

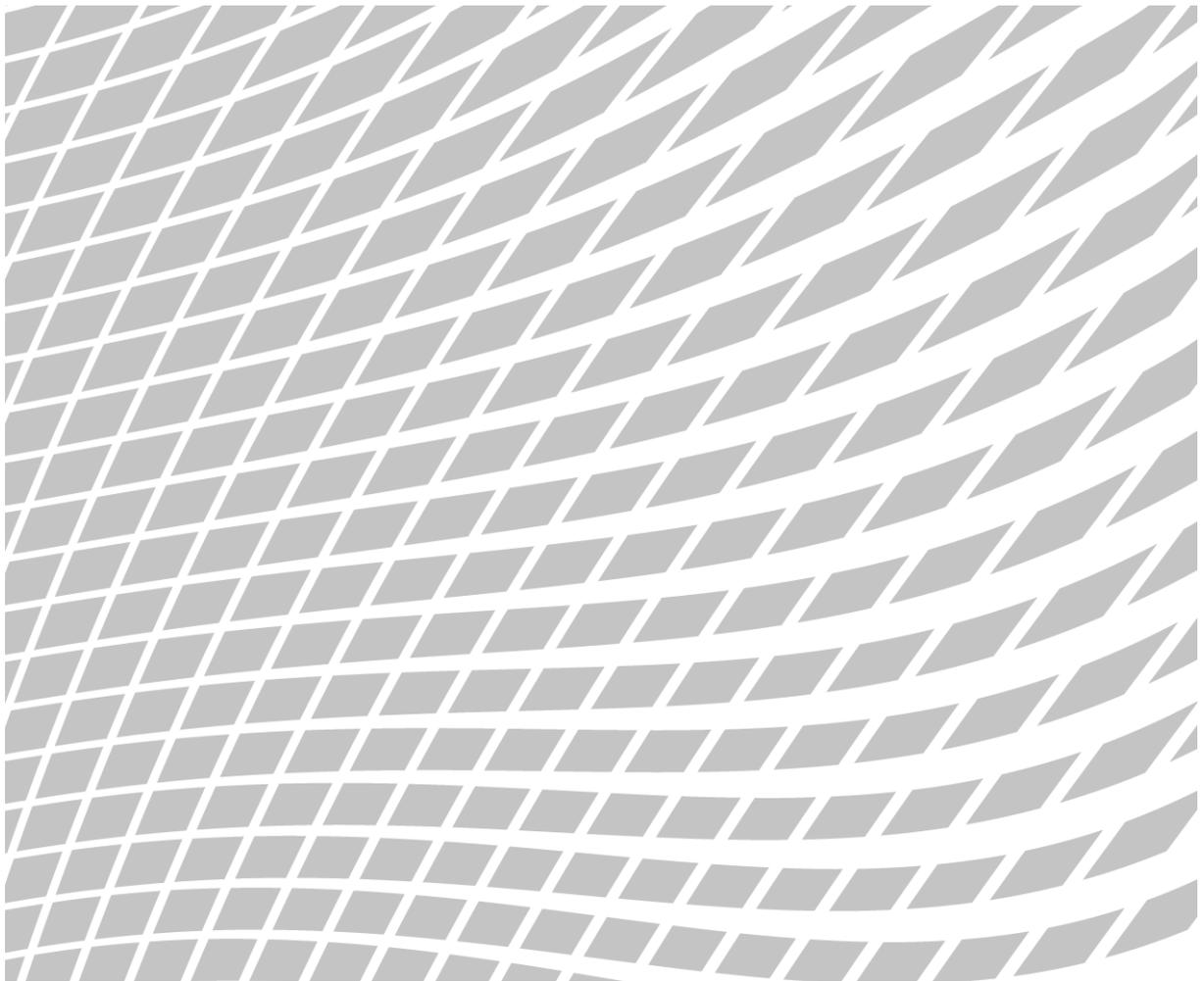
30 mai 2013

---

## **Circ.-FINMA 2009/1 « Règles-cadres pour la gestion de fortune » – révision partielle**

Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition qui a eu lieu du 7 février au 3 avril 2013

---



# Table des matières

<b>Eléments essentiels .....</b>	<b>3</b>
<b>1 Introduction .....</b>	<b>4</b>
<b>2 Prises de position reçues .....</b>	<b>5</b>
<b>3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA.....</b>	<b>6</b>
3.1 Généralités .....	6
3.2 Obligations de renseignement précontractuelles .....	7
3.3 Devoir de diligence .....	8
3.4 Devoir d'information .....	8
3.5 Rémunération du gérant de fortune .....	9
3.6 Disposition finale .....	10
<b>4 Prochaines étapes .....</b>	<b>11</b>

