conduite à suivre par les GFE dans le domaine de la vérification de l'adéquation et du caractère approprié des services et instruments financiers proposés («suitability and appropriateness test»). Mais surtout, la LSFIn introduit, dans une optique de protection des clients, une nouvelle obligation de documentation qui impose aux GFE de consigner par écrit les vérifications effectuées dans ce contexte. Il est important de souligner que ces obligations de vérification et de documentation s'appliqueront tant dans le cadre d'un mandat de gestion de fortune que dans celui d'un contrat de conseil en placement.

De manière générale, les GFE vont ainsi être amenés à rédiger un certain nombre de documents qu'ils auront l'obligation de transmettre à leurs clients. En particulier, ils devront consigner par écrit (i) les profils risque des clients, (ii) leurs objectifs de placement et (iii) les différentes prestations convenues et fournies ainsi que (iv) les motifs qui ont conduit à recommander un service/instrument financier déterminé plutôt qu'un autre. Bien que le contenu exact de cette nouvelle documentation ne soit pas encore précisé par la LSFIn, on peut d'ores et déjà s'attendre à ce que cette obligation entraîne pour les GFE une charge de travail administratif supplémentaire.

5. Distribution de placements collectifs de capitaux

La nouvelle classification des clients prévue par la LSFIn (*clients professionnels versus clients privés*) devrait avoir des conséquences, positives, pour les GFE sur la notion de distribution de placements collectifs de capitaux. En effet, selon

JURISTES & FISCALISTES

Loi sur les services financiers et Loi sur les établissements financiers: quels changements pour les gérants de fortune indépendants?

ALTENBURGER

www.altenburger.ch

notre interprétation des projets de lois, les GFE devraient être qualifiés de clients professionnels, de sorte que, contrairement à ce qui prévaut actuellement, toute publicité ou proposition de placements collectifs qui leur serait adressée ne devrait à priori plus être considérée comme de la distribution.

6. Conformité fiscale

Afin notamment de présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable, la LFin prévoit que les GFE auront pour tâche de vérifier s'il existe un risque élevé que les valeurs patrimoniales gérées ne soient pas fiscalisées. Après vérification, si le GFE peut présumer que lesdites valeurs ne sont pas fiscalisées, il devra refuser de nouer la relation d'affaire concernée, respectivement résilier la relation d'affaire existante. A noter que cette vérification est imposée uniquement lorsque les clients proviennent d'un Etat avec lequel la Suisse n'a conclu aucun accord concernant l'échange automatique de renseignements en matière fiscale.

7. Prétentions de droit civil des clients

Le projet LFin introduit de nouvelles dispositions favorisant la protection des clients. Le rapport explicatif du DFF précise par exemple que toute violation des règles de conduite ancrées dans la LFin aura «un effet de rayonnement sur la relation de droit civil» existant entre le GFE et ses clients. En outre,

la LFin apporte un changement notable puisqu'elle prévoit un renversement du fardeau de la preuve en faveur du client. Ainsi, en cas de litige, il incombera dorénavant au GFE de prouver qu'il a respecté ses obligations légales d'information et d'explication, faute de quoi le client est réputé ne pas avoir effectué la transaction litigieuse.

Conclusion

Même si à la lecture de ces projets de lois, certaines questions restent encore incertaines notamment quant au type de surveillance des GFE ou quant aux exigences en matière d'organisation et ou de garanties financières, les GFE doivent se préparer rapidement à ces changements réglementaires et repenser, s'il y a lieu, leur modèle d'affaires. Leurs réflexions pourront ainsi notamment porter sur leur organisation, leur modèle de rémunération, les services offerts et sur d'éventuels regroupements.

Gardons toutefois à l'esprit que tous les prestataires de services financiers seront touchés par ces projets de lois, de sorte que les GFE conserveront toujours leurs avantages compétitifs actuels qui sont notamment l'indépendance du conseil, la disponibilité, le service sur mesure et la continuité du suivi de la relation.

Me Stéphanie Hodara El Bez

hodara@altenburger.ch

Me Cecilia Peregrina

peregrina@altenburger.ch

ALTENBURGER

ALTENBURGER LTD legal + tax

Attorneys at Law

Rue Toepffer 11bis — CH-1206 Geneva

Phone +41 58 810 22 33

www.altenburger.ch