



## **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](http://www.arif.ch) - e-mail : [info@arif.ch](mailto:info@arif.ch)

### **Loi sur les services financiers (LSFin)**

Eléments principaux d'une réglementation possible

Rapport du Département fédéral des finances du 18 février 2013

### **Prise de position**

L'ARIF est un Organisme d'autorégulation reconnu (OAR) au sens de la loi fédérale concernant le blanchiment d'argent et la lutte contre le financement du terrorisme (LBA). Fondée en 1999 sous la forme d'une association au sens des art. 60 et ss du Code civil (CC), elle a obtenu le 24 décembre 1999 l'agrément de l'Autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent (ACLBA), à laquelle a succédé la FINMA depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

L'ARIF compte à ce jour 471 membres, intermédiaires financiers au sens de la LBA, actifs dans plusieurs domaines professionnels (agents de change, money transmitters, fiduciaires, trusts, régies immobilières, etc.), dont celui de la gestion de fortune, compartiment qui rassemble à ce jour 178 membres actifs de notre association. 118 membres gérants de fortune ont par ailleurs adhéré au Code de déontologie professionnelle conforme à la Circulaire FINMA 2009 / 1 (Circ. FINMA 09/01).

L'association emploie au total 7 personnes (soit 6.5 postes de travail). Dotée d'un comité directeur de 15 personnes, professionnels hautement qualifiés (avocats, gérants de fortune, administrateurs de société, trustees, etc.) et impliqués dans la gestion concrète de l'OAR, des admissions, de la formation et de la surveillance des membres.

\* \* \*

## Remarques initiales

### 1. *Abandon de l'autorégulation (au profit d'une régulation déléguée ou surveillance déléguée)*

Pensée initialement pour une mise en œuvre des obligations contenues dans la LBA et une surveillance des intermédiaires financiers fondée sur un modèle comparable à celui des banques et de leur Convention de diligence (CDB), l'autorégulation LBA a connu une importante évolution depuis sa mise en place à la fin des années '90.

La surveillance étatique sur les OAR, exercée jusqu'à fin 2008 par l'ACLBA, puis par la FINMA dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, a ainsi pris de plus en plus de place dans les règles imposées à ces organismes, limitant *de facto* et *de jure* leur capacité de pure autorégulation, que ce soit dans l'édiction des règles prudentielles, dans leur surveillance et dans les sanctions appliquées.

Dans un arrêt de principe rendu le 28 avril 2011, le Tribunal fédéral a ainsi imposé aux OAR, en leur qualité d'organismes exerçant une tâche de l'Etat au sens de l'art. 35 al. 2 de la Constitution fédérale, de motiver leurs décisions, au même titre que les autorités, afin de respecter les droits procéduraux de leurs membres (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_887/2010). Indépendamment de ce principe procédural, il est également important de noter que la décision de la FINMA qui est à l'origine de cette jurisprudence **a imposé à l'OAR un changement statutaire**, lequel n'avait pas été discuté lors de l'assemblée générale qui avait modifié d'autres dispositions de ses statuts, sur lesquelles l'OAR demandait agrément.

C'est ainsi qu'à ce jour, tant les règles et standards minimaux mis en place par le régulateur fédéral, que la surveillance étroite à laquelle sont soumis les OAR, montrent que le modèle mis en place par le législateur en 1998 avec la LBA **a évolué vers un système de régulation dicté par la FINMA, dans lequel la surveillance est déléguée aux OAR, qui agissent comme auxiliaires de l'autorité**; les capacités des OAR d'émettre leurs propres règles sont réduites.

Cette évolution nous amène à appeler de nos vœux dans le cadre de la nouvelle réglementation envisagée, l'officialisation de cette évolution qui nous paraît centrale. L'appréciation portée par l'Union Européenne (UE) sur la qualité du modèle suisse de surveillance (cf. p. 7 du Rapport DFF du 18 février 2013) en dépend.