## 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 2009/1 « Règles-cadres pour la gestion de fortune », entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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. Plusieurs arrêts du Tribunal fédéral ont été rendus sur la gestion de fortune individuelle depuis l'entrée en vigueur de la circulaire, d'où la nécessité de réviser celle-ci partiellement. Par ailleurs, la circulaire doit être adaptée à la version révisée de la loi sur les placements collectifs, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2013.
3. La FINMA a donc mené une audition publique sur son projet de révision partielle de la circulaire du 7 février au 3 avril 2013 :
  - a) Pour répondre à ses obligations de renseignement précontractuelles, un gérant de fortune doit interroger son client sur son niveau de connaissance et sa propension au risque et déterminer sa situation et ses besoins personnels. Pour remplir ses obligations de diligence, il doit également vérifier régulièrement si le profil de risque du client et la stratégie de placement appliquée tiennent compte de l'évolution de sa situation.
  - b) Concernant la rémunération, il faut veiller à ce que le contrat de gestion de fortune définisse l'attribution juridique de toutes les prestations versées par des tiers au gérant de fortune 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. De plus, à la demande de ses clients, le gérant de fortune rend compte ultérieurement de l'importance des prestations déjà reçues de tiers.
4. Les modifications proposées par la FINMA ont été saluées par la majorité des participants compte tenu de l'évolution de la jurisprudence et de la législation. La révision des dispositions relatives à la rémunération a cependant été rejetée par presque tous les participants à l'audition, qui ont majoritairement fait valoir qu'elle ne découlait pas de la jurisprudence du Tribunal fédéral.
5. Les changements approuvés par la FINMA étant couverts par la jurisprudence du Tribunal fédéral, la circulaire révisée entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013. Si des règles de conduite d'organisations professionnelles sont déjà reconnues, ces dernières doivent les adapter d'ici au 31 décembre 2013.

## 1 Introduction

L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a organisé du 7 février au 3 avril 2013 une audition publique concernant son projet de révision partielle de la Circ.-FINMA 2009/1 « Règles-cadres pour la gestion de fortune ». Un rapport explicatif a été publié avec ce projet.

La circulaire en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> 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. Ces règles-cadres constituent en quelque sorte des « normes minimales pour les exigences minimales ».

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 2008/10 « 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, 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).<sup>1</sup>
- 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.<sup>2</sup>

Le présent rapport expose sous une forme générale et abrégée les avis émis par les participants à l'audition relative à la révision de la circulaire.

---

<sup>1</sup> [www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finma-rs-2008-10-f.pdf](http://www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finma-rs-2008-10-f.pdf)

<sup>2</sup> [www.admin.ch/ch/f/ff/2012/7601.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/ff/2012/7601.pdf)

## 2 Prises de position reçues

Les positions suivantes (classées par ordre alphabétique) ont été reçues :

- Association des banques étrangères en Suisse
- Association des Banquiers Privés Suisses
- Association Romande des Intermédiaires Financiers (ARIF)
- Association suisse des banquiers (ASB)
- Association suisse des gérants de fortune (ASG)
- Bär & Karrer Rechtsanwälte
- Broch et Associés
- Bürgi Nägeli Rechtsanwälte
- CFA Society Switzerland
- Economiesuisse
- Forum OAR
- GFL Compliance Consulting
- Groupement Suisse des Conseils en Gestion Indépendants (GSGCI)
- Organisme d'Autorégulation des Gérants de Patrimoine (OAR-G)
- Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT)
- PPCmetrics SA
- Schellenberg Wittmer Avocats
- Swiss Funds Association (SFA)
- Swisscanto Asset Management SA
- Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (VQF)

### 3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

#### 3.1 Généralités

##### *Prises de position et appréciation*

La majorité des participants à l'audition a salué la révision compte tenu de l'évolution de la jurisprudence et de la législation : plusieurs arrêts du Tribunal fédéral ont été rendus sur la gestion de fortune individuelle depuis l'entrée en vigueur de la circulaire le 1<sup>er</sup> janvier 2009. 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. Il a également clarifié des incertitudes juridiques existantes en matière de rétrocessions. Ces évolutions juridiques et d'autres nouveautés dans la législation sur les placements collectifs rendent une actualisation de la circulaire indispensable.

