

Dispositions d'exécution de la FINMA relatives à la LSFin et à la LEFin

**Rapport sur les résultats de l'audition qui a eu lieu du 7 février
au 9 avril 2020**

4 novembre 2020

Table des matières

Éléments essentiels	5
Liste des abréviations.....	6
1 Introduction	8
2 Prises de position reçues	8
3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA	9
3.1 Ordonnance de la FINMA sur les établissements financiers	9
3.1.1 Gestionnaires de fortune et trustees : assurance responsabilité civile professionnelle (art. 1 à 4 OEFin-FINMA)	9
3.1.2 Gestionnaire de fortune collective (y c. gestionnaire de fortune d'institutions de prévoyance) (art. 5 à 14 OEFin-FINMA)	14
3.1.3 Directions de fonds (art. 18 OEFin-FINMA)	21
3.1.4 Audit prudentiel et audit des comptes annuels pour les gestionnaires de fortune collective et les directions de fonds (art. 19 à 22 OEFin-FINMA)	21
3.1.5 Forme de l'envoi (art. 24 OEFin-FINMA).....	22
3.2 Ordonnance de la FINMA sur les placements collectifs	23
3.2.1 Instituts (art. 66 à 76, 86 et 107 OPC-FINMA)	23
3.2.2 Audit et rapports d'audit (art. 111 à 112 et 114 OPC-FINMA)	26
3.2.3 Envoi électronique (art. 116a OPC-FINMA)	27
3.3 Commentaires sur l'ordonnance de la FINMA sur la faillite de placements collectifs	27
3.4 Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire	29
3.5 Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent	29
3.5.1 Succursales et sociétés de groupe à l'étranger (art. 5)	29

3.5.2	Obligation d'établir et de conserver des documents (art. 39)	30
3.5.3	Informations requises (art. 44).....	30
3.5.4	Vérification de l'identité des clients lors des opérations avec des monnaies virtuelles (art. 51 a OBA-FINMA)	31
3.5.5	Obligations de vérification d'identité incombant aux sociétés d'investissement cotées en bourse (art. 54)	32
3.5.6	Exceptions à l'obligation d'identification (art. 58)	32
3.5.7	Intermédiaire financier soumis à une autorité instituée par une loi spéciale ou institution de prévoyance professionnelle exemptée d'impôts en tant que cocontractant (art. 65 OBA-FINMA)	33
3.5.8	Assurance-vie avec gestion séparée du compte ou du dépôt (<i>insurance wrapper</i>) (art. 65a OBA-FINMA)	34
3.5.9	Seuils pour le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent pour les intermédiaires financiers (art. 75 OBA-FINMA)	34
3.5.10	Directives internes (art. 76 OBA-FINMA)	36
3.5.11	Dispositions transitoires (art. 78a OBA-FINMA).....	37
3.6	Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers	37
3.7	Circulaire FINMA 13/8 « Règles de conduite sur le marché »	38
3.7.1	Champ d'application (Cm 4 et 6).....	38
3.7.2	Devoirs d'organisation / Surveillance des transactions pour propre compte des collaborateurs (Cm 53 s.)	39
3.8	Circulaire FINMA 13/3 « Activités d'audit ».....	40
3.8.1	Changement de mandat – nouvelle société d'audit (Cm 10.1).....	40
3.8.2	Domaine d'audit : exigences de fonds propres découlant de modèles internes autorisés par la FINMA et conditions d'autorisation correspondantes (Cm 95, 107.1, annexes 2 et 13) ...	41
3.8.3	Audit comptable (Cm 112.16).....	45
3.8.4	Remise de l'analyse des risques et de la stratégie d'audit ou du rapport d'audit (Cm 121).....	45

3.8.5	Informations sur l'audit des comptes annuels des succursales des entreprises d'assurance étrangères (annexe 19)	46
3.9	Circulaire 18/3 « <i>Outsourcing</i> – banques et assureurs » de la FINMA	46
3.9.1	Généralités	46
3.9.2	Champ d'application (Cm 5 et 6.2)	48
3.9.3	Gestionnaires de fortune collective, directions de fonds et SICAV (Cm 13.2 et 13.3)	49
3.9.4	Forme du contrat d'externalisation (Cm 32)	50
3.9.5	Dispositions transitoires (Cm 39)	51
3.10	Abrogation de circulaires existantes	51
3.10.1	Circulaire 08/5 « Négociant » de la FINMA	51
3.10.2	Circulaire 13/9 « Distribution de placements collectifs » de la FINMA	52
4	Conséquences	53
4.1	Généralités	53
4.2	OEFin-FINMA, OPC-FINMA, OFPC-FINMA, OIB-FINMA et OBA-FINMA	53
4.3	Circulaires de la FINMA (2013/8 « Règles de conduite sur le marché », 2013/3 « Activités d'audit », 2015/2 « Risques de liquidité – banques », 2018/3 « <i>Outsourcing</i> – banques et assureurs », 2017/7 « Risques de crédit – banques » et 2020/1 « Comptabilité – banques »)	54
5	Suite de la procédure	54

Éléments essentiels

1. Du 7 février au 9 avril 2020, la réglementation subséquente relative à la LSFIn/LEFin a été soumise à une audition au niveau de la réglementation de la FINMA. Compte tenu du caractère essentiellement technique du projet, les critiques quant au fond sont restées extrêmement rares.
2. Plusieurs demandes concernant les modalités d'assurance de responsabilité civile professionnelle des gestionnaires de fortune et des *trustees* sont pertinentes et peuvent être prises en compte dans une large mesure. L'art. 2 al. 1 OEFin-FINMA est adapté au sens où seuls les risques des activités usuelles à la profession doivent être assurés. En lieu et place de la méthode de calcul fondée sur des pourcentages telle que définie dans le projet soumis à audition, l'art. 3 OEFin-FINMA prévoit dorénavant qu'une éventuelle franchise dans la police d'assurance doit être déduite de la somme d'assurance imputable aux fonds propres.
3. L'abaissement du seuil pour la vérification de l'identité des clients lors de transactions en monnaies virtuelles, lequel passe de 5 000 CHF à 1 000 CHF (art. 51a OBA-FINMA), a été critiqué par des représentants du secteur des cryptomonnaies, tandis que les OAR y sont majoritairement favorables. Compte tenu des risques accrus de blanchiment d'argent liés aux monnaies virtuelles, la FINMA tient à l'abaissement du seuil.
4. Elle est également attachée à l'élargissement du champ d'application de la circulaire 2018/3 « *Outsourcing – banques et assureurs* » aux directions de fonds et aux gestionnaires de fortune collective, les SICAV à gestion externe étant quant à elles désormais exclues du champ d'application. La circulaire sert à l'harmonisation de la pratique de la surveillance en relation avec les externalisations. Elle est conforme aux exigences de la LEFin et de la LSFIn.
5. Le projet entre en vigueur au 1^{er} janvier 2021.

Liste des abréviations

CDB 16	Convention relative à l'obligation de diligence des banques du 1 ^{er} juin 2015
CO	Code des obligations (RS 220)
LB	Loi du 8 novembre 1934 sur les banques (RS 952.0)
LBA	Loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (RS 955.0)
LCA	Loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCC	Loi du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1)
LEFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (RS 954.1)
LFINMA	Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financier (RS 956.1)
LIMF	Loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (RS 958.1)
LPPC	Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
LSA	Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (RS 961.01)
LSFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (RS 950.1)
OA-FINMA	Ordonnance du 5 novembre 2014 sur les audits des marchés financiers (RS 956.161)
OAR	Organisme d'autorégulation
OBA	Ordonnance du 11 novembre 2015 sur le blanchiment d'argent (RS 955.01)
OBA-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 3 juin 2015 sur le blanchiment d'argent (RS 955.033.0)

OEFin	Ordonnance du 6 novembre 2019 sur les établissements financiers (RS 954.11)
OEFin-FINMA	Projet d'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA sur les établissements financiers
OFPC-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 6 décembre 2012 sur la faillite de placements collectifs (RS 951.315.2)
OIB-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 30 août 2012 sur l'insolvabilité bancaire (RS 952.05)
OICV	Organisation internationale des commissions de valeurs (International Organization of Securities Commissions)
OIMF-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 3 décembre 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (RS 958.111)
OPCC	Ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs (RS 951.311)
OPC-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 27 août 2014 sur les placements collectifs (RS 951.312)
OS	Organisme de surveillance
OSFin	Ordonnance du 6 novembre 2019 sur les services financiers (RS 950.11)
SCI	Système de contrôle interne

1 Introduction

Du 7 février au 9 avril 2020, la réglementation subséquente relative à la LSFIn/LEFin a été soumise à une audition au niveau de la réglementation de la FINMA.

2 Prises de position reçues

Les personnes suivantes (mentionnées par ordre alphabétique) ont envoyé une prise de position dans le cadre de l'audition et ne se sont pas opposées à une publication de celle-ci :

- Association pour l'assurance qualité dans le domaine des services financiers (VQF)
- Association Romande des Intermédiaires Financiers (ARIF)
- Association Suisse d'Assurances (ASA)
- Association suisse des banquiers (ASB)
- Association Suisse des Gérants de Fortune (ASG)
- Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR)
- Bär & Karrer SA (B&K)
- Bitcoin Association Switzerland
- Bity SA
- EXPERTsuisse
- Financement à la consommation Suisse (FCS)
- Groupement suisse des conseils en gestion indépendants (GSCGI)
- Kauders Portfolio Management AG (Kauders)
- Kunz Compliance
- Lenz & Staehelin AG (L&S)
- Moving Media GmbH
- OAR FIDUCIAIRE SUISSE
- Organisme d'autorégulation des gérants de patrimoine (OAR-G)
- Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT)
- Resoluzium GmbH
- Roussel (Alexis Roussel)
- Swiss Association of Trust Companies (SATC)
- Swiss Funds & Asset Management Association (SFAMA)

3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

Comme à l'accoutumée, les prises de position reçues sont évaluées et analysées par la FINMA, puis elles sont résumées dans le présent rapport. Le rapport a été adopté par le conseil d'administration de la FINMA (cf. art. 11 al. 4 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers). Il est publié en même temps que les réglementations adoptées et les prises de position reçues lors de l'audition. Pour la première fois, la FINMA publie également des explications. Celles-ci se fondent sur le rapport explicatif relatif à l'audition, qui contient, à titre complémentaire, les modifications effectuées suite à l'audition. Toutes les parties prenantes censées appliquer le droit disposent ainsi d'un document de référence facile d'emploi destiné à accompagner le texte définitif.

