



# Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 - CH - 1204 Genève

Tél. 022 310 07 35 - Fax 022 310 07 39 - www.arif.ch - e-mail: info@arif.ch

TVA n° CHE-101.192.434

(Dem französischen Originaltext folgt eine Übersetzung auf Deutsch)

## Surveillance prudentielle des gérants de fortune et rôle des OAR

### Prise de position de l'Association romande des Intermédiaires financiers (ARIF) suite au Rapport de la FINMA du 24 février 2012

Considérant les travaux préparatoires en cours en vue de la rédaction d'une loi sur les services financiers et d'autres réglementations du secteur financier, l'ARIF, organisme d'autorégulation agréé par la FINMA depuis 1999, souhaite communiquer ses vues et ses idées aux personnes chargées de concevoir et élaborer cette future législation.

Le texte qui suit tend principalement à suggérer des solutions en matière de surveillance prudentielle des gérants de fortune, en fonction des expériences accumulées en douze ans de pratique de l'autorégulation dans les domaines de la LBA et des règles de conduites imposées aux gérants de fortune actifs dans les placements collectifs de capitaux, ainsi qu'à promouvoir le rôle futur des OAR et l'évolution de leur statut juridique.

### Contenu

- A. Contexte général
- B. Situation actuelle des OAR
- C. Evolution du rôle et du statut des OAR
  - 1. Maintien d'organismes de milice au service de la régulation du secteur financier
  - 2. De l'autorégulation vers la délégation de la surveillance prudentielle
- D. Conditions d'autorisation et objet de la surveillance prudentielle
  - 1. Définition de l'activité de gérant de fortune
  - 2. Périmètres d'activités autorisées des gérants de fortune
  - 3. Garantie de l'activité irréprochable
  - 4. Qualification professionnelle des gérants de fortune
  - 5. Instauration d'un cursus de formation obligatoire, d'un diplôme et d'une formation continue
  - 6. Organisation des gérants de fortune
  - 7. Règles de conduite
  - 8. Fonds propres
  - 9. Forme juridique et audit des états financiers
  - 10. Protection contre les risques de responsabilité civile
- E. Mise en œuvre de la surveillance prudentielle
- F. Autres perspectives
- G. Conclusion

./.

## **A. Contexte général**

La gestion de fortune dite indépendante, au sens qu'elle est exercée par des entreprises externes aux banques, n'est pas encore soumise en Suisse à une surveillance prudentielle complète et obligatoire. Les gérants de fortune font cependant déjà l'objet d'une surveillance sous l'angle de la lutte contre le blanchiment d'argent d'origine criminelle. Les règles mises en place par la FINMA et les organismes d'autorégulation ont déjà posé dans ce cadre les jalons d'une surveillance prudentielle, par le biais d'un contrôle large et une définition extensive de la notion de « garantie d'une activité irréprochable ».

A cette première couche réglementaire s'est ajoutée, pour plus de la moitié des gérants de fortune, la soumission aux règles de conduite édictées par les OAR et d'autres organisations professionnelles, en conformité des règles-cadre posées par la FINMA dans sa Circulaire 09/1.

Cependant, l'évolution des législations étrangères, en particulier européennes, oblige à franchir un pas supplémentaire pour permettre aux gérants de fortune d'accéder librement aux marchés et aux investisseurs étrangers. Aussi, les difficultés rencontrées en Suisse par de nombreux investisseurs du fait de la crise financière convainquent de la nécessité d'une protection accrue du client vis-à-vis des professionnels de la gestion de fortune, de sorte à maintenir la confiance du public dans la qualité de leurs services.

## **B. Situation actuelle des OAR**

La plupart des OAR sont actuellement constituées en associations de droit privé, dont le fonctionnement social est en principe autonome.

Cependant, la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêt 2C\_887/2010) leur a reconnu la qualité d'organismes assumant une tâche de l'Etat au sens de l'art. 35 al. 2 Constitution Fédérale, avec pour corollaire l'obligation d'assurer le respect des droits constitutionnels, particulièrement en matière procédurale.