Autrement dit, l'ARIF considère **souhaitable l'abandon du système d'autorégulation, au profit d'une régulation encadrée officiellement. Dans un tel système, les règles édictées sont le fait de l'Etat, alors que la surveillance serait déléguée à des organismes "de régulation déléguée" ou "de surveillance déléguée" (ci-après ORD ou OSD).**

Ce changement est voulu tant pour la cohérence interne (continuité, proximité des contrôles, etc...), que pour la crédibilité internationale.

2. *Consultation interne – synthèse des positions exprimées par les membres consultés*

L'ARIF a transmis à ses membres le 21 février 2013 le Rapport mis en consultation en leur demandant de se déterminer sur les questions posées d'ici au 12 mars 2013.

Les réponses reçues montrent un avis globalement favorable quant aux nouveaux principes présentés. L'intégration du droit européen dans la législation suisse, qui ne semble pas aisée au vu de sa complexité et du nombre de directives et règlements applicables dans l'UE, devrait selon nos membres garantir l'accès au marché européen.

La **surveillance par les organismes (OAR) existants est fortement souhaitée par la proximité et le professionnalisme qu'elle assure**, moyennant un renforcement de la surveillance exercée par la FINMA sur les nouveaux "ORD" à définir, afin d'assurer une équivalence avec les systèmes de surveillance étatique connus dans l'UE.

Quelques nuances sont enregistrées quant au degré d'information à la clientèle et le renversement du fardeau de la preuve, lequel semble être l'innovation la plus discutable du projet du point de vue des professionnels. Le comité de l'ARIF s'est ainsi interrogé sur la possibilité de compléter le Code des obligations avec un Titre supplémentaire, relatif au mandat de gestion de fortune.

## Réponses aux questions

1. Que pensez-vous du renforcement de la protection des investisseurs dans le sens des présentes propositions ?

Sur le principe, le renforcement de la protection des investisseurs est bien accueilli. Pour une partie de nos membres, il y aurait toutefois lieu d'en faire une application équilibrée pour ne pas nuire à la confiance qui doit lier les parties.

2. Faut-il reprendre à l'identique le contenu de la réglementation applicable dans l'UE dans le cadre du projet LSFIn ou faut-il adopter une réglementation différente ? Si oui, dans quels domaines ?

La question, telle qu'elle est posée, contient plusieurs ambiguïtés. En effet, même dans l'Union européenne, la plupart des textes adoptés par la Commission ou le Conseil ne sont pas d'application directe dans les pays membres. D'une façon générale, la "législation européenne" n'a pas à être reprise telle quelle, qui plus est dans un pays tiers comme la Suisse.

En revanche, il est admis que le projet devrait être eurocompatible, dans la perspective de permettre aux prestataires de services suisses, après la reconnaissance d'équivalence prévue en 2015, de pratiquer dans les pays de l'UE.

3. Le droit suisse doit-il reprendre à l'identique la réglementation de l'UE applicable à la segmentation des clients ou faut-il adopter une réglementation différente ? La preuve d'un certain patrimoine librement disponible ou de qualifications professionnelles appropriées, voire d'une combinaison de ces deux éléments est-elle par exemple déterminante ?

Selon nos membres, une segmentation de la clientèle s'impose.

Actuellement, la Loi sur les placements collectifs (LPCC) et son ordonnance d'application (OPCC) sont, à notre connaissance, les seules sources contenant une segmentation de la clientèle (art. 10 al. 3 LPCC).

Ces textes consistent à considérer comme investisseurs qualifiés les particuliers fortunés, soit ceux qui disposent de connaissances particulières pour comprendre les risques des placements et qui disposent alors d'une fortune d'au moins CHF 500 000 (art. 6 al. 1 let. a OPCC), ou encore les clients qui confirment par écrit disposer d'une fortune d'au moins 5 millions de francs (art. 6 al. 1 let. b OPCC).

La dernière catégorie pose comme présomption qu'une fortune de plus de 5 millions de francs emporte des connaissances particulières, ce qui n'est pas forcément le cas dans la pratique.