Compte tenu du caractère essentiellement technique du projet, de nombreuses propositions concernant des modifications formelles ont été reçues, lesquelles ont été prises en compte dans la mesure du possible. Ont notamment fait l'objet de controverse les modalités de l'assurance responsabilité civile professionnelle des gestionnaires de fortune et des *trustees* (art. 1 à 4 OEFin-FINMA, cf. ch. 3.1.1 ci-après), l'abaissement du seuil de 5 000 CHF à 1 000 CHF pour la vérification de l'identité de clients lors de transactions en monnaies virtuelles (art. 51a OBA-FINMA, cf. ch. 3.5.4 ci-après), les seuils pour le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent (art. 75 OBA-FINMA, cf. ch. 3.5.9 ci-après) ainsi que l'extension du champ d'application de la circulaire 2018/3 « *Outsourcing* – banques et assureurs » aux directions de fonds et aux gestionnaires de fortune collective (cf. ch. 3.9 ci-après).

3.1 Ordonnance de la FINMA sur les établissements financiers

3.1.1 Gestionnaires de fortune et *trustees* : assurance responsabilité civile professionnelle (art. 1 à 4 OEFin-FINMA)

Généralités

Plusieurs participants à l'audition se sont prononcés au sujet des règles relatives à l'assurance responsabilité civile professionnelle des gestionnaires de fortune et des *trustees* présentées dans le projet d'OEFin-FINMA soumis à l'audition. La réglementation est jugée positivement dans l'ensemble et des propositions de modification essentiellement techniques ont été faites. Les participants estiment que les dispositions prévoient une couverture des dommages fondamentaux, lesquels sont effectivement assurables. La compatibilité avec les dispositions d'assurance générale issues de la LCA a été en partie remise en question.

Art. 1 Exigences quant à l'assurance responsabilité civile professionnelle

Prises de position

L'ASA considère que la LCA contient suffisamment de règles concernant les durées et les possibilités de résiliation du contrat d'assurance. Selon elle, un délai de résiliation plus court doit être possible, autrement dit il faut préciser le fait que le délai de résiliation prévu à l'art. 1 al. 1 let. c OEFin-FINMA est un délai ordinaire.

Par ailleurs, Kauders considère que l'art. 1 al. 1 let. a OEFin-FINMA n'établit pas clairement si, outre les entreprises d'assurance suisses, des entreprises d'assurance étrangères (de l'UE, par ex.) entrent également en ligne de compte pour autant qu'elles satisfassent des exigences équivalentes.

En outre, la SATC juge difficile pour les *trustees* d'intégrer dans leurs polices globales la prolongation de la couverture d'assurance pour les polices avec principe dit de la réclamation telle qu'elle est prévue à l'art. 1 al. 1 let. d OEFin-FINMA, cette pratique étant inhabituelle dans l'espace anglo-saxon. Parallèlement, le GSCGI avance que la réglementation de la prolongation de la couverture est contre-productive car le principe dit de la réclamation ne prévoit pas de limitation dans le temps si rien d'autre n'est convenu, raison pour laquelle l'art. 1 al. 1 let. d OEFin-FINMA doit être supprimé.

Appréciation

La LCA règle les principes généraux concernant les contrats d'assurance. Dans le cas de l'assurance responsabilité civile professionnelle légalement prescrite par la LEFin, qui peut être imputée sur les fonds propres des gestionnaires de fortune ou des *trustees* en tant que substitut, des exigences minimales prudentielles doivent être respectées en plus des exigences contractuelles pour que l'assurance responsabilité civile professionnelle puisse effectivement servir de substitut aux fonds propres. En conséquence, la FINMA est habilitée, à l'art. 31 al. 3 OEFin, à régler les modalités de l'assurance responsabilité civile professionnelle. En ce qui concerne le délai de résiliation, il s'agit d'accorder au preneur d'assurance un délai minimal pour pouvoir chercher une nouvelle assurance en cas de résiliation. Cela ne signifie toutefois pas que le preneur d'assurance ne peut pas changer de police en temps voulu si un nouveau contrat d'assurance a déjà été conclu.

Selon l'art. 1 al. 1 let. a OEFin-FINMA, seules les entreprises d'assurance suisses selon la LCA entrent en ligne de compte. De par la loi, les entreprises d'assurance étrangères n'ont pas le droit d'assurer des personnes ayant leur siège ou leur domicile en Suisse.

Par ailleurs, le principe de la réclamation énoncé à l'art. 1 al. 1 let. d OEFin-FINMA est une pratique courante sur le marché suisse et seules les assurances de responsabilité civile professionnelle conclues auprès d'entreprises d'assurance suisses selon la LSA sont autorisées. La réglementation de la prolongation de la couverture semble judicieuse car cet aspect n'est pas clairement réglé dans tous les cas, comme le montrent les demandes faites par les participants à l'audition.

Conclusion

L'art. 1 OEFin-FINMA reste inchangé.

Il est précisé dans les commentaires que le délai de résiliation de 90 jours prévu à l'art. 1 al. 1 let. c OEFin-FINMA vaut notamment pour l'entreprise d'assurance et que le preneur d'assurance a la possibilité de conclure une assurance subséquente avant l'expiration du délai de résiliation, par exemple en cas de réalisation du risque assuré.

Art. 2 Risques de responsabilité civile professionnelle à couvrir

Prises de position

D'après l'ASA, l'expression « l'ensemble des activités » employée à l'art. 2 al. 1 OEFin-FINMA doit être limitée en employant l'expression « l'ensemble des risques/activités usuels à la profession » car l'assurance responsabilité civile professionnelle n'est pas censée couvrir des activités sortant du cadre typiquement professionnel. De même, une responsabilité contractuelle plus étendue que celle prévue par les prescriptions légales, telle qu'une amende conventionnelle par exemple, n'est pas couverte par l'assurance responsabilité civile professionnelle. Selon l'ARIF, les erreurs résultant de l'utilisation de machines ne sont pas non plus couvertes par une telle assurance. D'une manière générale, l'association estime qu'il faut veiller à ce que les couvertures d'assurance ne deviennent pas inactives en raison d'exclusions.

En outre, selon l'ASG, le texte n'indique pas clairement si l'assurance responsabilité civile professionnelle ne doit couvrir que les risques découlant des activités réglementées par la LEFin ou si elle inclut également les risques résultant d'autres activités, que celles-ci relèvent ou non des compétences de l'intermédiaire financier.

La VQF, B&K et l'ASA ont fait chacun des propositions de modification des termes notamment en vue d'éviter des litiges ou en référence aux usages du marché de l'assurance (« risques », « erreur de placement » ou « personnes de confiance » et « dommage de confiance »).

Appréciation

Compte tenu de la nature de l'assurance responsabilité civile professionnelle, seuls les risques usuels de la profession doivent être assurés et pas les autres risques. Ces risques peuvent également inclure des activités accessoires de nature financière ou non. L'assurance responsabilité civile professionnelle doit servir de substitut aux fonds propres. Si le gestionnaire de fortune ou le *trustee* exerce une telle activité, sa fortune peut également se trouver diminuée en cas de prétentions en dommages-intérêts. Cela peut donc également porter préjudice à l'activité principale. En revanche, les prétentions fondées sur une responsabilité contractuelle plus étendue que celle prévue par les prescriptions légales ne sont pas tenues d'être couvertes.

Il n'est pas manifeste que des termes tels que « dommages patrimoniaux » ou « erreur de placement » soient trompeurs ou puissent conduire à une insécurité juridique, même si une marge d'interprétation peut exister dans certains cas. La couverture des collaborateurs ou des personnes de confiance est sensée, conformément au principe de couverture globale.

Conclusion

L'énoncé de l'art. 2 al. 1 OEFin-FINMA est modifié au sens où seuls les risques liés à « l'ensemble des activités usuelles à la profession » et non pas d'autres risques atypiques sont couverts par l'assurance responsabilité civile professionnelle.

L'énoncé de l'art. 2 al. 2 OEFin-FINMA n'est pas modifié. Il est toutefois précisé dans les commentaires que les prétentions résultant d'une responsabilité contractuelle plus étendue que celle prévue par les prescriptions légales (amende conventionnelle, erreur due à l'utilisation de machines, par ex.) ne doivent pas nécessairement être couvertes par l'assurance responsabilité civile professionnelle.

Art. 3 Montant de couverture de l'assurance

Prises de position

D'après l'ASA et l'ASG, le montant de la somme d'assurance responsabilité civile professionnelle pouvant être imputée sur les fonds propres est déjà réglée par le Conseil fédéral à l'art. 31 al. 2 OEFin. La FINMA devrait donc ne régler dans l'OEFin-FINMA que les modalités qui doivent être satisfaites pour que cette prise en compte puisse avoir lieu. Les deux associations estiment en outre que la réglementation entraîne une complication inutile du calcul de la somme d'assurance nécessaire.

Appréciation

Selon l'art. 31 al. 3 OEFin, la FINMA règle notamment le montant de la couverture d'assurance. Elle pourrait donc définir ce montant par l'intermédiaire d'un abattement applicable à l'imputation de l'assurance responsabilité civile professionnelle. Il est néanmoins exact que le calcul de l'abattement entraîne généralement des complications inutiles. Le but premier de l'abattement prévu dans le projet soumis à audition était de garantir un certain « matelas financier » par exemple pour compenser les éventuelles franchises prévues dans la police d'assurance. En lieu et place d'un abattement sur la somme d'assurance, les éventuelles franchises doivent désormais être déduites de la somme d'assurance imputable.

