

7 février 2013

Circ.-FINMA 09/1 « Règles-cadres pour la gestion de fortune » – révision partielle

Rapport explicatif

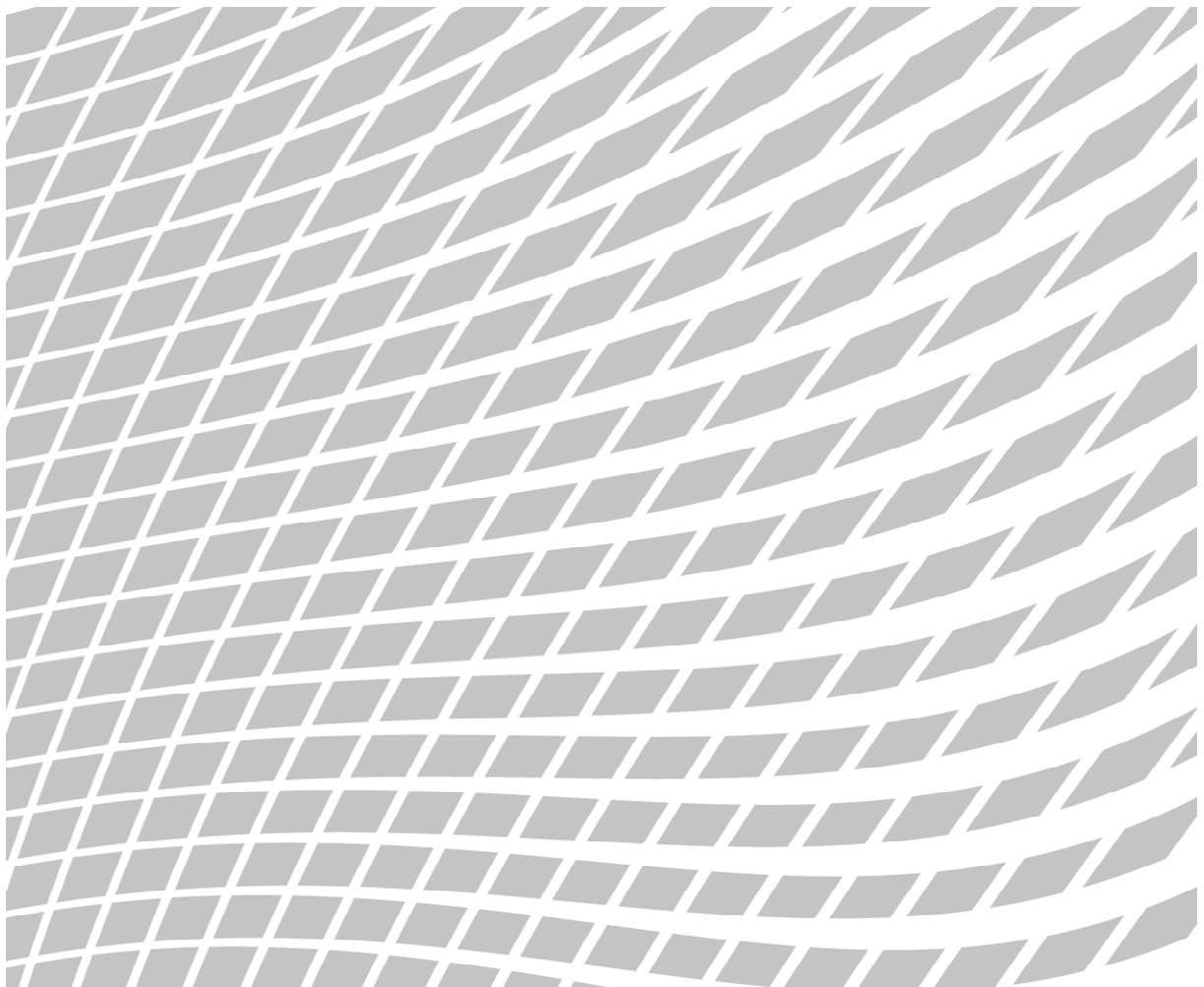


Table des matières

Eléments essentiels	3
1 Contexte	3
2 Evolutions juridiques	4
3 Explications concernant la révision partielle	6
3.1 Adaptations consécutives à la révision de la LPCC (Cm 3 et 4)	6
3.2 Obligations de renseignement précontractuelles (nouveaux Cm 7.1 et 7.2).....	6
3.3 Devoir de diligence (Cm 16 et 17).....	6
3.4 Devoir d'information (Cm 23)	7
3.5 Rémunération du gérant de fortune (cm 28, 30, 31).....	7
3.6 Disposition finale (Cm 33)	8
4 Effets de la révision partielle	8
5 Prochaines étapes	9