Le droit européen, par les critères alternatifs du respect de deux conditions sur trois, combinant connaissances particulières du client, fortune, taille des transactions et position professionnelle nous semble, à ce stade, plus simple et plus approprié sous l'angle de la protection des consommateurs de services financiers.

4. Parmi les deux solutions de réglementation proposées pour les gestionnaires de fortune, laquelle préférez-vous ? Quels sont les motifs déterminants ? Avez-vous d'autres solutions à suggérer ?

La place financière suisse se caractérise par une forte présence bancaire, mais également par un tissu important de petites et moyennes entreprises (PME). Au contraire des pays européens dans lesquels des exigences réglementaires et de fonds propres ont été mises en place depuis de nombreuses années, le relatif libéralisme de notre pays dans le domaine explique pourquoi la majeure partie des gérants de fortune et conseillers en placements sont des microstructures.

Ainsi, par exemple, dans notre association, 80 % de nos membres comptent moins de cinq collaborateurs.

Cet élément devrait guider le choix du législateur vers un système de surveillance de proximité.

En outre, comme notre association a déjà eu l'occasion d'en faire part dans sa prise de position du 15 août 2012, elle milite pour une solution de surveillance souple et de proximité, actuellement bien intégrée et acceptée par les acteurs du marché.

Toutefois, consciente de l'évolution des dix dernières années dans le domaine de la LBA et des règles cadres, et aussi en raison du fait que les OAR se sont vus concéder le statut d'entités assumant une tâche de l'Etat au sens de l'art. 35 al. 2 Cst, notre association estime que le statut des OAR doit évoluer.

À considérer que l'autorégulation comporte trois piliers ( *i*) édicition des règles, *ii*) surveillance de leur application et *iii*) sanctions), force est de constater que le premier pilier confié aux OAR a été considérablement réduit par le régulateur lui-même qui a, dans certains cas, imposé des modifications statutaires ou réglementaires à ces organismes.

L'inconvénient présenté par le rapport du 18 février 2013, selon lequel une surveillance des gestionnaires de fortune par les OAR ne répondrait pas aux normes internationales nous semble principalement fondé sur le fait que l'autorégulation, vue de l'étranger, serait un système autonome de surveillance mutuelle, ce qui n'est déjà pas le cas en pratique aujourd'hui.

Il peut néanmoins être remédié à cet inconvénient d'image en remplaçant le statut légal actuel d'autorégulation (art. 24 et ss LBA), par un système d'autorisation étatique délivrée soit directement par la FINMA, soit par les organismes existants, à qui on confierait désormais officiellement le statut d'entités déléguées d'une tâche publique.

Dans un tel modèle, seuls les deux piliers de la surveillance et des sanctions relèveraient véritablement du secteur privé, sous la haute surveillance de la FINMA. Un tel modèle ne différerait d'ailleurs pas fondamentalement du modèle de la surveillance bancaire, dans lequel les banques sont surveillées par des entités privées, les réviseurs bancaires agréés.

Outre les avantages d'une proximité du marché, d'une souplesse d'action et d'une correspondance au tissu économique du secteur parabancaire, un tel modèle présenterait aussi l'avantage de ne pas devoir engager du personnel, trouver des locaux, et faire fonctionner un nouveau service de l'administration (FINMA ou DFF), qui devrait partir de zéro.

Comme relevé précédemment dans la prise de position du 15 août 2012, la spécialisation des organismes d'autorégulation dans leur forme actuelle, la haute qualification de leurs organes dans les différents compartiments des services financiers, leur engagement en faveur de la réputation de la place

financière suisse, sont autant d'éléments qui plaident pour le maintien d'une surveillance privée.

Il nous paraîtrait également logique, pour ne pas dire indispensable, que la procédure de sanction soit également confiée à ces organismes dans un souci de cohérence et de célérité des procédures.

5. Comment évaluez-vous la proposition tendant à supprimer l'obligation des distributeurs d'obtenir une autorisation et l'obligation des intermédiaires d'assurances de s'inscrire au registre, et à soumettre ces acteurs du marché à la nouvelle obligation d'inscription des conseillers de clientèle introduite dans le cadre de la formation ?

