

Quelques considérations juridiques et politiques pour la place financière suisse

■ Alexandre de Senarclens, Avocat & Associé, Étude OHER & Associés, Genève

Contexte général

Pour la place financière helvétique, ces dernières années ont eu l'effet d'un tourbillon. En 2007 encore, le banquier suisse était sûr de son fait et les résultats financiers étaient à leur apogée. Le secret bancaire, tel que pratiqué alors, attirait ou permettait de conserver une clientèle intéressante. Le domaine de la banque privée était suffisamment florissant en Suisse et, pour beaucoup d'établissements, l'on ne voyait pas la nécessité absolue d'aller chercher des clients à l'étranger ni celle de développer la gestion d'actifs. Sept ans plus tard, changement complet de paradigme, la Suisse s'engage sur la voie de l'échange automatique d'informations et ses banques doivent impérativement rechercher de nouvelles sources de croissance.

En parallèle, et en réaction à la crise financière, les dirigeants de l'Union européenne («UE») ont décidé de renforcer l'arsenal législatif dans le domaine financier dans le but affiché de mieux protéger le citoyen investisseur. Les directives qui ont été votées par le Parlement européen, en particulier AIFM et MIFID II, ont également des effets protectionnistes contre les pays tiers, à savoir les pays hors UE ou Espace Economique Européen («EEE»). A cela s'ajoute, en particulier dans les pays qui nous entourent, la volonté de faire respecter les prescriptions de droit national sur l'accès au marché et de poursuivre toute entité qui aurait une activité non autorisée de démarchage de clientèle. Ainsi, les acteurs suisses de la finance se retrouvent de fait exclus de leur marché naturel d'exportation, à savoir 500 millions de consommateurs de l'UE/EEE, tant dans le domaine de la gestion d'actifs que dans celui de la gestion privée.

Gestion d'actifs

Dans le domaine des fonds de placement, la problématique est plus ancienne et la perte de compétitivité est depuis longtemps une

réalité, en particulier au profit du Luxembourg. En effet, le législateur suisse a passé son temps à devoir réagir aux modifications des directives de l'UE (en particulier la Directive européenne 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 qui régit les fonds «UCITS») avec pour objectif espéré de rendre nos fonds de placement suisse plus facilement exportable dans l'UE. Ainsi, la loi sur les fonds de placement de 1995 est une réaction à la première directive UCITS. Puis, en 2006, contrainte de réagir aux avancées de l'UE dans le domaine, la Suisse vote la Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux («LPC») pour introduire en particulier la SICAV, élargir le champ d'activités de la direction de fonds et assurer la surveillance des gestionnaires de fortune de fonds de placement. A nouveau en 2013, dans l'urgence, le parlement suisse doit adapter la LPC aux nouvelles exigences de la Directive AIFM (*Directives on Alternative Investment Fund Managers*) et ainsi maintenir – dans la mesure du possible – la compétitivité et l'accès au marché de l'UE pour les acteurs suisses. Ces adaptations ont été nécessaires, mais largement insuffisantes pour permettre de développer une industrie des fonds de placement en Suisse. Faute d'appartenir à l'UE ou l'EEE, la Suisse doit essayer d'obtenir pays par pays la reconnaissance de sa réglementation et l'accès au marché dans ces pays. Le résultat n'est pas satisfaisant et les acteurs du domaine de la gestion d'actifs sont obligés de créer sur le territoire de l'UE, en particulier au Luxembourg, des sociétés de gestion et de direction de fonds. Les compétences et les emplois qui y sont liés ont quitté la Suisse.

Gestion privée

Dans le domaine de la banque privée, l'histoire se répète sous nos yeux. En effet, certains clients, après régularisation de leur situation fiscale, souhaiteraient avoir un rapport régulier avec leur banquier et ne pas avoir à se déplacer en Suisse pour le

rencontrer. Ainsi, pour que nos banques aient une chance de conserver cette clientèle, elles doivent proposer un service «onshore». Or, les banques suisses ne peuvent librement proposer leurs services à l'étranger. En effet, pour les établissements financiers d'Etats tiers, comme la Suisse, les critères d'accès et les conditions de reconnaissance diffèrent d'un Etat à l'autre. Dans la plupart des pays, il est impossible de prospecter activement le marché. Aussi, en général, même pour une clientèle existante, le gestionnaire suisse ne peut pas rendre visite à son client et parler de la gestion effectuée ou prendre contact téléphoniquement avec son client pour le conseiller sur ses investissements. Pour ce qui est de la France par exemple, la signature d'un contrat ne peut avoir lieu sur sol français et les contacts sur sol français ne doivent déboucher sur aucun conseil, à l'exception d'analyses macro-économiques très générales.