Si les OAR jouissent d'une certaine autonomie de proposition dans l'édition des règlements et directives destinés à mettre en œuvre la LBA, le contrôle exercé par l'Autorité fédérale de surveillance, aujourd'hui par la FINMA, a considérablement resserré l'étreinte réglementaire dans le sens d'une application assez uniforme, au moins en matière LBA.

Les règles-cadre édictées en matière de gestion de fortune constituent un cadre plus souple que celui de la LBA, mais en pratique, leur mise en œuvre tend vers le standard professionnel existant, exprimé par l'Association suisse des gérants de fortune (ASG).

Il est permis de dire qu'au cours de leurs douze années d'existence, les OAR ont correctement accompli leurs tâches, avec un soin qui n'a rien à envier à celui de l'administration étatique. Les contrôles très réguliers de celle-ci sur les OAR ont donné lieu à un satisfecit entier.

La mise en œuvre par les OAR des réglementations applicables aux prestataires non bancaires de services financiers possède en effet plusieurs avantages :

- la bonne connaissance du marché de la part des organes des OAR, eux-mêmes constitués de praticiens bien informés des faits et gestes des acteurs locaux ou sectoriels;
- la relation de proximité et la bonne réception des acteurs du marché vis-à-vis d'organismes constitués par et pour les professionnels ;
- l'engagement personnel important des employés et membres des organes dirigeants des OAR, avec un véritable dévouement au service des affiliés et du public;
- la relative économie de moyens nécessaires à l'accomplissement de la tâche, favorisée par la décentralisation;
- l'implication, tant pour l'édition des règles que la surveillance de leur application, de professionnels de haut niveau, expérimentés et disposés à mettre leur savoir-faire au service de l'OAR en tant que miliciens, mais qui ne pourraient pas être recrutés par l'administration.

Cette liste est loin d'être exhaustive, et il faut y ajouter le sérieux très helvétique dont les organes et employés des OAR ont fait preuve dans l'accomplissement de leurs tâches, sans compromis ni complaisance, ainsi que la solidité financière des OAR, qui ont accumulé des réserves financières égales au moins à un budget annuel de leur fonctionnement.

Le système de l'autorégulation présente cependant aussi certains inconvénients :

- l'incompréhension dont l'étranger fait preuve à son égard, spécialement dans les pays où le service de milice est peu connu, voire suspect ;
- le faible *imperium* des OAR vis-à-vis de leurs affiliés, qui ne permet pas de mettre en œuvre un système d'enquêtes et de sanctions des affiliés contrevenants aussi efficace et dissuasif que celui des autorités étatiques;
- la disparité entre certains OAR quant au niveau d'exigences ;
- l'échange encore insuffisant de renseignements entre les OAR, et entre ceux-ci et l'administration.

### **C. Evolution du rôle et du statut des OAR**

Les considérations qui précèdent nous conduisent à faire les propositions suivantes :

#### 1. Maintien d'organismes de milice au service de la régulation du secteur financier

Le maintien d'un système "bipartite" englobant d'une part l'autorité étatique, et d'autre part des organismes à caractère privé, nous semble se justifier par les avantages que ces organismes présentent, et par l'efficacité dont ils ont fait preuve jusqu'ici.

Plus encore, le savoir-faire, les outils informatiques développés constamment depuis plus de dix ans, la capacité de travail des OAR, sont actuellement sous-employés : ces organismes sont à même de traiter un volume de travail plus important et plus complexe, sans augmentation significative de leurs frais de fonctionnement.

L'accomplissement de tâches de surveillance prudentielle conjointement à celles découlant de la LBA, permettrait de gagner en efficacité, par une rationalisation des opérations de contrôle et par une connaissance globale et plus approfondie de l'organisation et de l'activité des intermédiaires financiers concernés.