Conclusion

L'art. 3 OEFin-FINMA est adapté. Il est désormais stipulé qu'une éventuelle franchise prévue dans la police d'assurance doit être déduite de la somme d'assurance imputable sur les fonds propres. Il sera en outre précisé dans le rapport explicatif qu'une éventuelle franchise ne doit pas rendre la couverture d'assurance invalide.

Art. 4 Communication des résiliations et des modifications

Prises de position

Selon l'ARIF, l'obligation de communiquer ne devrait pas s'appliquer uniquement aux gestionnaires de fortune et aux *trustees*, mais l'assureur devrait également communiquer à la FINMA ou à l'OS la résiliation ou la modification de l'assurance responsabilité civile professionnelle.

Appréciation

Les exigences prévues dans l'OEFin-FINMA s'adressent en premier lieu aux établissements financiers et non aux assurances. C'est la raison pour laquelle il a été décidé de ne pas soumettre ces dernières à cette obligation. En outre, une communication simultanée à l'OS et à la FINMA n'est pas nécessaire car la modification ou la résiliation de l'assurance responsabilité civile professionnelle est assimilée à une modification significative (modification concernant les fonds propres au sens de l'art. 10 let. c OEFin) et doit, à ce titre, être soumise à l'autorisation préalable de la FINMA après consultation de l'OS.

Conclusion

L'art. 4 OEFin-FINMA reste inchangé.

3.1.2 Gestionnaire de fortune collective (y c. gestionnaire de fortune d'institutions de prévoyance) (art. 5 à 14 OEFin-FINMA)

Art. 7 Évaluation de la fortune de prévoyance gérée

Prises de position

L'ASG estime que la prise en compte des valeurs patrimoniales gérées par les institutions de prévoyance étrangères prévue à l'art. 7 al. 3 OEFin-FINMA ne repose sur aucune base légale car le cercle des institutions de prévoyance énoncé à l'art. 34 al. 2 let. a OEFin est exhaustif. Dans le même esprit, l'art. 7 al. 4 OEFin-FINMA devrait également être supprimé

B&K salue les commentaires figurant dans le rapport explicatif, selon lesquels les fonds à investisseur unique auxquels une caisse de pension confie la gestion de sa fortune ne sont pas pris en compte dans la fortune de prévoyance gérée par les institutions de prévoyance, mais sont imputés à la fortune des placements collectifs de capitaux sous gestion.

Appréciation

Dans la LEFin ainsi que dans les documents de référence, en particulier dans le message concernant la LEFin, il n'est fait aucune distinction entre les institutions de prévoyance suisses et les institutions de prévoyance étrangères ; les commentaires ne permettent pas non plus de conclure que le législateur n'ait pas voulu inclure les gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance étrangères sous le terme de gestionnaire de fortune collective. Une réglementation analogue à celle applicable jusqu'ici aux gestionnaires de placements collectifs de capitaux a été instituée, laquelle inclut également la gestion de placements collectifs de capitaux étrangers. Ainsi, l'art. 24 al. 3 LEFin stipule explicitement que les gestionnaires de fortune de prévoyance qui n'atteignent pas le seuil *de minimis* peuvent demander une autorisation dans la mesure où une telle autorisation est requise par l'État dans lequel l'institution de prévoyance est gérée. Cela implique donc que la fortune des institutions de prévoyance étrangères doit également être prise en compte. Enfin, sous l'angle des risques, le fait qu'un gestionnaire de fortune gère de gros volumes d'actifs de prévoyance étrangers ou suisses n'est pas déterminant. La qualification en tant que gestionnaire de fortune collective se justifie donc également pour les gestionnaires de fortune de prévoyance étrangère qui n'atteignent pas les seuils *de minimis* fixés à l'art. 24 al. 2 let. b LEFin.

Conclusion

L'art. 7 OEFin-FINMA reste inchangé.

3.1.2.1 Gestion des risques, *compliance* et SCI (art. 8 à 14 OEFin-FINMA)

Généralités

Prises de position

La VQF salue le fait que les prescriptions de l'OPC-FINMA ont été reprises pour les gestionnaires de fortune collective. Pour les gestionnaires de fortune et les *trustees* selon l'art. 17 LEFin, il manque toutefois des dispositions comparables ou une règle prévoyant une application par analogie des dispositions relatives à la gestion des risques, à la *compliance* et au SCI.

Appréciation

À cet égard, il convient de préciser que la FINMA, en vertu des art. 41 al. 9 et 57 al. 9 OEFin, est habilitée à définir les modalités de la gestion des risques et des contrôles internes uniquement pour les gestionnaires de fortune collective et les directions de fonds, mais pas pour les gestionnaires de fortune et les *trustees* selon l'art. 17 LEFin. Par conséquent, la FINMA ne peut pas établir dans l'OEFin-FINMA une application par analogie pour les gestionnaires de fortune et les *trustees*.

Art. 8 Principes de gestion des risques

Prises de position

EXPERTsuisse, la SFAMA et l'ASB suggèrent de procéder à diverses modifications formelles au niveau de certains termes et titres.

Appréciation

Les propositions sont judicieuses et sont donc adoptées.

Conclusion

Dans le titre de la section 2, le terme « *compliance* » est supprimé car il n'est fait aucun commentaire à ce sujet, et le titre de l'art. 8 OEFin-FINMA est complété par la mention « et contrôle interne », par analogie aux art. 41 et 57 OEFin.

À l'art. 8 al. 3 OEFin-FINMA, l'expression « tolérance aux risques » est désormais utilisée.

Art. 10 Évaluation des risques d'un placement collectif de capitaux

Prises de position

Resoluzium estime qu'une analyse de scénario des autres risques principaux, autrement dit des risques de marché et de contrepartie en plus des risques de liquidité, n'est pas appropriée, et que le passage « et leurs autres risques principaux » doit donc être supprimé. En outre, selon B&K, les exigences prévues à l'art. 10 al. 1 OEFin-FINMA sont conçues pour les fonds ouverts et non pour les fonds fermés (fonds de *private equity* par ex.). L'ASG estime en outre que l'évaluation des risques de liquidité et d'autres risques des placements collectifs de capitaux n'incombe au gestionnaire de fortune que si la direction du fonds n'assume pas cette tâche.

Selon la SFAMA, il y a un risque que l'énoncé de l'art. 10 al. 2 OEFin-FINMA soit interprété au sens où il est possible de renoncer à toute évaluation des risques principaux si la valeur seuil n'est pas atteinte, ce qui ne serait pas correct.

Par ailleurs, la fixation d'une valeur seuil à l'al. 2 est remise en question. B&K, EXPERTSuisse et l'ASG proposent différentes modifications concernant l'exception visée à l'art. 10 al. 2 OEFin-FINMA, telles que des exceptions applicables aux fonds pour les investisseurs qualifiés, une augmentation de la valeur seuil à 100 millions de francs ou la suppression pure et simple de l'art. 10 al. 2 OEFin-FINMA.

Appréciation

La FINMA ne partage pas l'avis selon lequel la prise en considération d'autres risques dans les analyses de scénario n'est pas appropriée. Les risques de contrepartie et les risques de marché d'un placement collectif peuvent avoir une influence sur les risques de liquidité et doivent donc être intégrés dans les analyses de scénario.

Si la valeur seuil définie à l'al. 2 n'est pas atteinte, les risques doivent être évalués comme c'était le cas auparavant, mais il est possible de renoncer à une analyse intégrant des scénarios. L'énoncé de l'al. 2 est adapté en conséquence.

Les analyses de scénario sont pertinentes en premier lieu en cas de placements collectifs de capitaux ouverts. C'est d'ailleurs ce que prévoient les « *Recommendations for Liquidity Risk Management for Collective Investment Schemes* »¹ de l'IOSCO. Les analyses de scénario exigées sont limitées à celles-ci.

¹ Document consultable sous <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD590.pdf>

En ce qui concerne la responsabilité du gestionnaire de fortune collective pour l'évaluation des risques de liquidité et des autres risques, l'objection faite par l'ASG est rejetée. Un gestionnaire de fortune collective peut difficilement réaliser une analyse de portefeuille fondée et prendre des décisions de placement en conséquence sans évaluer les risques de liquidité et les paramètres de liquidité des investissements déjà réalisés ou envisagés.

Les requêtes des participants à l'audition concernant la valeur seuil définie à l'art. 10 al. 2 OEFin-FINMA ont différentes orientations. En prescrivant une valeur quantitative de 25 millions de francs, le projet soumis à audition tient compte de l'approche fondée sur les risques. La valeur seuil est donc conservée. L'intégration d'exigences qualitatives comme condition de réalisation d'analyses de scénario ne s'avère pas praticable et soulève trop de questions d'interprétation et d'ambiguïtés.

Conclusion

Les analyses de scénario prévues à l'art. 10 al. 1 OEFin-FINMA sont limitées aux placements collectifs de capitaux ouverts.

L'énoncé de l'art. 10 al. 2 OEFin-FINMA est modifié au sens où, dans le cas d'un placement collectif d'un montant inférieur ou égal à 25 millions de francs, aucune analyse de scénario n'est nécessaire, mais une évaluation des risques doit être réalisée, comme c'était le cas auparavant.

Art. 11 Directives internes relatives à la gestion et au contrôle des risques

Prises de position

Resoluzium considère que les seuils de liquidité n'ont du sens que s'ils ont force obligatoire et si les mesures subséquentes sont clairement définies. Parallèlement, une application automatique et stricte des seuils de liquidité, c'est-à-dire la vente de position illiquides, peut être contreproductive. L'avis de la SFAMA va dans le même sens. Elle estime que des mesures ne doivent pas automatiquement être prises en cas de dépassement des seuils, car il s'agit en premier lieu, dans un tel cas, de vérifier les liquidités et dans un deuxième temps seulement, de prendre des mesures. Elle propose de modifier l'énoncé de l'art. 11 al. 5 OEFin-FINMA en conséquence.