A ces problématiques de droit national de chaque Etat membre de l'UE se greffe une problématique de droit européen, la directive MIFID («Market in Financial Instruments Regulation»). L'objectif de cette directive est d'harmoniser l'environnement réglementaire pour les banques et les sociétés de gestion au sein de l'UE/EEE. La directive MIFID 2, qui vient d'être votée par le Parlement européen, prévoit que chaque Etat membre aura la possibilité, mais pas l'obligation, d'imposer l'établissement d'une succursale pour les établissements bancaires ou financiers provenant d'Etats tiers (dont la Suisse) qui souhaitent avoir une activité avec des clients non institutionnels. En cas d'obligation de succursale, des dispositions harmonisées au sein de l'UE/EEE s'appliqueront (en particulier, l'activité doit déjà être régulée par l'autorité de surveillance, un mécanisme de coopération doit exister entre autorités, etc.). Pour le surplus, si l'Etat membre n'impose pas l'ouverture d'une succursale, le statu quo, tel que décrit plus haut, est maintenu et les différents Etats

de l'UE/EEE décideront eux-mêmes des règles devant s'appliquer en cas de gestion transfrontière.

En réaction à ces développements, la Suisse tente de négocier des accords bilatéraux avec certains Etats européens pour faciliter l'exportation de services dans le domaine financier. Elle a pu le faire récemment avec l'Allemagne. Aussi, le Conseil fédéral propose de nouveau de modifier notre législation (projets LFin et LEFin) pour la rendre plus euro-compatible, faciliter ainsi sa reconnaissance et permettre aux acteurs de la place financière d'avoir accès au marché de l'UE/EEE. Comme pour les fonds de placement, la tâche va se révéler très ardue et il est à craindre que nos partenaires ne soient pas enclins à nous ouvrir les portes de leur marché. Après la gestion d'actifs, il est très probable que la Suisse perde des compétences, des emplois et des ressources financières dans le domaine de la banque privée.

Nécessité d'obtenir un accord sur les prestations de services financiers

Vous l'aurez compris, il y a urgence ! Si nous voulons que la Suisse demeure une place financière dynamique (gérant environ 27% des avoirs offshore mondiaux), nous devons trouver un accord global avec l'UE sur les services. En l'espèce, il nous faut obtenir la «liberté de service», à savoir l'une des quatre libertés du marché intérieur de l'UE, à laquelle ont droit les membres de l'EEE. Or, une telle avancée n'est possible que dans le cadre d'accords bilatéraux renforcés qui régleraient les questions institutionnelles (règlement des litiges et reprise dynamique de l'acquis communautaire), exigences fixées par l'UE et reprises dans le mandat de négociation fixé par le Conseil fédéral le 18 décembre 2013.

Entre-temps, les négociations avec l'UE ont été rendues beaucoup plus difficiles suite au succès de

l'initiative UDC du 9 février 2014 sur l'immigration de masse. Le débat politique en Suisse sur ce sujet est accaparé aujourd'hui par ceux qui défendent le repli de la Suisse sur elle-même et dénigrent systématiquement, et sans nuance, la construction européenne. Il est à craindre que notre industrie financière en subisse de plein fouet les conséquences désastreuses. Or, nous avons besoin du marché de 500 millions d'habitants de l'UE/EEE. Il convient maintenant de soutenir la politique du Conseil fédéral visant à renforcer et améliorer nos accords bilatéraux avec l'UE et de rejeter fermement les tentations isolationnistes.



Né en 1975, Alexandre de Senarclens a obtenu une licence en droit de l'Université de Fribourg (1999), un brevet d'avocat du barreau de Genève (2001) et un LL.M. du Georgetown University Law Center (2008). Il a rejoint l'Etude OHER & Associés au mois d'août 2010 en qualité d'associé. Il est spécialisé en droit bancaire. Il assiste et représente les banques et autres intermédiaires financiers assujettis dans les procédures menées devant l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers («FINMA»). Il est également actif dans le domaine du droit commercial et du conseil aux entreprises (contrats, constitution de sociétés, organisation interne, rapports entre associés ou actionnaires, responsabilité des dirigeants et réviseurs). Il administre également des sociétés suisses et étrangères. Enfin, il assiste et représente les clients pour des procédures civiles, arbitrales et pénales (dans le domaine de la criminalité économique).