

GERANCE DE FORTUNE INDEPENDANTE

DOSSIER: ASPECTS JURIDIQUES ET REGLEMENTAIRES

Les défis réglementaires des gérants indépendants¹

■ Stéphanie HODARA EL BEZ, avocate (LL.M.) et associée de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax, Genève

Le monde réglementaire des gérants de fortune indépendants («GFI») est en pleine mutation. Ces derniers mois, de nombreux chantiers législatifs ont vu le jour. D'autres sont encore à venir dans les prochaines semaines. Quels défis les GFI -doivent-ils relever?

Les années 2013 et 2014 ont été particulièrement prolifiques en nouvelles réglementations dans l'environnement de la gestion de fortune. De nouvelles exigences sont désormais applicables aux GFI qui ont souvent à peine le temps de s'adapter à un changement que de nouvelles règles apparaissent.

1. Changements dans la gestion et la -distribution de placements collectifs

Tout d'abord, les GFI ont dû et doivent encore s'adapter à la révision du droit des placements collectifs de capitaux qui a notamment bouleversé la pratique des gestionnaires de fonds offshore.

Les gestionnaires de fonds étrangers ne peuvent ainsi plus gérer ce type de fonds sans une autorisation de la FINMA, sauf à entrer dans le cadre de la règle «de minimis». Ils avaient donc jusqu'à fin août 2013 pour s'annoncer à la FINMA et devront satisfaire aux nouvelles exigences imposées par la loi et déposer une requête en autorisation d'ici à fin février 2015.

En outre, la révision de la législation dans ce domaine a également profondément modifié la notion de distribution de fonds. Ces nouvelles règles en matière de distribution ont un impact significatif sur l'activité des GFI qui seraient bien avisés de revoir leur pratique afin de ne pas risquer une sanction de la FINMA pour défaut d'autorisation.

En effet, le concept d'«appel au public» a été remplacé par celui de «distribution». En substance, la notion de distribution englobe toute proposition ou publicité pour des placements collectifs qui ne s'adresse pas exclusivement aux investisseurs qualifiés surveillés, soit principalement les banques, les négociants en valeurs mobilières, les directions ou gestionnaires de fonds.

Si l'offre ne s'adresse pas exclusivement à des investisseurs qualifiés surveillés, le GFI effectue de la distribution soumise à autorisation de la FINMA, à moins qu'une des exceptions suivantes ne s'applique:

- le client a lui-même sollicité l'offre du GFI («Reverse sollicitation»);
- l'offre est faite dans le cadre d'un mandat de gestion de fortune passé en la forme écrite avec un GFI soumis à la LBA et à un code de conduite en matière de gestion de fortune édicté par un OAR;
- l'offre est faite dans le cadre d'un mandat de conseil passé en la forme écrite avec un GFI qui remplit les conditions susvisées et pour autant que le contrat vise une relation de conseil à titre onéreux sur le long

terme.

Si les activités du GFI n'entrent pas dans le cadre d'une de ces exceptions, il doit obtenir sans délai une autorisation d'exercer en qualité de distributeur. A défaut, il s'expose à des sanctions pénales et administratives.

Il faut relever ici qu'une des particularités de la révision du droit des placements collectifs est qu'elle n'a pas défini les GFI comme étant des investisseurs qualifiés. Ainsi, les activités de distribution déployées par des distributeurs tiers envers des GFI sont en principe soumises à autorisation de la FINMA.

2. Habilitation obligatoire pour les GFI gérant des avoirs de prévoyance

Par ailleurs, le début de cette année a vu naître de nouvelles exigences pour les GFI qui gèrent des avoirs de prévoyance professionnelle. La gestion de ce type d'actifs est, depuis le 1^{er} janvier 2014, interdite sans autorisation.

Seuls les GFI ayant déjà une autorisation FINMA (par exemple en qualité de gestionnaires de fonds) ou ceux ayant obtenu une habilitation de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle pourront désormais gérer des avoirs de prévoyance. A cet égard, les GFI ont jusqu'au 31 juillet 2014 pour déposer leurs demandes d'habilitation.

3. Révision des règles-cadres en matière de gestion de fortune (mandats à réviser)

En outre, la circulaire FINMA 2009/1 règles-cadres en matière de gestion de fortune a été révisée avec effet au 1^{er} janvier 2014.

Les GFI doivent donc s'adapter au renforcement des prescriptions existantes en matière de mandat de gestion, de devoir d'information (en particulier en ce qui concerne les rétrocessions) et de devoir de diligence.