Appréciation

La position de la SFAMA est convaincante. Les seuils sont des valeurs internes indicatives auxquelles le gestionnaire de portefeuille se réfère. Le dépassement de ces seuils ne s'accompagne pas d'un rééquilibrage (*rebalancing*) automatique du portefeuille, mais exige un contrôle et, après analyse,

de prendre éventuellement des mesures. Une précision en ce sens sera intégrée dans le rapport explicatif.

Conclusion

Les conséquences résultant du dépassement du seuil de liquidité seront explicitées dans le rapport explicatif.

Art. 12 Directives internes relatives à la technique de placement et aux dérivés

Prises de position

Selon l'ASB, certains aspects concernant la technique de placement et les dérivés définis par mandat dans le contrat de gestion de fortune ou dans les directives de placement correspondantes sont convenus individuellement pour chaque portefeuille ou chaque fonds. L'ASB estime que la documentation exigée à l'art. 12 OEFin-FINMA doit par conséquent pouvoir également être établie en dehors des directives internes, au moins en partie.

Appréciation

Les directives internes évoquées à l'art. 12 OEFin-FINMA ne visent pas à définir l'utilisation effective des techniques de placement et des dérivés au cas par cas, mais de poser les principes qui doivent être respectés par le gestionnaire de fortune collective en cas d'utilisation de dérivés, par exemple quels dérivés il a le droit d'utiliser ou quelle est la façon dont le contrôle des risques, leur évaluation, etc., doivent être réalisés. Le gestionnaire peut ensuite apporter d'autres restrictions ou précisions au niveau des différents mandats ou produits. Des précisions en ce sens seront ajoutées dans le rapport explicatif.

Conclusion

Le rapport explicatif sera précisé quant au rapport entre les directives internes selon l'art. 12 OEFin-FINMA et l'utilisation de dérivés au cas par cas sur la base d'accords conclus avec le client dans le contrat de mandat ou le contrat de gestion de fortune.

Art. 14 Contrôle des risques

Prises de position

Resoluzium est d'avis qu'il n'existe pas, sous l'angle de la protection des investisseurs, de mécanismes de contrôle des risques différents pour les pla-

cements collectifs, la fortune d'institutions de prévoyance et d'autres mandats de gestion. La société considère en outre que l'évaluation des risques de chaque position n'est pas toujours significative.

Appréciation

L'énumération des placements collectifs, de la fortune de prévoyance et d'autres mandats ainsi que l'indication concernant chaque position n'a pas pour but de prévoir différents mécanismes de contrôle, mais de préciser les domaines dans lesquels les contrôles des risques doivent être réalisés en incluant toutes les positions.

Conclusion

L'art. 14 OEFin-FINMA n'est pas adapté.

3.1.2.2 Assurance responsabilité civile professionnelle (art. 15 à 17 OEFin-FINMA)

Art. 15 Exigences

Prises de position

Selon le GSCGI, la prolongation de la couverture d'assurance pour les polices avec principe dit de la réclamation est contreproductive et doit être supprimée (cf. prises de position relatives à l'art. 1 OEFin-FINMA). Il précise par ailleurs que les pourcentages ont été augmentés par rapport à l'ancien art. 75 al. 2 et 3 OPC-FINMA, sans aucune explication.

L'ASG fait remarquer que les sommes d'assurance et les assurances de responsabilité civile ne peuvent être adaptées avec effet rétroactif. Celles-ci doivent donc être adaptées sur la base des valeurs respectives de l'année précédente ou lors de la reprise d'autres placements collectifs sous gestion. Dans ce dernier cas en particulier, une situation de sous-assurance risquerait sinon de survenir.

Appréciation

Le principe dit de la réclamation définit les circonstances dans lesquelles un sinistre assuré est considéré comme étant survenu. À cet égard, il est crucial que la réclamation ait lieu pendant la durée de l'assurance. La prolongation de la couverture d'assurance rallonge cette durée et est donc avantageuse pour le preneur d'assurance. En outre, la couverture d'assurance a été augmentée à 2 % de la fortune totale pour une prétention individuelle et à 3 % pour l'ensemble des prétentions afin de répondre au souhait exprimé par la branche préalablement à l'audition, dans le but de garantir une couverture d'assurance suffisante.

L'énoncé de l'art. 15 al. 3 OEFin-FINMA proposé par l'ASG tient également compte de l'extension du risque en cours d'année directement dans le calcul de la somme d'assurance et est repris.

Conclusion

L'énoncé de l'art. 15 al. 3 OEFin-FINMA est complété en ce sens que le niveau de la couverture d'assurance doit être calculé annuellement sur la base de la fortune totale des institutions de prévoyance ou des placements collectifs de capitaux gérés par le gestionnaire de fortune collective à la date de clôture des comptes annuels ainsi qu'au moment de la reprise de mandats supplémentaires de gestion de placements collectifs de capitaux et d'institutions de prévoyance.

Art. 17 Risques de responsabilité civile professionnelle

Prises de position

B&K a soumis des propositions de modification de termes notamment dans le but d'éviter des litiges ou de se conformer aux usages du marché de l'assurance (« erreur de placement » ou « personnes de confiance » et « dommages de confiance »). En outre, l'OAR FIDUCIAIRE SUISSE considère que les erreurs de placement en relation avec la responsabilité découlant du mandat ne relèvent pas du droit civil car une assurance de responsabilité civile professionnelle ne prend en charge que les dommages résultant d'un manquement aux devoirs, d'une faute et d'un lien de causalité entre le manquement et le dommage.

Appréciation

En ce qui concerne les termes tels que « dommages patrimoniaux » ou « erreur de placement » ainsi que le principe de couverture en relation avec des collaborateurs ou des personnes de confiance, nous renvoyons à l'appréciation relative à l'art. 2 OEFin-FINMA (cf. ch. 3.1.1 ci-dessus).

S'agissant de la responsabilité vis-à-vis des erreurs de placement, il convient de souligner que celles-ci, comme indiqué à la let. a de l'art. 17 (nouvellement art. 16) al. 2 OEFin-FINMA, doivent être dues en particulier à la violation d'obligations légales et contractuelles ou de dispositions du contrat de gestion de fortune concernant la fortune collective, le contrat de fonds, les statuts des placements collectifs ou le règlement de l'institution de prévoyance.

Conclusion

L'art. 17 OEFin-FINMA (nouveau art. 16) n'est pas adapté.

3.1.3 Directions de fonds (art. 18 OEFin-FINMA)

Prises de position

Selon la SFAMA, il n'est pas nécessaire, pour se conformer à une approche fondée sur les risques en cas de transfert des décisions de placement, que l'établissement qui délègue et l'établissement délégué garantissent tous deux de façon cumulative l'intégralité des mesures requises pour une gestion du risque appropriée eu égard aux risques d'investissement.

Appréciation

Cette proposition de modification est judicieuse et est adoptée sous la forme d'un nouvel art. 18 al. 2 OEFin-FINMA.

Conclusion

Dans un nouvel art. 18 al. 2 OEFin-FINMA, l'ordonnance spécifie que dans le cadre de la gestion des risques, la direction de fonds peut tenir compte des mesures correspondantes du gestionnaire de fortune collective dans le cadre de sa propre évaluation fondée sur les risques.

3.1.4 Audit prudentiel et audit des comptes annuels pour les gestionnaires de fortune collective et les directions de fonds (art. 19 à 22 OEFin-FINMA)

Art. 20 Révision des comptes annuels

Prises de position

EXPERTsuisse suggère de régler les principes de révision des comptes annuels des placements collectifs dans un article à part.

Appréciation

L'intégration dans l'OEFin-FINMA d'un article dédié à la révision des comptes annuels des placements collectifs ne paraît pas appropriée car ceux-ci sont réglés dans la LPCC et non dans la LEFin. La plupart des contenus suggérés par EXPERTsuisse pour ce nouvel article sont en outre déjà précisés dans d'autres actes (LPCC, OPCC, OPC-FINMA). Par ailleurs, EXPERTsuisse propose de délimiter la révision des comptes annuels des placements collectifs par rapport à l'audit prudentiel de la direction de fonds. Cela paraît pertinent. La modification sera néanmoins effectuée dans l'OPC-FINMA, et non dans l'OEFin-FINMA.

Conclusion

L'art. 111 OPC-FINMA est complété par un nouvel alinéa 1^{bis} qui établit la délimitation de la révision des comptes annuels des placements collectifs par rapport à l'audit prudentiel de la direction de fonds.

Art. 22 Rapports sur l'audit prudentiel et l'audit des comptes annuels

Prises de position

EXPERTsuisse propose, pour les règles relatives au rapport sur l'audit prudentiel des directions de fonds, d'utiliser la terminologie « en tenant compte des placements collectifs » au lieu de « ainsi que les placements collectifs », par analogie à la formulation employée jusqu'ici à l'art. 112 al. 1 OPC-FINMA.

Appréciation

La proposition d'EXPERTsuisse de conserver les termes « en tenant compte » semble pertinente car l'expression « ainsi que » pourrait être interprétée à tort au sens où un rapport sur l'audit prudentiel séparé devrait être établi pour les placements collectifs.

Conclusion

A l'art. 22 OEFin-FINMA, l'expression « ainsi que » est remplacée par les termes « en tenant compte ».

3.1.5 Forme de l'envoi (art. 24 OEFin-FINMA)

Prises de position

B&K fait remarquer que des avocats mandatés par des établissements financiers doivent pouvoir saisir des données pour leurs clients sur la plateforme de saisie et de demande (EHP) de la FINMA. Par conséquent, il doit pouvoir être techniquement possible de désigner des avocats, aussi bien en tant que responsables à proprement parler des autorisations d'un établissement que, selon les cas, en tant qu'utilisateurs externes supplémentaires de la plateforme, afin de garantir une prise en charge intégrale et sans failles des clients.