Eléments essentiels

1. En vertu de plusieurs lois sur les marchés financiers, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) peut reconnaître des règles de conduite relatives à la gestion de fortune comme standards minimaux. La Circ.-FINMA 09/1 « Règles-cadres pour la gestion de fortune », qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, définit les règles-cadres qui sont utilisées par la FINMA comme critères de référence lorsqu'une organisation professionnelle, dont les membres sont actifs dans le domaine de la gestion de fortune, souhaite faire reconnaître ses règles de conduite comme exigences minimales.
2. La version révisée de la loi sur les placements collectifs (LPCC) entrera prochainement en vigueur. Compte tenu de certaines nouveautés, des renvois de la circulaire doivent être adaptés à la législation sur les placements collectifs.
3. En outre, plusieurs arrêts du Tribunal fédéral ont été rendus sur la gestion de fortune individuelle depuis l'entrée en vigueur de la circulaire. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a tout d'abord précisé les exigences de droit civil concernant les devoirs d'information et de renseignement ainsi que le devoir de diligence dans la gestion de fortune. Il a également clarifié des incertitudes juridiques existantes en matière de rétrocessions.
4. La circulaire doit être adaptée à ces évolutions juridiques.
5. Si des règles de conduite d'organisations professionnelles sont déjà reconnues, ces dernières doivent les adapter dans les six mois suivant l'entrée en vigueur des modifications.

1 Contexte

La reconnaissance des autorégulations relatives à la gestion de fortune repose sur la Circ.-FINMA 09/1 « Règles-cadres pour la gestion de fortune ». Celle-ci définit les règles-cadres qui sont utilisées par la FINMA comme critères de référence lorsqu'une organisation professionnelle, dont les membres sont actifs dans le domaine de la gestion de fortune, souhaite faire reconnaître ses règles de conduite comme exigences minimales (cf. Cm 1 et 2 de la circulaire). Ces règles-cadres permettent la mise en œuvre des objectifs de la législation sur les marchés financiers et servent notamment à protéger les clients des gérants de fortune.

Actuellement, la FINMA reconnaît comme standards minimaux huit autorégulations d'organisations dont les membres sont actifs dans le domaine de la gestion de fortune (cf. Circ.-FINMA 08/10 « Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux »).

Dans la gestion de fortune individuelle, on opère la distinction suivante en matière de droit de la surveillance :

- Les gérants de fortune soumis à une surveillance prudentielle (tels que les banques, les négociants en valeurs mobilières, mais aussi les directions de fonds et les gérants de fortune de placements collectifs de capitaux) doivent respecter les directives du 16 avril 2010 concernant le mandat de gestion de fortune émises par l'Association suisse des banquiers (ASB) et reconnues par la FINMA ou une autorégulation comparable reconnue (ainsi que, le cas échéant, les règles de conduite du 22 octobre 2008 pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres émises par l'ASB).¹
- Les gérants de fortune non soumis à une surveillance prudentielle sont assujettis à la législation relative au blanchiment d'argent, tout comme ceux qui relèvent de cette surveillance. De plus, en vertu de l'art. 3 al. 2 de la LPCC révisée, la mise à disposition d'informations et l'acquisition de placements collectifs pour des clients ne sont pas considérées comme distribution si le gérant de fortune est soumis aux règles de conduite adoptées par une organisation professionnelle et reconnues par la FINMA comme exigences minimales et si ses contrats (écrits) de gestion de fortune respectent ces règles de conduite.²

2 Evolutions juridiques

La version révisée de la loi sur les placements collectifs (LPCC) entrera prochainement en vigueur.³ Désormais, l'acquisition de placements collectifs dans le cadre d'un contrat écrit de gestion de fortune conclu avec un gérant de fortune indépendant n'est pas considéré comme distribution si celui-ci est soumis à la législation sur le blanchiment d'argent et aux règles de conduite d'une organisation professionnelle reconnues par la FINMA comme exigences minimales et si le contrat de gestion de fortune respecte les directives d'une organisation professionnelle reconnues par la FINMA comme exigences minimales. Compte tenu de ces nouveautés, certains renvois de la Circ.-FINMA 09/1 « Règles-cadres pour la gestion de fortune » doivent être adaptés à la législation sur les placements collectifs.