A l'inverse, la disparition des OAR serait très certainement une perte aussi bien matérielle qu'intellectuelle pour la place financière suisse.

- plus d'une centaine de postes de travail seraient supprimés dans les cantons où les OAR sont implantés ;
- les investissements de plusieurs dizaines de millions de francs consentis depuis douze ans pour les structures des OAR seraient perdus ;
- à l'opposé, l'administration fédérale devrait alors se doter d'au moins une centaine de collaborateurs supplémentaires, et des infrastructures nécessaires à leur travail ;
- il serait extrêmement difficile de recruter un nombre suffisant de spécialistes de haut niveau, tels que ceux qui mettent actuellement leurs connaissances à disposition des OAR comme miliciens.

## 2. De l'autorégulation vers la délégation de la surveillance prudentielle

Le principal inconvénient des OAR dans leur état actuel, à savoir leur non-reconnaissance comme équivalents à une autorité étatique par certains systèmes juridiques étrangers, ne peut à notre sens être résolu que par le biais d'un système d'autorisation délivré par la FINMA aux gérants de fortune pour exercer leur activité.

Cependant, même dans ce cas de figure, les OAR peuvent conserver un rôle important :

- par le fait que les demandes d'autorisation des gérants de fortune seraient présentées par le biais des organismes d'autorégulation, qui auraient pour tâche de préparer les dossiers de candidature ou d'aider les candidats à les constituer, le cas échéant d'émettre un préavis. Un tel système de «*preppies*» nous semble particulièrement opportun, compte tenu de la nécessité de pouvoir décider sur la demande d'autorisation de plusieurs milliers de gérants dans un délai relativement court, ce que la FINMA n'a pas les moyens d'absorber ; les OAR ont montré leur capacité à relever un tel challenge à l'entrée en vigueur de la LBA ;
- par le fait que l'autorisation serait conditionnée à l'affiliation à un organisme professionnel ayant édicté des règles de conduite approuvées par la FINMA.

Au-delà de ce rôle dans la délivrance des autorisations, les OAR sont parfaitement à même d'assumer ensuite la tâche de mettre en œuvre la surveillance prudentielle des

gérants de fortune ; ils disposent des moyens, du personnel et du savoir-faire nécessaires.

Pour pallier aux défauts de leur situation actuelle, le statut juridique des OAR devrait cependant évoluer, pour passer de celui d'organisme d'autorégulation (« OAR»), à celui d'organisme de régulation déléguée (« ORD »), et il devraient être établis dans ce rôle par une base légale qui leur conférerait la qualité « *d'organisations indépendantes de l'administration fédérale, statuant dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération* » au sens de l'art. 1, al. 2, let. e de la Loi fédérale sur la procédure administrative.

Ce rôle et cette tâche s'exercerait bien entendu sous la surveillance de la FINMA et/ou du Département fédéral des finances.

#### **D. Conditions d'autorisation et objet de la surveillance prudentielle**

Sur la base de l'expérience acquise en matière de surveillance des gérants de fortune sous l'angle de la LBA et des règles de conduite imposées par la LPCC, nous sommes d'avis que les points suivants mériteraient de figurer au nombre des conditions d'autorisation d'une future loi régulant la profession de gérant de fortune :

##### **1. Définition de l'activité de gérant de fortune**

On considère généralement l'activité de gérant de fortune comme celle d'une entreprise commerciale qui propose des services en matière de planification financière, de conseil ou de gestion patrimoniale.

Compte tenu des buts de la régulation, à savoir la protection des investisseurs et la compatibilité avec les systèmes juridiques étrangers, nous sommes d'avis que la frontière souvent posée entre l'activité de gérant de fortune et celle de conseiller en placements doit perdre de son importance, et qu'il convient d'y renoncer, à tout le moins lorsque le conseiller en placements est au bénéfice d'une procuration limitée auprès de la banque dépositaire lui permettant d'exécuter les instructions de son client.