Appréciation

Les avocats peuvent demander aux établissements de les désigner en tant que responsables des autorisations (BVA). Il convient toutefois de noter que le responsable des autorisations reste compétent pour l'établissement

même lorsque la procédure d'autorisation est terminée (par ex. pour les recensements de données, les demandes d'autorisation, etc.). Si cela n'est pas souhaité, il faut, une fois l'autorisation obtenue, radier l'enregistrement en tant que responsable des autorisations sur le site Internet de la FINMA en indiquant à la FINMA le collaborateur du titulaire d'autorisation censé remplacer le responsable des autorisations.

Conclusion

La disposition est laissée inchangée.

Les commentaires seront complétés en précisant que les représentants de l'établissement (y c. les avocats) ont la possibilité, en tant que responsables des autorisations, de transmettre des données par voie électronique sur la plate-forme EHP.

3.2 Ordonnance de la FINMA sur les placements collectifs

3.2.1 Instituts (art. 66 à 76, 86 et 107 OPC-FINMA)

Art. 66 Obligations de publication

Prises de position

En ce qui concerne les obligations de publication du représentant (art. 66 al. 1 OPC-FINMA), la SFAMA observe que celui-ci ne peut la plupart du temps absolument pas assumer cette obligation lui-même, mais seulement la surveiller, car il n'est généralement pas relié aux systèmes du prestataire. C'est pourquoi elle estime que le représentant doit seulement être tenu de veiller à ce que la publication soit effectuée.

S'agissant du moment de la publication (art. 66 al. 3 OPC-FINMA), la SFAMA propose d'adapter la teneur de cet alinéa en ce sens que si des documents sont modifiés, la communication y relative adressée aux investisseurs dans le pays d'origine des placements collectifs étrangers doit être publiée en Suisse non pas simultanément, mais seulement rapidement.

Appréciation

En ce qui concerne l'art. 66 al. 1 OPC-FINMA : en réalité, les représentants ne sont pas tenus d'effectuer personnellement les publications, mais doivent seulement s'assurer que les informations concernées sont publiées sous la forme prescrite et dans le temps imparti. Une précision en ce sens sera intégrée dans le rapport explicatif. L'énoncé de l'ordonnance est conservé tel quel.

En ce qui concerne l'art. 66 al. 3 OPC-FINMA : la modification proposée n'est pas prise en compte. L'utilisation du terme « rapidement » ne permet pas de garantir une mise à disposition immédiate de la communication pour les investisseurs suisses, ce qui pourrait les désavantager par rapport aux investisseurs situés dans le pays d'origine des placements. En outre, la LSFIn permet désormais de rédiger les publications en Suisse également en langue anglaise, raison pour laquelle il faut partir du principe que les craintes exprimées par la SFAMA perdront leur acuité dans la réalité. Il semble toutefois indiqué de préciser dans le rapport explicatif que la publication de la communication peut avoir quelques jours de retard si une publication simultanée n'est pas possible sur le plan opérationnel et pour des raisons vérifiables. Il est également opportun de conserver la pratique actuelle, selon laquelle la communication immédiate à la FINMA de modifications des documents visés à l'art. 13a OPCC doit intervenir au plus tard dans le mois qui suit l'entrée en vigueur des modifications.

Conclusion

Le texte de l'ordonnance est conservé dans sa forme actuelle mais des clarifications complémentaires concernant l'obligation d'effectuer des publications seront apportées dans les commentaires.

Art. 66a Obligation d'annoncer

Prises de position

La SFAMA apprécierait qu'une précision soit apportée dans les commentaires relatifs à l'art. 66a, selon laquelle la pratique actuelle de la FINMA concernant la circulaire FINMA 2013/9 est conservée. Selon la SFAMA, cette demande se rapporte essentiellement aux procédures liées au non lancement de fonds. En ce qui concerne l'art. 66a al. 1 let. b OPC-FINMA, la SFAMA propose en outre de ne pas prévoir d'obligation d'annonce lorsque l'offre a été suspendue en Suisse car cela n'est pas réalisable. Par ailleurs, la SFAMA est favorable à une suppression pure et simple de l'art. 66a al. 2 OPC-FINMA au motif que cette disposition présente une redondance avec l'art. 120 al. 2bis LPCC.

Appréciation

La précision suggérée par la SFAMA selon laquelle la pratique habituelle s'applique en cas de non lancement de fonds sera intégrée dans le rapport explicatif. La proposition concernant l'obligation d'annoncer en cas de suspension de l'offre correspond à la pratique actuelle, laquelle a pu être mise en œuvre sans difficulté. L'obligation d'annoncer en cas de suspension de l'offre est donc maintenue.

Conclusion

L'art. 66a OPC-FINMA n'est pas adapté, mais une précision en lien avec le non lancement de fonds sera ajoutée dans le rapport explicatif.

Art. 67 à 71 Gestion des risques et contrôle des risques

Prises de position

La SFAMA et EXPERTsuisse jugent important que le renvoi figurant à l'art. 67 OPC-FINMA, selon lequel certaines réglementations de l'OEFin-FINMA en relation avec la gestion des risques, la *compliance* et le SCI s'appliquent par analogie aux SICAV, soit étendu à d'autres dispositions de l'OEFin-FINMA. À cet égard, la SFAMA souligne en outre qu'une précision doit être ajoutée pour les SICAV à gestion externe dans un al. 2 spécialement créé à cet effet.

Appréciation

La proposition d'extension du renvoi de l'art. 67 faite par la SFAMA et EXPERTsuisse semble judicieuse. Le texte de l'ordonnance est adapté en conséquence, à savoir que les art. 8 à 14 OEFin-FINMA sont déclarés s'appliquer par analogie pour les SICAV. La proposition de créer un nouvel al. 2 pour introduire des précisions spécifiques aux SICAV à gestion externe n'est pas retenue afin de satisfaire aux exigences d'une réglementation fondée sur des principes.

Conclusion

Les art. 8 à 14 OEFin-FINMA sont déclarés applicables par analogie pour les SICAV. Il est décidé de ne pas intégrer de réglementation spéciale en ce qui concerne les SICAV à gestion externe.

Art. 106a Prospectus

Prises de position

S'agissant de l'obligation d'établir un prospectus, la SFAMA souhaite qu'une exemption générale de l'obligation d'établir un prospectus selon les art. 48 s. LSFIn s'applique également aux placements collectifs proposés exclusivement aux investisseurs qualifiés. Elle souligne que dans le rapport explicatif concernant les projets d'ordonnance du Conseil fédéral, il est présumé que la FINMA, contrairement à l'examen au cas par cas qui avait lieu jusqu'ici, prévoit une exception générale au niveau de l'ordonnance. Dans la version finale du rapport explicatif, il a en outre été encore précisé que la FINMA était ouverte à cette possibilité.

Appréciation

Pour intégrer une réglementation de nature générale et conceptuelle dans l'OPC-FINMA, il manque une norme de délégation correspondante dans le droit de rang supérieur. Les explications du rapport explicatif sur les ordonnances ne constituent pas une base suffisante sur laquelle la FINMA pourrait se fonder pour prévoir une exception dans ce sens au niveau de l'ordonnance de la FINMA. En pratique, les placements collectifs pour investisseurs qualifiés sont généralement exemptés au cas par cas de l'obligation d'établir un prospectus.

Conclusion

La demande d'intégration d'une exception générale à l'obligation d'établir un prospectus pour les placements collectifs proposés exclusivement aux investisseurs qualifiés est rejetée. La pratique de la FINMA selon laquelle ces placements collectifs sont généralement exemptés de cette obligation est cependant maintenue.

3.2.2 Audit et rapports d'audit (art. 111 à 112 et 114 OPC-FINMA)

Art. 111 Révision des comptes annuels

Prises de position

Dans le cadre de l'audition, EXPERTsuisse avait suggéré, au sujet de l'art. 20 OEFin-FINMA, d'introduire des précisions concernant l'étendue de la révision des comptes annuels des placements collectifs et la délimitation de la révision par rapport à l'audit prudentiel de la direction de fonds.

Appréciation

L'éclaircissement proposé par EXPERTsuisse concernant la délimitation de la révision des comptes annuels des placements collectifs par rapport à l'audit prudentiel de la direction de fonds est pertinent sur le fond. Étant donné que les placements collectifs ne sont pas régis dans la LEFin et dans l'OEFin-FINMA, la proposition d'EXPERTsuisse a été plutôt reprise en partie à l'art. 111 de l'OPC-FINMA.

Conclusion

L'art. 111 al. 1^{bis} OPC-FINMA délimite désormais les aspects des prescriptions réglementaires, statutaires, contractuelles et légales qui ne font pas l'objet de la révision des placements collectifs et sont par conséquent révisés auprès de la direction de fonds.

Art. 112 Audit prudentiel ainsi que art. 114 Rapport d'audit prudentiel

Prises de position

EXPERTsuisse a notamment proposé de conserver la mention du délai de remise de six mois pour le rapport d'audit prudentiel à l'art. 114 OPC-FINMA.

Appréciation

Le délai de six mois pour la remise du rapport d'audit prudentiel à la FINMA est défini au Cm 121 de la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit ».

Conclusion

L'art. 114 OPC-FINMA n'est pas adapté.

3.2.3 Envoi électronique (art. 116a OPC-FINMA)

Prises de position

La SFAMA et B&K sont d'avis que le terme « établissement financier » employé à l'art. 116a OPC-FINMA n'est pas approprié et est trop réducteur car les SICAV, les SICAF, les SCPC ainsi que les banques de dépôt et les représentants n'entrent pas dans la définition des établissements financiers selon la LEFin. À cet égard, la SFAMA propose de renoncer à l'utilisation du terme « établissement financier » et d'utiliser plutôt une formulation passive.