En outre, plusieurs arrêts du Tribunal fédéral ont été rendus sur la gestion de fortune individuelle depuis l'entrée en vigueur de la circulaire le 1^{er} janvier 2009. Par exemple, le Tribunal fédéral concrétise les devoirs d'information et de renseignement des gérants de fortune dans son arrêt 4A_140/2011 du 27 juin 2011 :

« Der Kunde ist hinsichtlich der Risiken der beabsichtigten Investitionen aufzuklären, nach Bedarf in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten sachgerecht zu beraten und vor übereilten Entschlüssen zu warnen, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden (...). Dabei obliegt dem Beauftragten namentlich auch, sich durch Befragung einlässlich über den Wissensstand und die Risikobereitschaft des Kunden zu informieren. » [consid. 3.1]

¹ www.finma.ch/ff/regulierung/Documents/finma-rs-2008-10-f.pdf

² www.admin.ch/ch/f/ff/2012/7601.pdf

³ www.admin.ch/ch/f/ff/2012/7601.pdf

Dans le même arrêt, il précise également les devoirs de diligence des gérants de fortune :

« Das Erstellen eines Kundenprofils, das zu den Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters gehört und vor oder gleichzeitig mit dem Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrags erfolgen muss, dient insbesondere dem Zweck, das Ausmass des Risikos zu bestimmen, das der Kunde bei der Anlage des Geldes eingehen will und nach seinen Lebensumständen auch eingehen kann (sog. subjektive und objektive Risikofähigkeit des Kunden). » [consid. 2.1]

Le Tribunal fédéral désigne les rétrocessions notamment comme des paiements versés au gérant de fortune sur la base des frais perçus, en vertu d'une convention correspondante conclue avec la banque dépositaire.⁴ Dans son arrêt ATF 137 III 393 ss du 29 août 2011, il s'exprimait ainsi sur la possibilité d'un renoncement préalable à la restitution ou à la fourniture de telles rétrocessions :

« Damit ein Vorausverzicht auf die Ablieferung gültig ist, muss der Auftraggeber demnach die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. (...) Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen kann, muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen (...). Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird. » [consid. 2.4]

Après avoir décidé dès 2006 que les *finder's fees* et les rétrocessions sur les courtages ou les commissions de dépôt étaient soumis à l'obligation de restitution de l'art. 400 du Code des obligations (CO), le Tribunal fédéral étend sa pratique aux commissions d'état avec les arrêts 4A_141/2012 du 30 octobre 2012 :

« Bei Zuwendungen Dritter ist ein innerer Zusammenhang schon dann zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte könnte sich dadurch veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (...). Nicht erforderlich ist im Hinblick auf die Herausgabepflicht demgegenüber, dass er sich tatsächlich pflichtwidrig verhält oder der Auftraggeber einen konkreten Nachteil erleidet. » [consid. 5.3]

« Der mit der Bestandespflegekommission einhergehende Interessenkonflikt ist nicht zu übersehen, besteht doch ein Anreiz der Bank, durch eigene Entscheidung einen Bestand bestimmter Anlageprodukte zu begründen, zu erhalten oder zu erhöhen, auch wenn dies möglicherweise nicht durch die Interessen des Kunden gerechtfertigt ist (...). Damit stehen die vereinnahmten Vergütungen in einem inneren Zusammenhang mit der Auftragsausführung durch die Beklagte. » [consid. 5.6]

⁴ ATF 137 III 395 ; cf. également l'ATF 132 III 463 s.