Sur cette question, l'articulation du rapport du 18 février 2013 n'est pas claire. En effet, on comprend que le DFF propose de renoncer à la surveillance des distributeurs de placement collectif de capitaux par la FINMA, tout en leur imposant des règles de conduite (chap. 7).

Nous en avons donc déduit que les distributeurs de placements collectifs, sous l'angle des règles de conduite, seraient sujet à l'autorégulation dont, principalement, la question 4 propose de débattre.

Faute de clarté dans la question, il ne nous est pas possible d'y répondre précisément. Les membres de l'ARIF ayant pris part à notre consultation interne se sont quant à eux prononcés plutôt favorablement sur les principes énoncés.

Quant à l'obligation de formation, elle nous semble nécessaire en tout état de cause.

6. Comment évaluez-vous la proposition tendant à supprimer l'obligation des IFDS d'obtenir une autorisation conformément à la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) et à introduire une obligation d'affiliation à un OAR selon la LBA ?

Sur le principe, notre association se montre favorable à une délégation complète de la surveillance de tous les intermédiaires financiers aux futurs "ORD" et à ce que la FINMA ne conserve que la haute surveillance dans le modèle envisagé (supra ch. 4).

7. Faut-il prévoir d'autres exceptions ou allègements concernant l'obligation d'établir un prospectus que ceux qui sont mentionnés, applicables par exemple lors d'émissions de la Confédération, des cantons, des communes ou d'autres institutions de droit public ?

Il est souhaitable que certaines émissions puissent faire l'objet d'un prospectus simplifié, principalement dans un souci d'économie des coûts. La simplification ne devra toutefois pas se faire au détriment de la qualité de l'information.

8. Outre les produits financiers complexes, l'obligation d'établir un DICI doit-elle concerner d'autres produits financiers tels que les produits d'assurance sans caractère de placement ou des actions et obligations simples ?

Dans une perspective d'amélioration des services et de protection des consommateurs, l'obligation d'émettre un DICI devrait être proportionnée au risque des produits présentés. Les produits financiers simples ne semblent pas nécessiter d'information particulière et il serait maladroit d'obliger l'établissement d'un DICI pour ces placements.

On peut même y voir la porte ouverte à une profusion de documents non nécessaires s'apparentant plus à de la publicité qu'à une véritable information aux investisseurs. Cela n'est pas souhaitable.

9. Estimez-vous opportun le contrôle proposé de la documentation concernant les produits ou voyez-vous des éléments supplémentaires qui devraient être pris en considération ? Par quelles instances un tel contrôle devrait-il être effectué ?

Les membres consultés répondent favorablement à cette question sans se déterminer toutefois sur l'instance à qui doit être confié le contrôle.

10. Considérez-vous que les critères servant à vérifier le caractère approprié des transactions sur produits financiers et l'adéquation des placements pour un client donné sont judicieux ? Faudrait-il en inclure d'autres ?

Bien que les explications du rapport du 18 février 2013 soient claires, la question posée recèle de nombreuses difficultés.



En effet, en admettant que les règles de conduite obligent la mise en place d'un profil client et une adéquation de tous les placements avec ce profil, le caractère approprié des transactions devrait être relativement facile à contrôler. Toutefois, le problème peut se poser de façon épineuse dans le cadre des transactions *execution only*.

Dans ce dernier cas, il conviendrait à tout le moins de prévoir, même pour les produits simples, un contrôle de l'adéquation, par exemple en matière de concentration des risques sur un seul titre. Un tel contrôle pourrait en revanche se révéler très compliqué à mettre en place.

11. À votre avis, comment l'obligation de documentation proposée doit-elle être mise en œuvre ?

Notre association est d'avis qu'il convient de codifier le mandat de gestion de fortune et/ou de conseil en placements, dans un nouveau titre du Code des obligations.

12. Estimez-vous nécessaire la preuve d'une formation et d'un perfectionnement portant sur les règles de conduite et les compétences techniques ?