Appréciation

L'objection de la SFAMA et de B&K est justifiée. La modification de la formulation proposée par la SFAMA est adoptée.

Conclusion

L'art. 116a OPC-FINMA est modifié de sorte à ne plus utiliser le terme « établissement financier ».

3.3 Commentaires sur l'ordonnance de la FINMA sur la faillite de placements collectifs

Prises de position

La SFAMA et L&S demandent de préciser quel est l'acte normatif de concrétisation – OFPC-FINMA et/ou OIB-FINMA – qui s'appliquera à l'avenir aux procédures de faillite et d'assainissement des directions de fonds.

En ce qui concerne la procédure de faillite, la SFAMA et L&S jugent approprié que les réglementations actuelles de l'OFPC-FINMA conservent leur validité car elles tiennent compte des spécificités des directions de fonds. À cet égard, L&S précise en outre que les réglementations de l'OFPC-FINMA sont lacunaires et qu'elles doivent donc être complétées en conséquence.

S'agissant de la procédure d'assainissement des directions de fonds, la SFAMA et L&S constatent toutes deux que l'OFPC-FINMA n'a pas été complétée avec des réglementations relatives à la procédure d'assainissement. Compte tenu de ces considérations, se pose la question de savoir si les dispositions de l'OIB-FINMA concernant les mesures en cas de menace d'insolvabilité doivent être appliquées. À ce propos, toutes deux sont d'avis qu'appliquer d'emblée les réglementations relevant du droit bancaire n'est pas approprié, car celles-ci ne sont pas basées sur les particularités des directions de fonds ou de leurs placements collectifs. Si les mesures d'assainissement pour les directions de fonds stipulées dans l'OIB-FINMA étaient modifiées, L&S recommande d'envisager d'intégrer les réglementations concernées directement dans l'OFPC-FINMA afin d'éviter de séparer les réglementations concernant l'insolvabilité dans deux actes différents.

Appréciation

Compte tenu de la clarté de l'énoncé de l'art. 67 al. 1 LEFin, selon lequel les dispositions de la LB concernant les mesures en cas de risque d'insolvabilité et la faillite bancaire s'appliquent par analogie aux directions de fonds, il semble judicieux et approprié de régler les dispositions de concrétisation de manière uniforme et ce, exclusivement dans l'OIB-FINMA. Le point soulevé, selon lequel des dispositions spéciales sont toujours nécessaires pour les directions de fonds, est exact et a été pris en compte en conséquence : les dispositions spéciales pour les directions de fonds qui étaient stipulées jusqu'ici dans l'OFPC-FINMA ont été pour la plupart directement élevées au niveau de la loi (LEFin). La seule disposition spéciale concernant les directions de fonds qui était encore inscrite dans l'OFPC-FINMA (art. 34) a été transférée dans l'OIB-FINMA (sous la forme d'un nouvel art. 20a). En outre, le champ d'application de l'OIB-FINMA a été explicitement élargi aux directions de fonds et des changements terminologiques ont été effectués à l'art. 5 al. 1 et à l'art. 16 al. 3 OIB-FINMA.

En ce qui concerne la procédure d'assainissement pour les directions de fonds, il faut préciser qu'en vertu de l'art. 67 al. 1 LEFin, les dispositions de l'OIB-FINMA déploient également leurs effets. La FINMA prend acte des craintes de la SFAMA et de L&S exprimées à cet égard. Compte tenu de la clarté de l'énoncé du texte de loi, qui parle uniquement d'une application « par analogie » des mesures de protection en cas d'assainissement, l'intégration de dispositions spéciales pour les directions de fonds ne semble toutefois pas nécessaire.

Conclusion

La procédure de faillite et d'assainissement applicable aux directions de fonds sera précisée de manière uniforme et ce, exclusivement dans l'OIB-FINMA. L'OFPC-FINMA ne s'applique pas.

3.4 Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire

S'agissant de l'OIB-FINMA, son applicabilité à la procédure de faillite et d'assainissement des directions de fonds a été abordée par la SFAMA et par L&S. Un récapitulatif des prises de position ainsi que leur appréciation se trouve dans les commentaires sur l'OFPC-FINMA (cf. ch. 3.3 ci-dessus).

3.5 Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent

3.5.1 Succursales et sociétés de groupe à l'étranger (art. 5 OBA-FINMA)

Prises de position

L'ASG relève que pour les gestionnaires de fortune et les *trustees* contrôlés par un groupe sis à l'étranger, l'art. 5 al. 1 OBA-FINMA pourrait entraîner des incertitudes. Elle précise que les sociétés sœur et mère à l'étranger font certes partie intégrante du groupe, mais que l'entité suisse ne peut toutefois pas veiller à ce que celles-ci respectent les principes de la LBA et de l'ordonnance. En outre, l'ASG juge ambiguë la mesure dans laquelle des sociétés auxiliaires auxquelles ont recours des *trustees* (souvent des sociétés de domicile n'employant pas de personnel) sont concernées par la disposition et peuvent assumer les obligations visées dans l'ordonnance.

Appréciation

L'art. 5 OBA-FINMA se réfère aux sociétés de groupe et aux succursales à l'al. 1, mais aux filiales et succursales à l'al. 2. Compte tenu de la remarque faite par l'ASG, il faut donc préciser en ce qui concerne l'al. 1 que les sociétés mères ou sœurs ne sont pas sous-entendues, mais uniquement les sociétés contrôlées en aval. Les sociétés auxiliaires, y compris celles n'ayant pas de personnel propre, sont toutefois visées dans tous les cas par l'art. 5 OBA-FINMA.

Conclusion

L'art. 5 OBA-FINMA n'est pas modifié.

3.5.2 Obligation d'établir et de conserver des documents (art. 39 OBA-FINMA)

Prises de position

L'ASB suggère de conserver les assouplissements prévus actuellement pour les banques étant donné que selon l'art. 15 al. 4 CDB 20, il est possible de recourir à un échange de clés électroniques ou à tout autre moyen usuel dans les affaires.

La VQF souhaite que la définition de la notion « d'identité notoirement connue » soit précisée, dans l'idéal au moyen d'une énumération exhaustive.

Appréciation

La proposition de compléter l'exception prévue à l'art. 39 al. 1 let. c OBA-FINMA en intégrant les banques et les maisons de titres semble judicieuse. Cela s'inscrit dans le prolongement de la réglementation définie dans l'ancienne circulaire de l'ASB concernant le registre des fondés de procuration datée du 1^{er} avril 2009.

La notion « d'identité notoirement connue » existe déjà à l'art. 53 OBA-FINMA. Une énumération exhaustive des personnes ou entreprises entrant en ligne de compte ne paraît ni judicieuse ni possible.

Conclusion

À l'art. 39 al. 1 let. c, les termes « banques » et « maisons de titre » sont ajoutés dans l'énumération.

3.5.3 Informations requises (art. 44 OBA-FINMA)

Prises de position

L'ASG fait observer qu'au chapitre « Vérification de l'identité du cocontractant », les dispositions relatives à l'identification des *trusts* et des personnes mineures, telles qu'elles figurent dans la CDB 20 ou dans les règlements des OAR, doivent être complétées.

Appréciation

Cette demande peut être satisfaite. Par conséquent, des dispositions relatives à la vérification de l'identité des *trusts* et des personnes mineures sont intégrées dans les nouveaux al. 4 et 5 de l'art. 44 OBA-FINMA.

Conclusion

L'art. 44 est complété en intégrant des dispositions relatives à la vérification de l'identité des *trusts* et des personnes mineures.

3.5.4 Vérification de l'identité des clients lors des opérations avec des monnaies virtuelles (art. 51a OBA-FINMA)

Prises de position

La réduction de la valeur seuil pour la vérification de l'identité des clients en cas d'opérations avec des monnaies virtuelles a suscité de nombreuses prises de position ayant des orientations différentes. Bitcoin Association Switzerland, Roussel, Moving Media, Bity SA et Kunz Compliance désapprouvent la modification. Ils font valoir le fait que la disposition n'est pas neutre sur les plans de la technologie et de la concurrence, car elle entraîne une discrimination des monnaies virtuelles vis-à-vis du numéraire. Bity estime en outre qu'avec la diffusion croissante des monnaies virtuelles et la complexité du jargon utilisé dans le domaine des cryptoactifs, il sera de plus en plus difficile à l'avenir de délimiter les monnaies virtuelles visées à l'art. 51a OBA-FINMA du fiat. Bity considère par ailleurs que la modification ne respecte pas le principe de la proportionnalité ; contrairement au numéraire, les monnaies virtuelles n'entraînent pas, selon elle, de risques accrus de blanchiment d'argent par rapport au numéraire et la situation en matière de risques n'a pas été suffisamment clarifiée et expliquée dans le cadre du projet.

D'autres participants à l'audition portent une appréciation neutre sur la modification envisagée ou la saluent expressément. Pour la VQF et l'OAR FIDUCIAIRE SUISSE, la réduction de la valeur seuil n'est pas compréhensible tandis que l'OAR-G la juge non justifiée. L'ARIF suggère de vérifier l'identité du cocontractant dans tous les cas pour les opérations avec des monnaies virtuelles comme pour les transmissions de fonds et de valeurs, ce qui correspondrait à une valeur seuil de 0 franc suisse.

Appréciation

D'après l'analyse nationale des risques réalisée par le Groupe de coordination interdépartemental sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (GCBF) mis sur pied par la Confédération, les monnaies virtuelles présentent un risque accru de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme par rapport au numéraire.² La réduction de la valeur seuil ne vise donc pas la discrimination de technologies spécifiques,

² Cf. rapport du GCBF, National Risk Assessment (NRA): Le risque de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme par les crypto-assets et le crowdfunding, octobre 2018 (notamment p. 22), consultable sous <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/55112.pdf>

mais fait écho au risque accru de blanchiment d'argent auquel sont soumises les monnaies virtuelles. La FINMA a exposé en détail son évaluation des risques liés aux opérations avec des monnaies virtuelles lors de l'audition.³ Les prises de position reçues ne contiennent pas de bases justifiant une modification fondamentale de cette évaluation. C'est la raison pour laquelle la réglementation prévue selon la proposition soumise à audition reste considérée comme judicieuse et est maintenue.