3 Explications concernant la révision partielle

En raison des évolutions juridiques décrites précédemment, la circulaire doit être adaptée comme suit en plusieurs endroits :

3.1 Adaptations consécutives à la révision de la LPCC (Cm 3 et 4)

La circulaire définit les règles-cadres qui sont utilisées par la FINMA comme critères de référence lorsqu'une organisation professionnelle, dont les membres sont actifs dans le domaine de la gestion de fortune, souhaite faire reconnaître ses règles de conduite comme exigences minimales (cf. Cm 1 et 2 de la circulaire). Ses Cm 3 et 4 décrivent son cadre juridique et déterminent dans quels domaines la FINMA peut reconnaître des règles de conduite comme exigences minimales.

Les bases légales ayant en partie changé lors de la révision de la LPCC, le Cm 3 doit être adapté sur la forme. De plus, les Cm 3 et 4 ont été simplifiés sur le plan linguistique.

3.2 Obligations de renseignement précontractuelles (nouveaux Cm 7.1 et 7.2)

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le gérant de fortune a une obligation de renseignement précontractuelle. Il doit ainsi interroger son client afin de s'informer de son savoir et de sa propension aux risques.⁵

Comme indiqué dans le rapport explicatif préalable à l'adoption de la circulaire en 2008, la définition du profil de risque du client est à la base d'une bonne exécution du mandat de gestion de fortune. Il s'agit d'une part de définir la propension (subjective) au risque du client et sa capacité (objective) à le supporter. Après avoir défini le profil de risque du client, le gérant de fortune fixe avec lui les objectifs et les restrictions de placement.⁶ La stratégie de placement contient elle les objectifs de placement et l'allocation du patrimoine. Ces principes sont repris dans les nouveaux Cm 7.1 et 7.2 de la circulaire.

Pour remplir ses obligations, le gérant de fortune doit déterminer la situation et les besoins personnels du client. La situation financière de celui-ci englobe notamment ses revenus et son patrimoine. Concernant les besoins, il faut également préciser l'horizon de placement ou le moment où des liquidités devront être disponibles.

3.3 Devoir de diligence (Cm 16 et 17)

D'après les Cm 16 et 17 en vigueur de la circulaire, les gérants de fortune doivent s'assurer que les placements effectués concordent en permanence avec les objectifs et restrictions de placement du client. Les stratégies de placement mises en œuvre doivent être examinées périodiquement.

⁵ Arrêt 4A_140/2011 du 27 juin 2011, consid. 3.1.

⁶ www.finma.ch/archiv/ebk/f/regulier/konsultationen/bericht-eckwerte-20080904-f.pdf

Il faut également vérifier régulièrement si le profil de risque du client tient compte de l'évolution de sa situation. Si le profil de risque ne correspond plus à celle-ci, il faut en informer le client et le consigner par écrit. Ces obligations sont désormais énoncées aux Cm 16 et 17.

3.4 Devoir d'information (Cm 23)

Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral, un client doit être informé des risques des investissements envisagés et, le cas échéant, conseillé de manière appropriée sur les différentes possibilités de placement. Le contenu de ces obligations est déterminé, d'une part, par le savoir du client et, d'autre part, par le type de placement en question.⁷

Le savoir du client dépend de ses expériences et de ses connaissances. Plus une personne est expérimentée et compétente, plus les exigences relatives à l'étendue des informations sur les risques sont faibles. Celles-ci doivent, dans tous les cas, être complètes, techniquement correctes et compréhensibles pour le client. Elles servent à compenser le défaut d'information des investisseurs. La nouvelle formulation du Cm 23 souligne clairement que les expériences du client concerné et ses connaissances influent sur l'étendue des informations sur les risques.

3.5 Rémunération du gérant de fortune (cm 28, 30, 31)

La précision la plus détaillée apportée par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence concernant la gestion de fortune s'applique à la rémunération du gérant de fortune et à la perception de prestations de tiers.⁸ Il est dès lors nécessaire d'adapter la circulaire en la matière. Les modifications visent à garantir une transparence aussi élevée que possible sur les modalités de rémunération du gérant de fortune, tant pour celui-ci que pour son client. Ce dernier doit notamment pouvoir comprendre l'impact des rémunérations de tiers sur le mandat de gestion de fortune. A cet égard, il faut indiquer clairement si les prestations de tiers servent à indemniser le gérant de fortune ou si elles sont versées au client. De plus, la publication des éventuelles rémunérations de tiers doit permettre au client de déceler les conflits d'intérêt qui pourraient survenir en raison de ces prestations.

