



Commission fédérale des banques
Secrétariat
Monsieur Serge Husmann
Schwannengasse 12
Case postale

CH-3001 BERNE

Genève, le 17 novembre 2008

RE : Prise de position de notre association sur le projet de Circulaire de la CFB « Règles-cadres pour la reconnaissance de l'autorégulation en matière de gestion de fortune comme standard minimal. »

Messieurs,

Nous vous remercions de nous avoir permis de participer à la consultation du projet cité en marge et vous prions de bien vouloir trouver ci-après nos commentaires :

1) Considérations préliminaires

Le GCO salue toute initiative dont le but est de créer et renforcer un « Level Playing Field » pour l'ensemble des acteurs du secteur financier, traitant sur un pied d'égalité ceux qui doivent l'être, tout en gardant à l'esprit que des solutions différenciées doivent être trouvées au regard de la structure des différents acteurs du marché et que le principe de proportionnalité doit être respecté à cet égard.

Depuis quelques années, les lois, ordonnances et autres circulaires ont créé et renforcé le cadre dans lequel se développe l'activité des banques et négociants. Ceux-ci ont ainsi été amenés à s'organiser (se réorganiser), à formaliser leur activité et à renforcer les processus de validation et de contrôle. A ce titre, il suffit de mentionner les Circulaires 06/6 (Surveillance et contrôle interne) et 08/1 (Règles de conduite sur le marché). La reconnaissance et le développement de l'activité de Compliance s'inscrit dans ce cadre, nécessaire au maintien de la pérennité du secteur financier en Suisse notamment en comparaison internationale. Banques et négociants ont démontré que, par l'application conjointe des normes édictées par les Autorités et de celles de l'autorégulation, la place financière pouvait relever ce défi.

Pour les raisons exposées plus loin, le GCO est d'avis que le présent projet ne devrait pas inclure les gérants bancaires, ceux-ci étant suffisamment réglementés, alors que les gérants non bancaires doivent faire l'objet d'une réglementation adéquate.

Nous vous faisons part pour le surplus des commentaires suivants en relation avec le projet proposé de Règles-cadres.

2) Des « règles du jeu » semblables

Un dénominateur commun à tous les acteurs privés de la gestion de fortune semble utile, sous l'angle de la sécurité du droit, de l'égalité de traitement et de la transparence, mais nécessite, en premier lieu de réglementer les secteurs d'activité qui sont dépourvus de règles adéquates.



Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue qu'une unification des règles de gestion se ferait au détriment des spécificités propres aux divers types d'intermédiaires financiers regroupés au sein d'associations professionnelles différentes, à savoir celle représentant les gérants de fortune bancaires, celle représentant les gérants de PCC, et celles représentant les gérants de fortune indépendants.

3) Surveillance prudentielle par la CFB des gérants de fortune indépendants

A ce jour, les gérants de fortune indépendants ne sont soumis qu'à la LBA et, le cas échéant, au code de déontologie de l'association professionnelle dont ils sont membres. Mais leur activité de gérant de fortune en tant que telle n'est pas à l'heure actuelle sujette à agrément.

Avec l'entrée en vigueur des Règles-cadres proposées, leur environnement réglementaire se complexifiera, leur modèle d'affaires en sera affecté (contrôle, sanctions, etc.) et des coûts supplémentaires en découleront. Vouloir étendre la surveillance de la CFB aux gérants de fortune indépendants aurait le mérite de mettre la Suisse au diapason de certains pays voisins, qui soumettent depuis longtemps l'activité de gestion de fortune non bancaire à l'agrément de l'autorité de tutelle. Sous l'angle de la concurrence, cela aurait également pour conséquence de supprimer l'avantage concurrentiel partiel des gérants de fortune indépendants sur les banques et négociants en valeurs mobilières.

4) L'autorégulation

Ce projet pourrait constituer une limitation au rôle évolutif et créateur des associations professionnelles, raison pour laquelle, il faudrait également prévoir l'aménagement d'exception.