Les membres de l'ARIF ayant participé à la consultation, tout comme le Comité de l'association, estiment que la preuve d'une formation et d'un perfectionnement sur les règles de conduite est indispensable.

La question de l'accréditation des formations reste ouverte. La longue expérience des OAR en cette matière montre en effet que de nombreuses formations sont proposées dans le domaine financier, également à des fins purement mercantiles, et que la qualité de celles-ci devrait à tout le moins faire l'objet d'une évaluation, le cas échéant d'une accréditation.

La solution proposée précédemment par la FINMA, qui consisterait à sanctionner les formations par des examens, voire que les formations continues soient mises sur pied et / ou validées par le biais des OAR ("ORD"), des institutions académiques ou d'écoles reconnues, serait souhaitable.

13. Faut-il créer un registre public des conseillers de clientèle ?

Les réponses à la consultation interne organisée par notre association sont nuancées. Certains y sont favorables, d'autres y voient un accroissement des tâches administratives et une surveillance bien trop lourde.

Si l'association se montre favorable à la mise en place d'un registre public des conseillers de clientèle, il conviendrait toutefois de planifier avec précision les conditions qui doivent être réalisées pour y figurer. La question de la mise à jour des données devra faire l'objet d'une attention toute particulière.

Notre organisme serait par ailleurs favorable à la proposition contenue dans le rapport du 18 février 2013, selon laquelle les organismes privés ("ORD") gèreraient le registre sous contrôle de la FINMA.

14. Que pensez-vous de l'idée de renverser le fardeau de la preuve ?

Cette innovation est sans aucun doute la question la plus controversée. D'une façon générale, peu de praticiens reconnaissent l'avantage d'une solution dans laquelle ils doivent démontrer le respect de leurs obligations. Certains doutent même que ceci apporte réellement une protection supplémentaire aux clients, ou craignent que cela augmente le risque de procédures initiées sans réel fondement.

L'introduction d'un titre nouveau au Code des obligations, pour réglementer le mandat de gestion de fortune et/ou de conseils en placements, pourrait, à l'instar du droit du bail ou du droit du travail, contenir un certain nombre de dispositions impératives à charge du mandataire. Une telle solution améliorerait la protection des consommateurs tout en évitant un chamboulement profond des principes procéduraux en faveur des clients lésés.

15. À laquelle des deux solutions de réglementation proposées pour l'extension du système de médiation donnez-vous votre préférence ? Pour quelles raisons principales ? Avez-vous d'autres solutions à suggérer ?

Notre préférence va au système d'instance de conciliation étatique avec compétence décisionnelle. D'une part ce système semble *a priori* moins coûteux, mais il est d'autre part susceptible de pouvoir régler rapidement les litiges.

La valeur litigieuse de CHF 100 000 nous paraît trop faible et devrait être relevée. En effet, la pratique montre que les valeurs litigieuses en matière financière peuvent vite atteindre 1 million de francs. Souvent, pour de telles sommes, les clients lésés hésitent encore à tenter une procédure en raison des coûts et de la durée que cela représente.

16. Les prestataires étrangers de services financiers ayant une activité transfrontalière en Suisse doivent-ils respecter des règles de conduite suisse ou des règles étrangères équivalentes ?

Notre association ne se prononce pas, dans la mesure où le système mis en place devrait viser une équivalence avec les pays de l'UE, ce cercle de prestataires devrait être autorisé en tout état de cause.

17. Pour garantir une protection des clients suisses effective et équivalente à celle des prestataires étrangers, une présence physique durable en Suisse, soumise à surveillance, est-elle nécessaire ou l'inscription proposée assure-t-elle un niveau de protection adéquat ?

Plus que la question de l'application des règles prudentielles, la protection de la clientèle suisse ou étrangère devrait nécessiter une présence physique des sociétés en Suisse, avec une organisation et des fonds propres suffisants pour garantir leur activité irréprochable sur sol suisse.

Certains de nos membres ont également mis en avant la réciprocité.

\* \* \*

Genève, le 28 mars 2013

Julien BLANC  
Président

Raphaël TREUILLAUD  
Président de la commission de  
surveillance