Conclusion

L'art. 51a OBA-FINMA n'est pas modifié.

3.5.5 Obligations de vérification d'identité incombant aux sociétés d'investissement cotées en bourse (art. 54 OBA-FINMA)

Prises de position

L'ASG relève que l'art. 54 OBA-FINMA peut être supprimé car le titre 5, compte tenu de son nouveau champ d'application (intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA et personnes selon l'art. 1b LB) ne peut plus s'appliquer aux sociétés d'investissement cotées en bourse.

Appréciation

Cette observation est justifiée. L'art. 54 OBA-FINMA peut être supprimé.

Conclusion

L'art. 54 OBA-FINMA est abrogé.

3.5.6 Exceptions à l'obligation d'identification (art. 58 OBA-FINMA)

Prises de position

L'ASG fait remarquer que les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA ne sont pas cités dans l'énumération figurant à l'art. 58 OBA-FINMA alors que « d'autres intermédiaires financiers » qui ont leur siège à l'étranger et sont soumis à une réglementation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et une surveillance prudentielle adéquates le sont. L'ASG propose donc que les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA tombent également sous le coup de l'exception à l'obligation d'identification.

³ Rapport explicatif du 7 février 2020, p. 36 à 38.

Appréciation

La demande de l'ASG peut être satisfaite : l'art. 58 OBA-FINMA a pour objet des exceptions à l'obligation d'identification concernant des détenteurs du contrôle. Les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA sont soumis à une réglementation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et une surveillance prudentielle adéquates et doivent donc être assimilés à des intermédiaires financiers étrangers. Par ailleurs, les détenteurs du contrôle d'intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA font déjà l'objet d'un examen par la FINMA dans le cadre de la procédure d'autorisation.

Conclusion

L'art. 58 let. c est complété en ajoutant les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA.

3.5.7 Intermédiaire financier soumis à une autorité instituée par une loi spéciale ou institution de prévoyance professionnelle exemptée d'impôts en tant que cocontractant (art. 65 OBA-FINMA)

Prises de position

L'OAR-G estime que les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA ne devraient pas faire l'objet d'un traitement différent de celui des autres intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2. L'ASG partage cet avis et fait remarquer que cela est contraire au principe de la neutralité sur le plan de la concurrence inscrite dans le droit de la surveillance. En outre, l'ASG avance que les *trustees*, tout comme les gestionnaires de fortune, peuvent détenir des actifs ; les premiers au titre de leur activité principale, les deuxièmes à titre fiduciaire.

Appréciation

L'exception prévue à l'art. 65 OBA-FINMA vise en premier lieu les intermédiaires financiers qui peuvent également recevoir ou détenir eux-mêmes des valeurs patrimoniales pour le compte de clients, c'est-à-dire qui peuvent administrer des comptes pour leurs clients. Ces intermédiaires doivent satisfaire leurs obligations originelles en matière de prévention du blanchiment d'argent, à savoir l'identification des ayants droit économiques des valeurs patrimoniales. Pour les établissements financiers qui ne détiennent pas eux-mêmes de valeurs patrimoniales pour le compte de clients, une telle exception ne paraît pas nécessaire compte tenu de la limitation de l'activité. Afin d'appliquer l'exception de manière cohérente, les maisons de titres qui n'administrent pas de comptes seront également retirées de la liste.

La version de l'art. 65 OBA-FINMA telle qu'elle est proposée traite les intermédiaires financiers suisses et étrangers sur un pied d'égalité : la déclaration relative à l'ayant droit économique doit aussi être demandée pour les autres intermédiaires financiers étrangers (gestionnaires de fortune par ex.).

Conclusion

L'art. 65 est modifié de sorte que les maisons de titres qui n'administrent pas de comptes ne tombent plus sous le coup de l'exception.

3.5.8 Assurance-vie avec gestion séparée du compte ou du dépôt (*insurance wrapper*) (art. 65a OBA-FINMA)

Prises de position

L'OAR-G juge la nouvelle disposition problématique car les relations d'affaires en question sont nouées avec l'assurance. L'ASG renvoie au secret professionnel des sociétés d'assurance-vie, répandu à l'échelle internationale, estime que la réglementation n'est pas fondée juridiquement pour tous les points et qu'à l'heure actuelle, les *insurance wrappers* ne génèrent plus de risques accrus en matière de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme.

Appréciation

Les obligations résultant de l'art. 65a OBA-FINMA ont une teneur identique à celles auxquelles sont assujettis les banques et les négociants en valeurs mobilières dans le cadre de la convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20). Cette réglementation a fait ses preuves à l'usage. La disposition vise à garantir un *level playing field* (adaptation des obligations à l'égard des autres intermédiaires financiers soumis à une surveillance prudentielle).

Conclusion

L'art. 65a OBA-FINMA n'est pas modifié.

3.5.9 Seuils pour le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent pour les intermédiaires financiers (art. 75 OBA-FINMA)

Prises de position

L'ASG salue sur le fond le fait que les règles d'organisation pour les gestionnaires de fortune et les *trustees* soient harmonisées dans le domaine de la LEFin et de la LBA. En revanche, elle estime que les exigences relatives aux tâches et au fonctionnement du service spécialisé de lutte contre le

blanchiment d'argent (art. 24 et 25 OBA-FINMA), à la compétence décisionnelle en cas de communications (art. 25a) ainsi qu'aux directives internes (art. 26) s'adressent aux grandes entreprises qui connaissent une forte division des tâches. Selon elle, ces dispositions ne peuvent être appliquées de manière appropriée dans les entreprises de plus petite taille. L'ASG propose par conséquent de procéder à une série de modifications, notamment que le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent ne doive pas être indépendant des fonctions de direction et que certaines prescriptions ne soient appliquées que si l'entreprise doit instituer une révision interne ou un organe pour la haute direction, la surveillance et le contrôle.

L'OAR FIDUCIAIRE SUISSE et l'OAD-FCT avancent que la réduction des seuils prévue à l'art. 75 pour certains intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA qui ne sont soumis qu'à la surveillance d'une OAR sous l'angle de la lutte contre le blanchiment d'argent constitue une mesure contraire au principe de la proportionnalité. Ils estiment par conséquent que les OAR devraient pouvoir maintenir la pratique actuelle (application des seuils d'au moins 20 employés conformément à la réglementation actuelle de l'art. 75).

La VQF fait remarquer que la modification du seuil pour certains intermédiaires financiers qui ne doivent être surveillés qu'à l'égard de leurs obligations prévues par la LBA, pourrait constituer un durcissement. Pour le calcul du produit brut visé à l'art. 75 al. 1 let. a, il faudrait ne se fonder que sur l'activité de l'intermédiaire financier relevant de la LBA, car la disposition ne concerne que le risque de l'intermédiaire financier lié à la LBA.

Appréciation

D'après l'art. 75 al. 1 OBA-FINMA, les intermédiaires financiers qui ne dépassent pas les seuils prévus à la let. a et dont le modèle commercial ne présente pas des risques accrus ne doivent accomplir que les tâches définies à l'art. 24 OBA-FINMA. Cela signifie qu'ils doivent désigner une personne responsable de la lutte contre le blanchiment d'argent et établir une directive correspondante. Ils ne doivent respecter les dispositions de l'art. 25 OBA-FINMA que si les seuils définis aux let. a et b sont dépassés ou les conditions énoncées à l'art. 75 al. 2 OBA-FINMA remplies. Cela est conforme à l'art. 26 al. 2 OEFin, qui règle l'indépendance de la gestion des risques et du contrôle interne des gestionnaires de fortune et des *trustees*. Concrètement, cela signifie que les petites entreprises (y c. les sociétés unipersonnelles) qui ne dépassent pas le seuil de 5 postes à plein temps ou de 2 millions de francs de produit brut annuel et dont le modèle d'affaires ne présente pas de risques accrus n'ont pas besoin de séparer le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent et peuvent assumer cette fonction par l'intermédiaire de l'unique gérant. Dans l'éventualité où des sociétés unipersonnelles, par exemple, dépassent les seuils ou présentent des risques accrus, elles devraient elles aussi externaliser le service spécialisé

de lutte contre le blanchiment d'argent. Cela est défendable du point de vue des risques et est compatible avec l'art. 26 al. 2 OEFin.

En ce qui concerne l'art. 25a et l'art. 26 OBA-FINMA, une séparation du gérant et de l'organe responsable de la haute direction n'est pas impérative, autrement dit, il n'y a pas besoin d'un service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent indépendant. Or, les sociétés unipersonnelles sont elles-mêmes dotées d'une « direction à son plus haut niveau », à savoir l'unique gérant. Dans ces cas, les dispositions énoncées aux art. 25a et 26 OBA-FINMA doivent s'appliquer par analogie, compte tenu de l'absence de séparation.

Selon l'art. 1 al. 2, la FINMA tient compte des lignes directrices de l'ordonnance lorsqu'elle approuve les règlements des organismes d'autorégulation. Avec l'entrée en vigueur de la LEFin, l'ordonnance n'est plus applicable qu'aux assujettis soumis à une surveillance prudentielle. L'art. 1 al. 2 doit donc être interprété d'une manière légèrement différente. S'agissant des obligations de diligence, en cas d'activité identique, autrement dit de risque de blanchiment identique, une norme identique continuera d'être appliquée. En ce qui concerne les mesures organisationnelles, en revanche, la différenciation sera plus fine. Les faibles seuils définis à l'art. 75 ne doivent donc pas impérativement s'appliquer à l'ensemble des OAR et la FINMA n'exigera pas de la part des OAR un strict contrôle du respect de cette disposition.

La méthode de calcul du produit brut est la même que celle appliquée à l'art. 26 OEFin, et non pas une méthode spécifique pour l'activité relevant de la LBA.