Quelques participants à l'audition estiment que la loi ne confère aucune base claire pour une révision, notamment en ce qui concerne les gérants de fortune (« externes ») qui n'étaient pas soumis à une surveillance prudentielle jusqu'à présent. Cette position est erronée. Comme indiqué en introduction, la mise à disposition d'informations et l'acquisition de placements collectifs pour des clients de gérants de fortune non soumis à une surveillance prudentielle ne sont pas considérées comme distribution si les gérants de fortune sont assujettis aux règles de conduite d'une organisation professionnelle reconnues par la FINMA comme exigences minimales. Cette réglementation initialement définie dans l'ordonnance est ancrée dans la loi depuis le 1<sup>er</sup> mars 2013 (art. 3 al. 2 de la LPCC révisée).

Actuellement, les règles de conduite de sept organisations professionnelles différentes sont reconnues pour les gérants de fortune (« externes ») non soumis à une surveillance prudentielle. Les gérants de fortune soumis à une surveillance prudentielle (tels que les banques, les négociants en valeurs mobilières, les directions de fonds et les gérants de fortune de placements collectifs de capitaux) qui doivent respecter des règles de conduite en vertu de plusieurs lois sur la surveillance peuvent se fonder sur les directives reconnues du 16 avril 2010 concernant le mandat de gestion de fortune émises par l'ASB dans le domaine de la gestion de fortune individuelle. Ces huit autorégulations reconnues par la FINMA ont un point commun : elles doivent toutes respecter les règles-cadres définies par la FINMA comme critères de référence dans la circulaire. Ceux-ci reposent sur la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit des mandats et doivent dès lors être adaptés aux arrêts rendus par la plus haute instance juridique ces dernières années. L'harmonisation des règles-cadres de la FINMA avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, d'une part, et des autorégulations dans les secteurs prudentiel et non prudentiel, d'autre part, présentent notamment les avantages suivants :

1. Le droit civil et celui de la surveillance ne se contredisent pas. En particulier, le droit de la surveillance n'est pas distancé par le droit civil. Cela garantit également la sécurité juridique dans les relations entre les gérants de fortune et leurs clients.
2. Les organisations professionnelles des gérants de fortune du secteur prudentiel sont traitées comme celles des gérants de fortune du secteur non prudentiel, ce qui assure une égalité de la concurrence entre les prestataires.

Ces points essentiels pour la FINMA ont également été soulignés dans plusieurs prises de position : il ne faut pas toucher au droit civil ou le droit civil et celui de la surveillance ne doivent pas entrer en contradiction. Un champ d'action équitable doit également être mis en place (*same level playing field*).

En outre, il a parfois été suggéré de régler dans la circulaire les questions relatives à la distribution des placements collectifs de capitaux. Or celles-ci sont traitées dans la future circulaire 2013/xy « Distribution de placements collectifs », qui fait actuellement l'objet d'une audition publique.<sup>3</sup>

Enfin, certains participants à l'audition ont proposé d'intégrer d'autres points à la révision, tels que la solvabilité ainsi que la formation et le perfectionnement des gérants de fortune. Pour autant qu'il s'agisse de points qui devraient indéniablement être introduits en premier lieu dans la loi, mieux vaut opter pour une révision de celle-ci. A cet égard, il convient de renvoyer au projet de loi sur les services financiers du Département fédéral des finances (DFF) et au rapport correspondant publié au printemps 2013.<sup>4</sup> D'ailleurs, plusieurs prises de position souhaitent que la révision n'anticipe pas les résultats de ce projet. Le DFF estime que les versions préliminaires ne seront prêtes qu'à l'automne 2013 ; il sera alors temps de tenir compte de cette requête.

### Conclusion

La majorité des participants à l'audition a salué l'orientation de la révision compte tenu de l'évolution de la jurisprudence et de la législation. La loi sur les services financiers n'est pas anticipée.

## 3.2 Obligations de renseignement précontractuelles

### Prises de position et appréciation

Trois avis suggèrent de supprimer les nouveaux Cm 7.1 et 7.2 proposés car ils iraient au-delà du droit civil ou essaieraient d'introduire la directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID), alors que cela relève uniquement du projet de loi susmentionné sur les services financiers. Dans sa jurisprudence sur le droit des mandats en vigueur, le Tribunal fédéral a clairement et explicitement indiqué au niveau de la loi que ces obligations de renseignement concernent un gérant de fortune.<sup>5</sup> On peut se reporter à ce sujet aux commentaires détaillés du rapport explicatif. Il faut par ailleurs préciser que ces modifications sont saluées dans plusieurs autres positions de position et qu'elles sont déjà appliquées dans la pratique.