En effet, la circulaire FINMA révisée prévoit notamment:

- Une obligation réglementaire nouvelle, soit celle de s'assurer de la concordance entre les placements et le profil du client («suitability» et «appropriateness»).

Pour ce faire, le GFI doit établir le profil risque de son client qui définira sa propension au risque, sa capacité à supporter ce risque, ses connaissances et expériences en matière financière, sa situation financière et ses besoins personnels.

- Une obligation pour le GFI d'informer ses clients des paramètres de calcul et des fourchettes de valeurs des prestations qu'il pourrait recevoir de tiers. Le GFI sera bien avisé de donner cette information par écrit, par exemple dans une annexe au mandat de gestion. De surcroît, à la demande du client, le GFI devra informer le client a posteriori des montants effectivement reçus.

Les GFI ont par conséquent l'obligation d'adapter leurs activités et leurs mandats à ces nouvelles prescriptions.

4. FATCA

En outre, les GFI ont également dû s'adapter à FATCA indépendamment de ce qu'ils aient ou non des clients américains.

En principe, les GFI qui limitent leur activité à la gestion de fortune sur la base d'un pouvoir de gestion entrent dans les catégories des «Registered deemed-compliant» ou des «Certified deemed-compliant». Les GFI ayant ce type d'activité peuvent donc choisir entre ces deux statuts.

Dans le premier cas, les GFI doivent s'enregistrer en ligne auprès de l'IRS. Dans le second cas, pour ceux qui sont opposés à l'idée de s'enregistrer auprès de cette autorité américaine, les GFI doivent remplir le formulaire W-8BEN-E et l'adresser à toutes les banques dépositaires avec lesquelles ils travaillent.

Toute autre activité, comme celle de gestionnaires de fonds ou celle de trustee peut changer le statut FATCA du GFI. Le GFI devra donc analyser la situation dans le détail avec son conseil.

5. La prochaine vague réglementaire

Les GFI n'ont pourtant pas fini de s'adapter aux renforcements réglementaires. La Loi sur les services financiers (LSFin) est une des prochaines réglementations qui les touchera de près.

En février 2013, le Département fédéral des finances («DFF») a publié son rapport «Loi sur les services financiers: éléments -principaux d'une régle-mentation -possible». Le projet de loi devrait être transmis par le DFF au Conseil fédéral dans le courant de cet été, afin qu'une consultation soit ouverte.

Un des grands axes de la LSFin sera le renforcement de la surveillance des GFI. Les GFI seront ainsi soumis à des règles similaires aux autres prestataires de services financiers et assujettis à une surveillance prudentielle. Deux modèles de surveillance sont possibles: la surveillance directe de la FINMA ou la surveillance par l'intermédiaire d'un organisme d'auto-régulation.

En outre, afin d'obtenir leur autorisation d'exercer, les GFI devront disposer de ressources financières suffisantes, avoir une organisation adéquate avec des fonctions de contrôle correspondantes, des organes présentant des garanties d'intégrité et du personnel qualifié soumis à des obligations de formation.

Le rapport du DFF ne précise pas quelles seront exactement les exigences en matière d'organisation et de ressources -financières. Nous pouvons néanmoins imaginer qu'elles s'approcheront de celles applicables aujourd'hui aux gestionnaires de placements collectifs de capitaux qui doivent avoir un capital social minimum de CHF 200'000.- et une organisation minimum composée notamment d'un compliance officer et d'un risk manager.

En parallèle à ces changements législatifs qui interviennent en Suisse, les GFI devront faire face à l'évolution réglementaire internationale. La mise en œuvre de MiFID II et l'échange automatique de renseignements en matière fiscale sont autant de défis auxquels les GFI doivent se préparer.

Ce bref récapitulatif des développements réglementaires en cours devrait amener les GFI, lecteurs de Point de Mire, à suivre de près tous ces changements et à réfléchir à de possibles regroupements qui leur permettraient de faire face à ces importantes nouvelles exigences.

Note:

- 1) Le présent article a été rédigé alors que le projet de Loi sur les services financiers (LSFin) n'avait pas encore été communiqué au public par le Conseil fédéral. Lors du prochain numéro de Point de Mire, M^e Stéphanie Hodara El Bez commentera le projet LSFin.

Stéphanie Hodara El Bez est avocate aux barreaux de Genève et de New York. Titulaire d'un LL.M. de Boston University, elle est associée de l'Etude ALTENBURGER Ltd legal + tax et responsable du Team Banking & Finance du bureau genevois de cette Etude. Elle 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.