5) La base légale

La LBVM pourrait ne pas constituer une base légale suffisante, car elle n'a pas pour vocation de réglementer la gestion de fortune, mais uniquement le négoce des valeurs mobilières.

Quant à la LPCC, qui réglemente le marché des placements collectifs de capitaux, l'étendue de son champ d'application personnel et matériel ne semble pas couvrir des règles-cadres applicables à tous les acteurs de la gestion de fortune et à tous les types de produits.

Il nous semble qu'une interprétation trop extensive de la LPCC ne donne pas la légitimité nécessaire au présent projet de Circulaire : la démarche poursuivie par la CFB ne vise plus simplement à reconnaître comme standards minimaux des normes d'autorégulation des gérants indépendants (ce qui est le but de l'art. 6 al. 2 OPCC), mais, indirectement, à créer de nouvelles normes en vue de réglementer d'une manière globalisée l'activité de gestion de fortune en Suisse (gérants bancaires, gérants de PCC et gérants indépendants).

Une telle réglementation ne serait pas nécessairement critiquable, mais il faudrait alors passer par la voie parlementaire traditionnelle, au moyen d'une loi ad hoc ou d'une modification de textes existants.

En résumé sur ce point, seule une loi au sens formel, voire une ordonnance, pourrait légitimement fixer un cadre minimal et global aux acteurs de la gestion de fortune non bancaires en Suisse.

6) L'influence de MiFID

Le projet soumis semble influencé par les règles MiFID, en particulier aux cm 11 (divulcation des conflits d'intérêts) et 16 (suitability) du projet de Circulaire. La MiFID n'étant à l'heure actuelle pas directement applicable en droit suisse (ATF 4C.270/2006 du 4 janvier 2007, consid. 5.4 et 6), certaines dispositions des règles-cadres semblent dès lors aller au-delà du règles établies.



7) Le principe de la proportionnalité

L'article 7 al. 2 LFINMA, bien que non encore entré en vigueur, intègre expressément le principe de la proportionnalité : « La FINMA n'adopte des ordonnances et des circulaires que dans la mesure où les buts visés par la surveillance le requièrent. ».

L'objectif poursuivi par la LPCC n'est pas de créer un socle commun de règles pour les diverses associations professionnelles dont les membres sont actifs dans la gestion de fortune. L'adoption d'une Circulaire dans cette optique serait dès lors disproportionnée, dans la mesure où elle règlemente le domaine des gérants de fortune bancaires où des règles similaires préexistent.

8) Règles de droit privé et public

L'objet de ce projet relève plus du droit privé que du droit public, puisque son contenu actuel règlemente dans une large part les relations entre le gérant de fortune et son client et fixe le cadre général d'un mandat de gestion de fortune.

A notre avis, la concrétisation du droit du mandat incombe plus à l'autorégulation et à la jurisprudence des tribunaux civils qu'au régulateur. En entremêlant des règles de droit privé et de droit administratif au sein d'un même texte, le risque existe que le principe de l'autonomie privée soit affecté par l'intervention de l'autorité de surveillance.

Si intervention du droit administratif il devait y avoir, elle devrait à notre sens s'inscrire dans une réglementation spécifique se fondant sur un mandat clairement octroyé par le législateur, à l'instar de la LBVM dans son domaine d'application.

La notion d'activité irréprochable du gérant non bancaire et sa garantie pourraient être abordées sur son principe.

9) Contenu du contrat (cm 9)

Les exigences proposées par le projet de Circulaire en relation avec le contenu du mandat de gestion de fortune semblent aller au-delà de celles prévues par le code des obligations (CO), qui consacre le principe de l'autonomie des contrats.

Nous sommes d'avis que la « surveillance de la politique de placement » (lit. c) prévue par le projet relève de l'*organisation interne* de l'intermédiaire financier (découlant de la surveillance prudentielle) en question et ne devrait pas forcément faire l'objet d'une clause contractuelle, tout du moins, il y aurait lieu de prévoir des dérogations.

