



THIERRY AMY  
Associé BCCC Avocats Sàrl, Lausanne.

## L'évolution est nécessaire et inéluctable

Le projet de modification de la LPCC va conduire à un changement du paysage réglementaire pour les gestionnaires indépendants. Ceux-ci devront s'adapter à la nouvelle donne.

La gestion de fortune indépendante est une activité assujettie à surveillance depuis longtemps sur le plan européen et international. En adoptant la Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), la Suisse optait pourtant pour une solution qui faisait figure d'exception: les gestionnaires indépendants avaient en effet, en fonction du type d'activités déployées, le choix d'être assujettis ou non à la surveillance de la FINMA. C'est ainsi que les gestionnaires suisses de placement collectifs étrangers ne sont aujourd'hui toujours soumis à aucune surveillance, sauf s'ils en font la demande sur une base volontaire et pour autant que certaines conditions restrictives soient remplies.

Dans la pratique, en particulier depuis la crise financière de 2008, cette faculté d'opter pour un assujettissement volontaire a été de plus en plus fréquemment utilisée par certains gestionnaires indépendants pour obtenir ce que la FINMA a appelé des autorisations «pro forma». Une telle manière de procéder ne saurait prospérer dans la mesure où elle ne correspond pas aux objectifs initiaux que le législateur fédéral s'était fixé dans le cadre de la LPCC, qu'elle imposerait en pratique à la FINMA de devoir élargir sa surveillance à des activités qui n'y sont pas légalement assujetties et que la directive européenne relative aux gérants de fonds dits «alternatifs» (Directive AIFM), adoptée par les États membres de l'Union européenne en mai de cette année et dont l'entrée en vigueur est prévue d'ici

mi-2013, complète désormais l'arsenal législatif européen en prévoyant que tous les gestionnaires indépendants doivent être soumis à surveillance, et ceci quelles que soient leurs activités.

Dès l'adoption de la Directive AIFM, soucieux de pouvoir garantir la compétitivité de la place financière suisse ainsi que de ses acteurs, et surtout afin de pouvoir assurer aux gestionnaires suisses (indépendants ou non) la possibilité de continuer à gérer, sur délégation, les produits et autres actifs de fonds européens, le Conseil fédéral décidait de réviser la LPCC. Le 6 juillet 2011, il publiait ainsi son Rapport explicatif relatif au projet de modification de la LPCC (le «P-LPCC»). Dans le P-LPCC, il est ainsi désormais prévu que tous les gestionnaires de placements collectifs suisses ou étrangers (dont le siège est en Suisse) seront soumis à surveillance. Concrètement, les gestionnaires de fortune suisses qui gèrent actuellement des placements collectifs étrangers seront, à l'avenir, soumis aux mêmes règles prudentielles que les gestionnaires de fonds suisses et devront obtenir une autorisation de la FINMA avant de pouvoir déployer leurs activités. Faute de place ici, il n'est pas possible d'entrer dans un examen détaillé de ce projet de nouvelle réglementation. Comme tendance générale, il convient néanmoins de relever que le Conseil fédéral a profité de cette révision pour adapter la LPCC aux normes et exigences internationales notamment en termes d'organisation et d'exigences de fonds

propres; l'OPCC sera révisée en conséquence. En outre, la mise en œuvre pratique de tout ce nouvel édifice réglementaire ne sera rendue possible que par la conclusion de conventions techniques entre la FINMA et toutes les autorités de surveillance étatiques étrangères concernées.

Cette modification du paysage réglementaire, si elle est acceptée, fera inéluctablement faire pression sur les gestionnaires indépendants, qui devront s'adapter à cette nouvelle donne. Cela étant, ce mouvement vers une réglementation accrue n'est pas nouveau. Nous songeons notamment ici aux nouvelles exigences posées par l'OFAS dans le cadre de la révision de l'OPP2, qui prévoit de n'autoriser désormais la délégation de la gestion des actifs de fonds de pension qu'à des gestionnaires dûment autorisés, mais aussi aux discussions qui avaient lieu ces derniers mois en vue d'interdire aux gérants indépendants non autorisés la gestion des fonds détenus par des investisseurs qualifiés (art. 6 al. 2 OPCC). Le P-LPCC règle d'ailleurs ce débat en proposant d'introduire de nouvelles règles strictes, qui permettent une meilleure segmentation de la clientèle, sans toutefois exclure les gérants indépendants. Nous voyons, le P-LPCC forcera les gestionnaires indépendants à évoluer. Cependant, une telle évolution est nécessaire pour assurer non seulement la compétitivité de ces acteurs, et donc de notre place financière, mais également la sécurité des investisseurs de manière générale. ■

## ACTIVITÉS TRANSFRONTALIÈRES

# L'impact des exigences de la Finma

La réglementation des activités transfrontalières relève de l'Autorité de surveillance des marchés. Celle-ci requiert des banques qu'elles respectent la législation étrangère en matière de droit de la surveillance.