##### **2. Périmètres d'activités autorisées des gérants de fortune**

Compte tenu des différences très importantes de compétences demandées et de risques créés, il nous semble justifié de prévoir une segmentation au niveau de l'autorisation entre les gérants pratiquant une gestion "traditionnelle" au moyen des instruments de placement ordinaires, et les gérants dont l'activité se déploie au moyen d'instruments sophistiqués, hautement spéculatifs ou à fort effet de levier, qui devraient justifier de compétences suffisantes pour en user.

##### **3. Garantie de l'activité irréprochable**

Comme c'est déjà le cas actuellement en matière LBA et pour les gérants de fortune soumis aux règles de conduite en matière LPCC, l'exigence d'offrir toutes les garanties d'une activité irréprochable et de jouir d'une bonne réputation doit s'imposer à l'ensemble des gérants de fortune. L'attestation d'absence de procédure à caractère pénal ou disciplinaire devrait être fournie lors du processus d'autorisation, et tout fait

remettant en cause cette attestation devrait être signalé immédiatement, et faire l'objet de contrôles réguliers à l'occasion des révisions périodiques.

#### 4. Qualification professionnelle des gérants de fortune

Les gérants doivent posséder un personnel disposant d'une formation et d'une expérience suffisantes pour exercer l'activité autorisée. Ce niveau de formation et cette expérience doivent être d'autant plus élevés que le segment d'activité exploité présente des risques importants.

On ne doit pas exiger une période probatoire trop importante, mais deux ou trois ans nous semblent un minimum pour acquérir l'expérience requise.

Cette formation et cette expérience doivent permettre à l'entreprise de gestion de fortune d'assurer à ses clients la bonne réalisation d'opérations sur les instruments financiers utilisés, ainsi que les services d'investissement usuels, réception, transmission, exécution d'ordres de bourse, etc..

#### 5. Instauration d'un cursus de formation obligatoire, d'un diplôme et d'une formation continue

Au-delà d'une période transitoire et de l'autorisation délivrée aux gérants de fortune exerçant déjà lors de l'entrée en vigueur de la future loi, il nous semble extrêmement important d'établir aussi rapidement que possible un cursus académique offrant plusieurs niveaux de formation aux employés et organes dirigeants des futures et nouvelles entreprises de gestion de fortune.

Ce cursus doit être gratifié par un diplôme, de préférence reconnu internationalement. Les ressources académiques existent déjà pour la mise sur pied de tels programmes de formation, et leur excellence jouera à notre sens un rôle important dans la réputation future de la place financière suisse.

En plus des cursus de formations de base, nous sommes d'avis qu'une formation continue doit être dispensée aux gérants de fortune. Cette formation continue pourrait être mise sur pied et/ ou validée par le biais des OAR, avec le concours d'institutions académiques ou d'instituts de formation reconnus.

#### 6. Organisation des gérants de fortune

Le modèle d'organisation actuellement prévu par le projet de nouvelle LPCC pour les gestionnaires de placements collectifs, notamment en matière de séparation fonctionnelle entre le conseil d'administration et la direction, et au sein de la direction, nous semble suffisant et adéquat pour la structure à donner aux gérants de fortune, l'objectif étant de permettre à des petites structures, comptant 5 ou 6 personnes, de pouvoir également être autorisées à exercer.

#### 7. Règles de conduite

Les règles de conduite qui ont été définies par les OAR sous l'égide des règles-cadres édictées par la FINMA, en particulier l'expression qui en a été donnée par l'ARIF à

l'imitation de l'ASG, nous semblent constituer une bonne base de régulation des gérants de fortune, sous réserve de certains ajouts.

Il conviendrait notamment d'y ajouter deux chapitres, dictés par le souci de compatibilité avec les législations étrangères, à savoir tout d'abord la prise en compte du concept de « suitability » tel que défini par les directives européennes, et d'autre part, la prise en compte des exigences transfrontalières, telles qu'elles ont été exprimées dans la prise de position de la FINMA à ce sujet.