Il semble utile de rappeler ici que les dispositions visant à définir et à contrôler les objectifs de placements sont d'ores et déjà inclus dans les règles d'autorégulation des banques, faisant elle-même l'objet de contrôles, tant par les réviseurs internes qu'externes.

10) La référence à certains abus de marché (cm 13)

Le texte pourrait faire double emploi avec des clauses de la circ.-CFB 08/1 ou des Directives SFA pour la distribution de placements collectifs de capitaux. Dès lors, nous pensons qu'une clause générale indiquant que si le gérant est déjà soumis à une règle équivalente dans son domaine d'activité, la présente circulaire ne devrait pas s'appliquer.

11) L'adéquation permanente des placements au profil de risque (cm 16) :

A ce jour, instaurer une telle exigence serait à notre avis disproportionnée, sans compter les coûts supplémentaires que cela engendrerait (logiciel de surveillance, à développer à l'interne ou à acquérir auprès d'un prestataire de services informatiques).



Ce type de contrôle est certes souhaité dans le domaine des gérants non bancaires, cependant, nous pensons qu'il y a lieu de prévoir un délai de mise en œuvre suffisant pour la mise en place de ce type d'organisation et proportionné en fonction de la complexité du contrat de mandat et du profil de l'investisseur.

Comme mentionné ci-dessus, il nous semble que cette Circulaire ne devrait pas avoir pour but de fixer aux banques des règles de « suitability », ce qui ressort implicitement de ce chiffre marginal. Au demeurant, les normes d'autorégulation actuelles, à savoir les Directives de l'ASB concernant le mandat de gestion de fortune, obligent les établissements bancaires à définir des stratégies d'investissements par rapport à chaque profil de risques. Les écarts par rapport aux profils sont contrôlés usuellement pour les établissements bancaires, tant par les instances de révision interne qu'externe. Ce corpus de règles nous paraît donc suffisant et ne nécessite pas à notre sens d'instaurer de nouvelles contraintes.

12) Devoir de diligence (cm 18)

Modifier ce paragraphe comme suit : « *Sauf s'il dispose d'une autorisation de la CFB (..) pour le compte de clients ni ne transitent par son compte. Les avoirs (...) et gérés au moyen d'une ~~procuration écrite~~ d'un pouvoir d'administration dont l'étendue est clairement définie.* »

13) L'information sur les risques liés à la politique de placement (cm 24) et sa mise en œuvre

Ce concept, nouveau, semble reprendre partiellement le devoir d'information sur les risques liés à un « type de transaction donné », consacré à l'art. 11 al. 1 let. A LBVM ou introduire une nouvelle obligation.

Il y aurait lieu de limiter ce type d'obligation qu'aux gérants qui ne sont pas assujettis à une Autorité de surveillance adéquate en la matière.

14) Information sur les changements intervenus au sein de l'organisation (cm 25 & 27)

Nous ne comprenons pas le bien juridique protégé par le cm 25.

Concernant le standard de reddition des comptes énoncé au cm 27, nous saluons son existence et suggérons de le préciser, son contenu apparaît à ce jour trop général, difficile à interpréter et laissant une part d'appréciation significative.

15) Rémunération du gérant de fortune (cm 12 & 28ss)

La transparence de la rémunération est une idée qu'il faut saluer et soutenir, dans l'optique de la prévention des conflits d'intérêts.

Il y a lieu de laisser une certaine flexibilité pour inclure les éléments détaillés de rémunération du contrat de gestion de fortune dans un document annexe au contrat de base, car les tarifs et modes de rémunération peuvent changer avec le temps.

Par exemple, le contrat pourrait se limiter à renvoyer à une plaquette de frais, à l'instar de la pratique des banques, dont les conditions générales renvoient souvent aux conditions tarifaires. Cette plaquette de frais serait à disposition du client en tout temps.