Il a parfois été relevé que la présente circulaire portait uniquement sur la gestion de fortune individuelle et sur les rapports de droit correspondants. Il a également été souligné que le profil de risque devait être établi avec le client et que sa situation familiale devait aussi être prise en compte. Ces deux éléments sont exacts : comme mentionné dans le rapport explicatif, il faut définir avec le client sa propension (subjective) au risque et sa capacité (objective) à le supporter et, par conséquent, son

<sup>3</sup> [www.finma.ch/fr/aktuell/pages/mm-rs-vetrieb-kka-20130415.aspx](http://www.finma.ch/fr/aktuell/pages/mm-rs-vetrieb-kka-20130415.aspx)

<sup>4</sup> [www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=47816](http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=47816)

<sup>5</sup> Arrêt 4A\_140/2011 du 27 juin 2011, consid. 2.1 et 3.1.

profil de risque. Pour remplir ses obligations, le gérant de fortune doit notamment déterminer la situation et les besoins personnels du client, y compris sa situation familiale.

#### *Conclusion*

Les nouveaux Cm 7.1 et 7.2 du projet sont repris sans modification.

### 3.3 Devoir de diligence

#### *Prises de position et appréciation*

Les prises de position qui remettaient en question les modifications au point 3.2 préconisaient également la conservation du statu quo aux Cm 16 et 17 ou une réglementation dans le cadre du projet de loi sur les services financiers. Sur le plan pratique, elles arguaient que les contacts avec le client pourraient devenir difficiles après un certain temps, voire qu'une concordance « durable » des placements avec le profil de risque ainsi qu'avec les objectifs et restrictions de placement ne serait guère réalisable.

La circulaire en vigueur prévoit déjà une concordance « durable » des placements avec les objectifs et restrictions de placement. Comme indiqué dans le rapport explicatif avant l'adoption de la circulaire, il faut préciser à cet égard qu'un écart provisoire dû aux fluctuations des marchés financiers, par exemple, est possible. La durabilité s'entend sur une période plus longue afin que ce devoir de diligence puisse être pris en compte dans la pratique. Cela s'applique également à la nouveauté prévue au Cm 16 concernant la concordance des placements avec le profil de risque : le Cm 17 du projet stipule qu'il faut vérifier « périodiquement » si le profil de risque correspond à la situation actuelle du client. Cet examen régulier vaut aussi dans le cadre du Cm 16. Par ailleurs, ce devoir de diligence découle du droit des mandats et, partant, de la loi fédérale, comme le précise le rapport explicatif.

#### *Conclusion*

Les modifications prévues aux Cm 16 et 17 sont reprises sans modification.

### 3.4 Devoir d'information

#### *Prises de position et appréciation*

Certains participants à l'audition ont de nouveau souligné le fait que les modifications proposées au Cm 23 tentent d'introduire la directive européenne MiFID, alors que cela relève uniquement du projet de loi sur les services financiers. Le Tribunal fédéral a cependant rappelé qu'en vertu du droit des mandats en vigueur, 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.<sup>6</sup>

Il a parfois été suggéré que la FINMA définisse plus précisément et de manière contraignante l'organisation concrète du devoir d'information. Or la réglementation de ce point est prévue dans le cadre du projet de loi sur les services financiers ; la FINMA ne peut l'anticiper.

#### Conclusion

Les modifications prévues au Cm 23 sont reprises sans modification.

### 3.5 Rémunération du gérant de fortune

#### *Prises de position et appréciation*

La proposition de la FINMA visant à modifier le Cm 28 afin qu'à l'avenir l'affectation juridique des prestations de tiers soit toujours réglementée dans le contrat de gestion de fortune n'a pas été approuvée par presque tous les participants à l'audition. La plupart ont argué qu'une telle pratique ne découlerait pas de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit civil.