#### 8. Fonds propres

On ne doit pas à notre avis surestimer les exigences de fonds propres imposées aux gérants de fortune. A la différence des banques ou négociants en valeur mobilière, ils ne sont pas appelés à tenir des comptes de tiers, et il importe seulement qu'ils disposent des fonds propres nécessaires à la bonne marche de leur activité, étant entendu que, quels que soient les niveaux de ces fonds propres, ils ne suffiront jamais à garantir la clientèle contre les risques de pertes découlant de la gestion.

Le capital social ordinaire de CHF 100'000.- prévu pour les sociétés anonymes nous semble à cet égard suffisant, mais on peut songer à aller jusqu'à CHF 200'000.-, ou encore se fonder sur une part à définir des dépenses annuelles de fonctionnement de l'intermédiaire financier, à l'instar de ce qui est prévu pour les gestionnaires de placement collectifs.

#### 9. Forme juridique et audit des états financiers

Pour des raisons de compatibilité avec les ordres juridiques étrangers mais aussi de continuité de l'exploitation, il nous semble préférable que le gérant de fortune soit constitué sous la forme d'une société commerciale (personne morale ou SNC). Les exigences de solvabilité et la mise en œuvre d'une surveillance prudentielle nécessitent obligatoirement que les états financiers fassent l'objet d'une révision sur le modèle du contrôle restreint ou du contrôle ordinaire selon la taille de l'entreprise.

#### 10. Protection contre les risques de responsabilité civile

L'ARIF a conduit en 2011 une analyse approfondie avec de grands prestataires d'assurance en Suisse pour tenter de mettre sur pied une police d'assurance collective de ses affiliés gérants de fortune. Cet exercice s'est soldé par un échec, les assureurs consultés refusant de s'écarter de leur modèle de risques habituel, qui exclut de la couverture d'assurance la plupart des risques véritables auxquels sont exposés les clients des gérants de fortune.

Nous en concluons qu'il sera beaucoup plus efficace et protecteur, non seulement pour les gérants de fortune, mais surtout pour leur clientèle et pour la réputation de la place financière suisse, que soit créé un organisme de cautionnement mutuel, basé sur un fonds d'indemnisation alimenté par les contributions de l'ensemble des acteurs susceptibles d'y faire appel; ceci en vue d'indemniser, en tout ou en partie et de manière rapide et efficace, les clients des gérants de fortune lorsque ces derniers ont engagé leur responsabilité civile, sans préjudice des possibilités de recours contre les organes responsables.

## **E. Mise en œuvre de la surveillance prudentielle**

Le système que nous préconisons pour la surveillance des gérants de fortune est celui actuellement en vigueur en matière LBA, qui a donné satisfaction.

Deux méthodes de contrôle cohabitent actuellement :

- l'accomplissement de révisions effectuées par des réviseurs externes mandatés par les gérants de fortune, dont le travail est vérifié par l'OAR, qui procède également à des contrôles directs ciblés;
- l'accomplissement de tous les contrôles directement par l'OAR.

Dans les deux cas, le contrôle conduit à l'établissement d'un rapport de révision, et à l'ouverture de procédures disciplinaires à l'encontre des contrevenants, qui sont portés à la connaissance de la FINMA.

Les deux systèmes peuvent à notre sens coexister, le contrôle direct nécessitant cependant une organisation beaucoup plus lourde pour les OAR qui le pratiquent.

La majorité des OAR utilise actuellement le premier système ci-dessus, basé sur un corps de réviseurs externes, à l'instar de ce que fait la FINMA vis-à-vis des intermédiaires financiers bancaires ou non bancaires qui lui sont directement soumis.

