

## LSFin - LEFin et les gérants de fortune indépendants

Alexandre de SENARCLENS  
ads@oher.ch

Charlotte SÉCHAUD  
cse@oher.ch

La présente contribution a pour objectif de mettre en lumière les principales conséquences engendrées par l'entrée en vigueur prochaine de la loi sur les services financiers (« LSFin ») et de la loi sur les établissements financiers (« LEFin ») sur les gérants de fortune indépendants non encore assujettis à une surveillance prudentielle, à savoir ceux ne disposant pas d'une autorisation de gérer des fonds de placement au sens de la loi sur les placements collectifs de capitaux (« LPCC »).

### Le contexte

Suite à l'adoption du message, le 4 novembre 2015, par le Conseil fédéral, la LEFin et la LSFin ont été examinées par le Conseil des Etats et le Conseil national qui ont clôturé le processus d'élimination des divergences en avril 2018 et ont formellement adopté ces deux projets de loi le 15 juin 2018.

Alors que la LSFin prescrit les règles de comportement que les prestataires de services financiers doivent respecter vis-à-vis de leurs clients, la LEFin uniformise la réglementation des autorisations pour ces prestataires. Si ces nouvelles lois n'impliquent pas de changements matériels importants pour les entités d'ores et déjà titulaires d'autorisation de la FINMA (gestionnaires de fonds de placement et négociants), elles vont constituer une petite révolution pour les gérants de fortune indépendants, à ce jour non assujettis à une surveillance prudentielle.

En effet, sous le droit actuel, si l'ensemble des gestionnaires sont soumis à la loi sur le blanchiment d'argent (« LBA »), seule la catégorie des gestionnaires de fortune dits « *qualifiés* », gérants de fonds de placement, sont soumis à la surveillance de la FINMA et aux obligations qui en découlent.

### La surveillance

Comme indiqué, la principale nouveauté de la LEFin consiste en l'introduction d'une surveillance prudentielle pour les gérants de fortune administrant des valeurs patrimoniales pour le compte de clients individuels.

La mouture initiale de la LEFin prévoyait que cette surveillance puisse être exercée, soit par un organisme de surveillance (type

organisme d'autorégulation « OAR »), soit par la FINMA, au choix du gérant de fortune. Le projet du Conseil fédéral a toutefois été modifié par le Conseil des Etats, en ce sens que tant la délivrance de l'autorisation que l'exercice de la surveillance de l'activité des gestionnaires indépendants – à l'instar des gestionnaires qualifiés – relèvera de la compétence de la FINMA.

Seule la surveillance dite « *courante* » des gestionnaires indépendants, se limitant à la vérification du respect des conditions d'autorisation après sa délivrance, sera confiée aux organismes de surveillance qui pourront à leur tour la déléguer à une société d'audit. Cette surveillance ne sera pas nécessairement annuelle et pourra être exercée, selon l'évaluation des risques faite par l'organisme de surveillance, une fois tous les quatre ans. Durant les années où il n'y a pas de surveillance, le gestionnaire devra établir un rapport sur la conformité de son activité aux prescriptions légales à l'intention de l'organisme de surveillance.

### Les conditions de délivrance de l'autorisation

Par rapport aux projets initiaux, les lois adoptées par le Parlement ont subi quelques changements au fil de la procédure de consultation, s'agissant des conditions d'octroi d'une autorisation. L'essentiel a toutefois été conservé.

Tout d'abord, pour être autorisé à exercer par la FINMA, le gestionnaire devra disposer d'une organisation « *adéquate* », à savoir correspondre aux risques et à la complexité des opérations exécutées. Les ordonnances d'application et les directives de la FINMA définiront la nature exacte de l'organisation qui sera attendue de la part des gestionnaires. En pratique, on peut

s'attendre à ce qu'il soit exigé que le gestionnaire se dote d'un règlement d'organisation qui définira les attributions du conseil d'administration (pour une SA), de la direction, du *compliance officer* et du *risk officer*. Ces deux fonctions devront très certainement être supervisées par des comités internes. Aussi, un système de contrôle interne (SCI) devra être mis en place pour contrôler la bonne marche des affaires. Enfin, les comptes annuels seront très probablement révisés par un auditeur agréé.

Par ailleurs, les gérants devront présenter toutes les garanties d'une « *activité irréprochable* ». Autrement dit, les personnes chargées de l'administration et de la gestion auront à démontrer qu'elles jouissent d'une bonne réputation et disposent des qualifications professionnelles requises par leur fonction. Les détenteurs d'une participation qualifiée au sein d'un établissement financier, soit au moins 10 % du capital ou des droits de votes, devront en outre garantir que leur influence n'est pas exercée au détriment d'une gestion saine et prudente de l'établissement. Aussi, toute personne qui envisagera d'acquérir une telle participation, ou de la céder, sera tenue de le déclarer à la FINMA.