UNE PREMIÈRE ÉTAPE CONSISTE-RAIT À CRÉER UN CONCEPT GLOBAL DE FORMATION DANS LE DOMAINE CROSS BORDER.



JEAN-LUC EPARS, Attorney-at-Law, Partner Legal, KPMG  
ALEX GEISSBÜHLER, Attorney-at-Law, Partner Audit  
Financial Services, KPMG

La crise financière a montré que les services transfrontaliers («cross border»), à savoir les services financiers que les banques établies en Suisse rendent à des clients domiciliés à l'étranger, créent d'importants risques juridiques et de réputation. Les pressions à cet égard tendent plutôt à s'aggraver.

En date du 22 octobre 2010, la Finma a émis une «Position à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontalières», dans laquelle elle requiert que les banques soumettent leurs activités transfrontalières à une analyse approfondie et qu'elles prennent des mesures appropriées pour minimiser ou éliminer ces risques. La Finma exige à cet égard:

- une stratégie claire de la part du Conseil d'administration,
- des directives prenant en considération les activités autorisées ou interdites dans les pays dans lesquels les banques sont actives,
- un concept de formation pour les employés concernés par ces activités,

• l'insertion de cette problématique dans le système de contrôle interne,

• un système de rémunération qui incite les employés à respecter les règles transfrontalières.

Une banque ne se conformant pas à ces exigences découlant du droit de la surveillance mettrait en jeu sa garantie d'activité irréprochable. Une violation grave des règles étrangères de surveillance, en lien avec des activités transfrontalières, pourrait même mettre en question l'autorisation d'exercer une activité bancaire.

La réflexion de la Finma a également englobé les cas dans lesquels les banques collaborent avec des gérants indépendants et n'agissent qu'à titre de banque dépositaire. Pour la Finma, une telle situation ne peut pas être considérée comme une mesure concrète visant à minimiser ou éliminer les risques liés aux activités transfrontalières. Elle attend dès lors que les banques prennent en compte ces relations dans leur réflexion.

Cette exigence pose toutefois un certain nombre de questions par rapport à sa mise en œuvre. En effet, les gérants indépendants ne sont pas (encore) soumis au même type de surveillance réglementaire que les instituts financiers soumis à la Finma. Outre les règles émises par les organismes d'autorégulation (OAR), les seules dispositions légales que les gérants indépendants doivent respecter sont celles qui découlent de la Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (LBA).

La Finma se trouve dès lors dans un dilemme en matière de droit de la surveillance. S'il est défendable en effet que les gérants indépendants doivent aussi tenir compte et respecter les règles étrangères de droit de la surveillance, la base légale pour surveiller et mettre en œuvre une telle réglementation fait défaut. Vu sa marge de manœuvre limitée, il n'est pas étonnant que la Finma ait choisi une voie «indirecte», en passant par les banques, pour assurer la surveillance des gérants indépendants. Dans ce cadre, et en lien avec la gestion de leurs risques de réputation,

les banques ne devraient plus collaborer sans autre avec des gérants indépendants qui n'agiraient pas dans le respect des règles étrangères de surveillance. La Finma s'attend d'ailleurs à ce que les banques prennent des mesures pour choisir et instruire de manière appropriée les gérants indépendants avec lesquels ils souhaitent collaborer.

Ces exigences amènent à penser que, dans le futur, les banques entretiendront des relations d'affaires uniquement avec des gérants indépendants respectant le droit étranger de la surveillance. A l'heure actuelle, une grande marge de manœuvre est toutefois accordée aux banques s'agissant des exigences et mesures qu'ils souhaitent mettre en œuvre vis-à-vis des gérants indépendants. Cette situation, à long terme, pourrait susciter quelques conflits entre banques, dans le domaine du droit de la surveillance, liés à l'acceptation de gérants indépendants: une banque adoptant des règles plus strictes d'acceptation risquerait de perdre certains gérants indépendants attirés par d'autres banques ayant par hypothèse adopté des règles un peu moins restrictives.

En fait, aussi longtemps que les gérants indépendants ne seront pas soumis à des règles uniformes de surveillance, il sera extrêmement difficile pour les banques de s'accorder sur des règles de surveillance et d'acceptation standards.

Une première étape consisterait à créer, à l'attention des gérants indépendants, un concept global de formation dans le domaine «cross border», accompagné d'une certification. Ce point fait déjà l'objet de discussions entre OAR et représentants des milieux bancaires. Il n'est pas exclu non plus, et ceci dans un but de clarification, que les OAR doivent compléter leurs dispositions d'autorégulation en incluant, par exemple dans leurs Codes de conduite respectifs, une obligation, pour les membres exerçant l'activité de gestion de fortune, de tenir compte des règles de droit étranger de la surveillance et de prendre des mesures identiques à celles requises par la Finma. ■