L'expérience de l'ARIF dans ce domaine rejoint celle de la FINMA, à savoir que le travail des réviseurs n'est pas toujours satisfaisant. Ceci tient à notre avis au caractère insuffisant des mécanismes de sanction pouvant s'exercer à l'égard des réviseurs, ainsi qu'aux compétences parfois limitées de certains d'entre eux, dont la formation est purement comptable, ce qui n'est pas suffisant pour connaître les arcanes de la gestion de fortune.

Il nous semble donc absolument nécessaire qu'un corps de réviseurs spécialement qualifiés soit constitué, qui seuls pourraient être agréés aux fins de la révision des gérants de fortune, à l'image de ce qui se fait en matière bancaire, même si leur cercle devrait être plus large que celui actuellement très fermé des réviseurs bancaires.

A l'instar des exigences posées aux gérants de fortune pour l'exercice de leur activité, leurs réviseurs agréés devraient répondre à des conditions de formation spécifique d'un haut niveau, acquises au travers d'un cursus académique spécialisé semblable à celui des gérants de fortune, en plus bien entendu de celui, habituel, de révision comptable. Un mécanisme de sanctions et de retrait d'agrément suffisamment sévère et dissuasif devrait être mis sur pied en collaboration avec l'Autorité de surveillance des réviseurs (ASR), de sorte à assurer une diligence suffisante.

## **F. Autres perspectives**

D'autres sujets et d'autres domaines de régulation sont actuellement en discussion entre les acteurs intéressés, pour mettre sur pied des systèmes de licence et de contrôle dans



lesquels les OAR sont appelés à jouer un rôle, notamment celui des prestataires en matière de trusts, d'administration d'entités de domicile, et de services fiduciaires.

Nous sommes convaincus que cette dynamique est appelée à profiter à l'ensemble de la place financière et de l'économie suisse.

## **G. Conclusion**

Notre analyse nous amène à conclure que l'élaboration des lois actuellement en préparation dans le secteur financier perdrait beaucoup à se passer des services que les organismes d'autorégulation peuvent fournir à la place financière.

S'agissant de la surveillance prudentielle des gérants de fortune, l'ARIF recommande en résumé:

1. la soumission de l'exercice de l'activité de gérant de fortune à l'autorisation de la FINMA;
2. le contrôle permanent des gérants de fortune par les OAR, agissant en tant que délégués des compétences de l'Etat, et par des réviseurs externes spécialement qualifiés, sous la haute surveillance de l'autorité fédérale;
3. des conditions d'autorisation basées sur la garantie de l'activité irréprochable, les qualifications professionnelles vérifiées, l'organisation adéquate, la solidité financière et la soumission à des règles de conduite;
4. la prise en compte des OAR dans l'élaboration et la mise en place de la réglementation, et son application.

Genève, le 15 août 2012

Pour le Comité de l'ARIF :

Julien Blanc

Raphaël Treuillaud

Contacts :

ARIF, 8 rue de Rive, 1204 Genève

M. Julien Blanc, Président du Comité

M. Raphaël Treuillaud, Président de la commission de surveillance

M. Norberto Birchler, Directeur

Destinataires :

DFF :

Mme Eveline Widmer-Schlumpf, Conseillère fédérale

M. Daniel Roth, Responsable du Service juridique

M. Marcel Wendelspiess, Juriste

SFI:

M. Matthias Heer, Economiste aux questions financières internationales

FINMA :

Mme Anne Héritier Lachat, Présidente du Conseil d'administration

M. Patrick Raaflaub, Directeur

M. Yann Wermeille, Chef de la division Marchés

Mme Caroline Clemetson, Responsable section Placement collectif de capitaux et distribution

M. Markus Müller, Chef section Asset management

M. Léonard Bôle, Chef section Blanchiment d'argent et analyses marchés

M. David Wyss, Chef de la division Enforcement

M. Urs Zulauf, Chef de la division Services stratégiques

M. Dominik Witz, Mme Adrienne Salina, M. Stephan Stadler