Le capital minimum des gestionnaires de fortune a été fixé à CHF 100'000.-. Il devra être libéré en espèces et être maintenu en permanence. De plus, les gérants de fortune devront disposer de fonds propres appropriés, à savoir au moins un quart des frais fixes des derniers comptes annuels jusqu'à concurrence de dix millions de francs. En outre, ils auront l'obligation, soit de contracter une assurance responsabilité civile professionnelle, soit de disposer de garanties suffisantes permettant de couvrir ces risques.

L'obligation d'affiliation à un organe de médiation sera aussi imposée aux gérants comme condition d'octroi d'une autorisation. Cet organe aura pour objectif d'aplanir les éventuels litiges entre le gérant et son client.

Enfin, alors que le projet initial prévoyait une obligation pour le gérant de s'assurer de la conformité fiscale des valeurs gérées, en particulier de résilier le mandat en cas de présomption de violation d'obligations fiscales, celle-ci a disparu à l'issue de la procédure de consultation. Le maintien de cette obligation de vérification n'était pas justifiable, dans la mesure où les règles en matière d'échanges automatiques de renseignements, en vigueur depuis janvier 2017, poursuivent ce but et paraissent déjà suffisamment contraignantes en la matière.

### **Les obligations incombant à tous les prestataires de services soumis à la LSF**

Plusieurs règles de conduites sont désormais formellement établies pour l'ensemble des prestataires de services financiers qui fournissent de tels services à des fins commerciales.

Parmi celles-ci, l'obligation de poursuivre une formation continue afin qu'il soit fait la preuve que les conseillers à la clientèle disposent des connaissances suffisantes des prescriptions légales et financières pour exercer leur activité. En outre, ces conseillers devront être inscrits dans un « *registre des conseillers* » en prouvant qu'ils respectent les obligations légales leur incombant.

Une obligation d'information scrupuleuse à l'égard du client portant tant sur les services fournis que sur les instruments financiers en tant que tels incombera également aux gérants. Cette obligation s'exercera par exemple par le biais de la remise d'une feuille d'information de base sur les instruments complexes (produits structurés, fonds internes) ou par la remise du prospectus dans le cas d'un fonds de placement. Les clients devront de surcroît être informés de la possibilité d'engager une procédure de médiation, étant précisé que celle-ci sera gratuite et qu'ils pourront à tout moment saisir les tribunaux civils.

Par ailleurs, les gérants auront encore une obligation de vérification du caractère approprié et adéquat des services financiers. Celle-ci imposera aux prestataires de services financiers de se renseigner sur les connaissances du client, d'établir sa situation financière et de définir avec lui les objectifs de placement.

Enfin, les gérants devront documenter ce travail d'information de façon précise pour prouver qu'ils exercent leur activité conformément aux obligations légales.

### **Les éléments abandonnés de la réforme**

Au fil de la procédure de consultation, certains éléments proposés par le Conseil fédéral dans son message du 4 novembre 2015 ont été retirés lors du processus de la suppression des divergences entre le Conseil des Etats et le Conseil national.

Cela vaut en particulier pour la clause dite d'antériorité. En effet, cette clause consistait à libérer de l'obligation d'obtenir une

autorisation les gestionnaires de fortune qui exercent depuis au moins 15 ans et qui n'acceptent aucun nouveau client. Elle a été finalement abandonnée en avril 2018, sous l'impulsion du Conseil national.

Par ailleurs, les privilèges prévus initialement par le Conseil fédéral en lien avec l'allègement des frais de procédures civiles, en cas de litige concernant les marchés financiers, ont également été supprimés en cours de consultation.

### Les délais

Ces textes de loi entreront en vigueur avec les ordonnances d'application, au mieux à la fin 2019.

Les gérants indépendants qui exercent déjà devront d'abord s'annoncer dans les six mois suivant l'entrée en vigueur de la LEFin auprès de la FINMA.

Puis, ils devront réaliser les exigences de la LEFin et soumettre une demande d'autorisation dans les trois ans à compter de l'entrée en vigueur de cette loi.

\* \* \*

En conclusion, l'entrée en vigueur de cet arsenal législatif a pour effet de soumettre l'ensemble des gestionnaires de fortune à une surveillance de la FINMA, mais aussi d'uniformiser les règles de comportements applicables à tous les prestataires de services financiers en Suisse, garantissant ainsi une meilleure protection des investisseurs. Notre droit sera ainsi rendu euro-compatible. Ces changements légaux vont accélérer encore la transformation de la profession de gérant indépendant et créer une barrière plus importante à l'entrée pour les gestionnaires qui auraient la volonté de se mettre à leur compte. Dans ce cadre, il sera important de structurer les sociétés actives dans ce domaine de manière à éviter des lourdeurs administratives inutiles et coûteuses en termes de temps et de rentabilité.

## OHER AVOCATS

Avocats au Barreau de Genève

Rue de Candolle 16  
CH - 1205 GENEVE

Tél. : +41 22 320 42 42  
Fax : +41 22 320 41 09

etude@oher.ch  
www.oher.ch