Or le Tribunal fédéral a notamment rappelé dans ses arrêts 4A\_127/2012 et 4A\_141/2012 du 30 octobre 2012 que l'obligation de restitution de l'art. 400 du Code des obligations (CO) constituait – tout comme l'obligation de rendre compte – un élément central du bénéfice du mandat pour des tiers. Par ailleurs, l'obligation de restitution n'est pas de nature contraignante, puisque le mandant, c'est-à-dire le client du gérant de fortune, peut renoncer à cette restitution.<sup>7</sup> Le Tribunal fédéral a déjà énoncé des principes correspondants en 2011, qui sont exposés au Cm 30 de la circulaire.<sup>8</sup> Dans son arrêt du 30 octobre 2012, il a désormais exigé explicitement une réglementation contractuelle :

*Durch eine vertragliche Regelung hinsichtlich des mit den Bestandespflegekommissionen verbundenen potentiellen Interessenkonflikts würden auch die von der Beklagten für den Fall einer Bejahung einer Herausgabepflicht befürchteten und von ihr als unhaltbar erachteten aufsichtsrechtlichen und ordnungspolitischen Ergebnisse ausser Betracht fallen. [consid. 5.8.2]*

La FINMA estime que le client peut renoncer à la restitution des prestations de tiers dans la mesure où les principes définis par la jurisprudence sont respectés. A cet 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. Il doit notamment pouvoir comprendre l'impact des rémunérations de tiers sur le mandat de gestion de fortune. Il faut dès lors 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

<sup>6</sup> Arrêt 4A\_140/2011 du 27 juin 2011, consid. 3.1.

<sup>7</sup> Arrêts 4A\_127/2012 et 4A\_141/2012 du 30 octobre 2012, consid. 5.3 et 5.8.2.

<sup>8</sup> ATF 137 III 393 ss du 29 août 2011, consid. 2.4.

tiers doit permettre au client de déceler les conflits d'intérêt qui pourraient survenir en raison de ces prestations.

Dans les dispositions concernant la rémunération du gérant de fortune, la FINMA proposait également au Cm 31 de la circulaire que l'importance des prestations déjà reçues de tiers soit divulguée à la demande des clients – dans le cadre de l'obligation de rendre compte – même en cas de renonciation à la restitution. On s'assure ainsi que les clients peuvent déterminer dans tous les cas si leur gérant de fortune est ou pourrait être confronté à des conflits d'intérêt en raison de rémunérations de tiers. De plus, il serait alors possible de vérifier les informations fournies avant la renonciation concernant les paramètres de calcul initialement indiqués et les fourchettes des prestations de tiers. Presque tous les participants ont également manifesté leur refus de cette proposition.

Dans son arrêt 4A\_13/2012 du 19 novembre 2012, le Tribunal fédéral a précisé que l'obligation de rendre compte au mandant pouvait aller au-delà de l'obligation de restitution, car elle permet au mandant (c'est-à-dire au client) de contrôler l'activité du mandataire (c'est-à-dire du gérant de fortune).<sup>9</sup> Jusqu'à présent, il ne s'est pas exprimé de manière exhaustive sur toutes les questions connexes. En particulier, les effets d'une renonciation à la restitution sur l'obligation de rendre compte en vertu du droit des mandats et les conditions dans lesquelles une éventuelle renonciation à un compte-rendu serait possible n'ont pas été clarifiés de manière définitive. Par conséquent, le complément du Cm 31 prévu dans le projet est ajourné jusqu'à nouvel ordre. Toutefois, la suppression envisagée de l'énumération des différentes prestations de tiers à la fin de la première phrase du Cm 31 est conservée.

#### *Conclusion*

Les modifications prévues aux Cm 28 et 30 sont entièrement reprises ; celles proposées au Cm 31 ne le sont que partiellement.

### 3.6 Disposition finale

#### *Prises de position et appréciation*

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 dispositifs réglementaires doivent toutefois respecter les règles-cadres. Si des règles de conduite sont déjà reconnues, le Cm 33 du projet prévoit un délai transitoire de 6 mois afin que les organisations professionnelles concernées puissent les adapter aux modifications. Ce délai est salué par les participants à l'audition.

#### *Conclusion*

Un délai transitoire est accordé conformément au Cm 33.

<sup>9</sup> Arrêt 4A\_13/2012 du 19 novembre 2012, consid. 4.1.2 et 4.1.3.

#### **4 Prochaines étapes**

Toutes les modifications reprises étant couvertes par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit civil, la circulaire peut entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013, comme prévu.

Si des règles de conduite d'organisations professionnelles sont déjà reconnues, ces dernières doivent les adapter d'ici au 31 décembre 2013. La FINMA prendra contact avec les organisations professionnelles après l'entrée en vigueur de la circulaire et elle les invitera à lui soumettre les modifications à temps et de manière appropriée en vue d'une reconnaissance.