La version en vigueur de la circulaire prévoit déjà que les modalités de la rémunération des personnes chargées de la gestion de fortune évitent les incitations qui peuvent engendrer un conflit avec le devoir de fidélité (Cm 13). Il est en outre interdit selon le Cm 14 de procéder notamment à du barattage (*churning*). Par ailleurs, les Cm 27 ss comprennent des règles détaillées sur la rémunération du gérant de fortune et sur le traitement des prestations de tiers. Ces règles doivent être précisées comme suit en raison de la jurisprudence plus précise du Tribunal fédéral :

- Cm 28 : le contrat de gestion de fortune définit l'affectation juridique de toutes les prestations que le gérant de fortune reçoit de tiers dans le cadre de son mandat. Le client peut renoncer à leur restitution dans la mesure où les principes définis par la jurisprudence sont respectés.⁹ A cet

⁷ Arrêt 4A_140/2011 du 27 juin 2011, consid. 3.1.

⁸ ATF 137 III 393 ss du 29 août 2011 ; arrêt 4A_127/2012 et 4A_141/2012 du 30 octobre 2012.

⁹ ATF 137 III 393 ss du 29 août 2011 , consid. 2.4.

égard, la déclaration de renonciation ne doit pas figurer en tant que telle dans les conditions générales, mais dans le contrat de gestion de fortune. Ainsi seulement le client sera-t-il suffisamment conscient de la portée de sa décision.

- Cm 30 : ce Cm porte sur les prestations de tiers actuelles ou futures qui ne peuvent pas encore être chiffrées précisément selon les circonstances. Dans tous les cas, le gérant de fortune doit informer ses clients *ex ante* des paramètres de calcul et des fourchettes de valeurs des prestations qu'il reçoit ou pourrait recevoir de tiers.
- Cm 31 : ce Cm concerne les prestations déjà reçues de tiers. A la demande de ses clients, le gérant de fortune rend compte *ex post* de l'importance des prestations déjà reçues de tiers, y compris lorsqu'ils ont renoncé à la restitution ou à la fourniture de ces prestations : on s'assure ainsi, même en cas de renonciation, que les clients peuvent déterminer si leur gérant de fortune est confronté à des conflits d'intérêt en raison de rémunérations de tiers.

3.6 Disposition finale (Cm 33)

Les organisations dont les membres sont actifs dans le domaine de la gestion de fortune et dont les règles de conduite sont reconnues comme standards minimaux par la FINMA doivent adapter celles-ci dans les six mois suivant l'entrée en vigueur des modifications. (cf. nouvelle formulation du Cm 33).

4 Effets de la révision partielle

La circulaire s'adresse aux organisations professionnelles dont les membres sont actifs dans le domaine de la gestion de fortune. Elle n'est donc pas applicable directement aux gérants de fortune en tant que tels. Elle a toutefois un impact indirect sur ceux-ci dans la mesure où – comme indiqué au chapitre 1 – ils doivent éventuellement respecter les règles de conduite d'organisations professionnelles qui reposent sur la présente circulaire.

Les modifications présentées ci-dessus reposent sur la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit des mandats ou sont de nature purement linguistique. Une nouvelle version ou une actualisation de la circulaire n'a, par conséquent, aucune incidence sur les gérants de fortune au-delà de la jurisprudence du Tribunal fédéral, celle-ci devant de toute façon être prise en compte.

Les organisations professionnelles ne sont pas tenues d'élaborer des autorégulations sur la gestion de fortune et de les faire reconnaître par la FINMA. Si elles souhaitent le faire, leurs ouvrages doivent toutefois respecter les présentes règles-cadres. Si des règles de conduite sont déjà reconnues, les organisations professionnelles concernées doivent les adapter dans les six mois suivant l'entrée en vigueur des modifications.

5 Prochaines étapes

L'entrée en vigueur est prévue au deuxième trimestre 2013, une fois l'audition achevée.