Par ailleurs, nous saluons l'introduction du texte du cm 29 « prestations reçues de tiers », cependant, il y a lieu d'en clarifier la notion. Ces prestations englobent-elles les commissions de distribution reçues par les banques pour la vente de placements collectifs et autres instruments financiers ? Nous rappelons en effet que la question de savoir si des commissions de distribution sont assimilables à des rétrocessions au sens de l'ATF 132 III 462 est controversée et que bon nombre de praticiens prétendent que tel n'est pas le cas. Dans ces conditions, il y aurait lieu de préciser plus en détail ce que recouvre cette notion de « prestations reçues de tiers ».



Le cm 31 concernant l'information des clients sur les « *paramètres de calcul* » et les « *fourchettes de valeurs* » des prestations reçues de tiers pour chaque catégorie de produit nous apparaît être une notion trop abstraite pour être mise en œuvre, tant techniquement qu'en termes de ressources humaines. Il y aurait lieu de préciser le but visé et les moyens concrets à mettre en œuvre.

Quant au cm 32, cette disposition procède du devoir d'information du gérant, cependant les ressources à consacrer pour y satisfaire pourraient être disproportionnées, dans la mesure d'un effet rétroactif. En ce sens, le gérant pourrait par exemple ne faire qu'une estimation ou lister les types de prestations reçues de tiers ainsi que le nom des contreparties.

16) Le contrôle des organisations professionnelles (cm 33)

Les banques sont déjà contrôlées par les réviseurs externes (cf. circ.-CFB 04/2, note marginale 3). Nous suggérons d'éviter que l'ASB ou la SFA procède à un second contrôle identique.

On conçoit que la CFB veuille également soumettre les gérants de fortune indépendants, de manière indirecte, à sa surveillance prudentielle, pour autant il y aurait lieu d'introduire alors la notion d'accréditation (licence de gérant non bancaire), l'exercice du métier de gérant de fortune indépendant devant faire l'objet d'un contrôle, soumis à la sanction d'interdiction d'exercer en cas de violation des règles de conduite.

Nous suggérons que la notion de garantie d'activité irréprochable développée par la CFB soit reprise au niveau des gérants indépendants.

17) L'adaptation des directives ASB sur le mandat de gestion de fortune (cm 34)

Nous rappelons en effet que les banques et les négociants en valeurs mobilières peuvent considérer à certaines conditions leurs clients comme des investisseurs qualifiés au sens de la LPCC/OPCC, en particulier si le client fait l'objet d'un mandat écrit de gestion de fortune (art. 10 al. 3 lit. f. LPCC).

Les mêmes conditions ne sont pas applicables aux gérants de fortune indépendants, dès lors que le Code de conduite de leur association doit au préalable être approuvé par la CFB selon l'art. 6 al. 2 OPCC.

En ce sens, la création d'un socle commun à tous les intermédiaires financiers pour la reconnaissance des normes d'autorégulation pourrait donc être contraire à la lettre de la LPCC/OPCC. Assimiler à cette fin les banques aux gérants de fortune indépendants serait constitutif à notre sens d'une inégalité dans la loi.

Au bénéfice des explications qui précèdent, le GCO est d'avis que ce projet de Circulaire doit être limité aux gérants non bancaires et remanié selon les commentaires qui précèdent.

Nous pensons que cette Circulaire est une règle d'étape et que seule une ordonnance ou loi disposerait d'une base légale suffisante pour fonder ces règles-cadre pour l'ensemble du secteur financier.

Vous souhaitant une bonne réception des présentes et restant à votre disposition pour toute question, nous vous prions de croire, Messieurs, à l'expression de notre considération distinguée.

Pour le
Groupement Romand et Tessinois des Compliance officers (GCO) :

Ali TAMMAMI
Président

Jean-Luc Roisin
Membre du Comité