Conclusion

L'art. 75 n'est pas modifié.

3.5.10 Directives internes (art. 76 OBA-FINMA)

Prises de position

L'OAR-G estime que l'abrogation de cette disposition n'est pas justifiée pour certains intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 3 LBA qui ne sont soumis qu'à la surveillance d'un OAR dans le cadre de la LBA.

Appréciation

Le projet de LSFIn/LEFin limite le champ d'application de l'OBA-FINMA aux établissements assujettis à une surveillance prudentielle. Des dispositions déjà en vigueur, analogues à l'actuel art. 76 figurant dans les règlements des OAR, ne doivent donc pas impérativement être modifiées et la FINMA n'exigera pas de la part des OAR une application stricte de la suppression

de ces dispositions. En outre, l'établissement de directives internes peut également être indiqué et supportable pour les petites structures. Cela aide l'intermédiaire financier à adapter les critères de risque généraux de la réglementation aux spécificités de son activité.

Conclusion

L'art. 76 OBA-FINMA n'est pas modifié.

3.5.11 Dispositions transitoires (art. 78a OBA-FINMA)

Prises de position

L'ASG fait observer que les dispositions de l'al. 2 (applicabilité de l'art. 65a OBA-FINMA) ne peuvent s'appliquer avant l'octroi d'une autorisation.

Appréciation

Cette demande peut être satisfaite. Par conséquent, l'art. 78a al. 2 OBA-FINMA est modifié en ce sens que l'art. 65a OBA-FINMA s'applique aux relations d'affaires qui ont été nouvellement contractées à partir de l'octroi de l'autorisation selon l'art. 74 al. 2 LEFin.

Conclusion

L'al. 2 est modifié au sens où l'art. 65a OBA-FINMA s'applique aux relations d'affaires qui ont été nouvellement contractées à partir de l'octroi de l'autorisation.

3.6 Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers

Prises de position

L&S relève que la terminologie utilisée dans la version française de l'art. 18 al. 3 et 4 OIMF-FINMA soumise à audition n'est pas cohérente. En outre, L&S souligne que le champ d'application de l'art. 18 OIMF-FINMA, lequel n'est pas modifié, est toujours problématique car cette réglementation introduit une obligation de déclarer pour les personnes ou les sociétés qui ne sont pas des ayants droit économiques et ne peuvent pas exercer librement les droits de vote (art. 120 al. 3 LIMF).

Appréciation

Les propositions de modification de l'OIMF-FINMA se limitent à des adaptations de la terminologie et des renvois. Pour l'heure, il n'y a pas lieu de modifier davantage la teneur de l'art. 18 OIMF-FINMA. La terminologie utilisée dans la version française est rectifiée.

Conclusion

La terminologie utilisée dans la version française est rectifiée. Outre ces modifications formelles, l'art. 18 OIMF-FINMA n'est pas modifié.

3.7 Circulaire FINMA 13/8 « Règles de conduite sur le marché »

3.7.1 Champ d'application (Cm 4 et 6)

Prises de position

L'ASG salue l'association judicieuse des gestionnaires de fortune et des *trustees* aux règles de conduite sur les marchés. En revanche, elle considère qu'un assujettissement illimité des gestionnaires de fortune et des *trustees* aux devoirs d'organisation prévus par la circulaire constitue une mesure moins judicieuse et propose que seules certaines dispositions de la circulaire ne soient applicables à ceux-ci. En outre, l'ASG propose que les informations selon le Cm 48 doivent être annoncées non pas à la FINMA, mais à l'organisation de surveillance compétente.

La SATC déplore l'élargissement généralisé du champ d'application de la circulaire aux *trustees*. Elle relève que cet élargissement se fonde sur la LSFIn (art. 27) et l'OSFin (art. 30), lesquelles ne s'appliquent pas aux *trustees* et estime par conséquent qu'une extension aux *trustees* au niveau de la circulaire est illicite. Elle propose de supprimer le terme « *trustees* » du Cm 4 et du champ d'application de la circulaire.

Appréciation

En ce qui concerne l'application des devoirs d'organisation aux gestionnaires de fortune et aux *trustees* (prise de position de l'ASG), il est déjà expliqué dans le rapport explicatif (cf. p. 43) que la circulaire tient compte de la population hétérogène des assujettis par des aménagements proportionnels. Il est ainsi possible, en fonction du résultat de l'estimation du risque qui doit être réalisée chaque année, et compte tenu de l'activité, de la taille et de la structure spécifiques de l'établissement concerné, de renoncer à certains devoirs d'organisation. Il n'y a donc pas de raison fondée de déclarer une

partie seulement des devoirs d'organisation applicables aux gestionnaires de fortune et aux *trustees*.

S'agissant du devoir d'annonce (Cm 48 de la circulaire) à la FINMA, l'ASG souligne à juste titre que la surveillance courante des gestionnaires de fortune et des *trustees* est exercée par l'organisme de surveillance. La FINMA étant compétente pour les abus de marché selon les art. 142 et 143 LIMF, cette disposition est toutefois appropriée et les déclarations spécifiques (en vertu de l'art. 29 al. 2 LFINMA) doivent être adressées directement à la FINMA (ainsi que, pour information, à l'OS selon l'art. 43/ al. 2 LFINMA).

L'extension du champ d'application de la circulaire aux *trustees*, déplorée par la SATC, ne repose pas sur l'art. 27 LSFIn (ou sur l'art. 30 OSFin). Les *trustees*, en qualité d'assujettis de la FINMA, sont désormais inclus dans le champ d'application de la circulaire et doivent notamment respecter les devoirs en matière d'organisation et de surveillance (cf. art. 9 al. 2, 11 et 21 LEFin). L'art. 27 LSFIn, en revanche, constitue uniquement une base pour la surveillance d'opérations effectuées par des collaborateurs de prestataires de services financiers pour leur propre compte tandis que l'art. 30 OSFin définit plus précisément la notion de collaborateur.

Conclusion

L'extension du champ d'application de la circulaire et le devoir d'annonce direct à la FINMA sont maintenus.

3.7.2 Devoirs d'organisation / Surveillance des transactions pour propre compte des collaborateurs (Cm 53 s.)

Prises de position

B&K suggère de remplacer la référence à la disposition de l'ordonnance (art. 30 OSFin) par une référence à la disposition légale applicable figurant à l'art. 27 al. 1 LSFIn.

La SFAMA fait en outre observer que les établissements concernés par la circulaire ne sont pas tous des prestataires de services financiers au sens de la LSFIn, raison pour laquelle la référence à l'OSFin est imprécise et prête à confusion. La SFAMA propose par conséquent que la disposition d'ordonnance s'applique « par analogie », ce qui permettrait de clarifier les choses.

Appréciation

Les prises de position et commentaires de B&K et de la SFAMA montrent que les modifications prévues risquent d'entraîner une insécurité juridique.

Elles sont donc annulées et la teneur originelle des Cm 53 s. est conservée. Cela signifie également que le Cm 54 n'est pas supprimé de la circulaire.

Conclusion

Les modifications de la circulaire prévues ne sont pas effectuées et la teneur originelle des Cm 53 s. est conservée.

3.8 Circulaire FINMA 13/3 « Activités d'audit »

3.8.1 Changement de mandat – nouvelle société d'audit (Cm 10.1)

Prises de position

EXPERTsuisse observe que le nouveau Cm 10.1 entraîne une extension des devoirs incombant aux sociétés d'audit par rapport à la recommandation d'audit 70. L'association estime que la condition relative à l'examen critique et à la discussion doit être supprimée car la stratégie d'audit actuelle a déjà été approuvée par la FINMA et peut donc reposer sur celle-ci.

Selon l'ASR, il serait judicieux de définir la durée pendant laquelle la nouvelle société d'audit peut se référer aux estimations de l'ancienne société d'audit pour le risque de contrôle de chaque domaine d'audit, autrement dit de déterminer le moment où la nouvelle société d'audit doit procéder à sa propre estimation du risque de contrôle pour chaque domaine d'audit. L'ASR propose à cet égard une durée maximale de deux ans. En outre, elle suggère de ne pas sous-estimer les changements répétés de sociétés d'audit effectués par les établissements assujettis à la FINMA, qui peuvent se traduire par le fait qu'une société d'audit pourrait tenir compte des résultats d'audits réalisés par plusieurs prédécesseurs.

Appréciation

La FINMA considère que l'examen critique de la part de la nouvelle société d'audit est impératif mais que celle-ci peut décider librement si cet examen doit prévoir entre autres une discussion avec son prédécesseur.

La prise en compte des résultats d'audit du prédécesseur est prévue pour l'année où la nouvelle société d'audit reprend le mandat. Si une société d'audit devait prendre en compte les résultats d'audit plus longtemps, les Cm 81 ss de la circulaire FINMA 2013/3 s'appliqueraient au plus tard après trois ans. Après ces trois ans, le risque de contrôle ne peut plus être considéré « faible » ou « moyen ». En outre, l'intervention de la FINMA dans l'analyse du risque reste toujours réservée.

Conclusion

Au Cm 10.1, l'ajout « ... et discutés avec ce prédécesseur » est supprimé.

3.8.2 Domaine d'audit : exigences de fonds propres découlant de modèles internes autorisés par la FINMA et conditions d'autorisation correspondantes (Cm 95, 107.1, annexes 2 et 13)

Cm 95

Prises de position

EXPERTsuisse relève qu'il existe, ou plus exactement, qu'il existait plusieurs établissements qui n'appliquaient les modèles qu'au niveau consolidé pour les exigences de fonds propres. Pour tenir compte de la diversité des approbations de modèles, il conviendrait, par analogie au Cm 96 de la circulaire, de préciser que le nouveau Cm 95 s'applique à l'établissement individuel ainsi qu'au niveau du groupe.

Comme indiqué dans le rapport explicatif, les travaux relatifs aux modèles sont retirés de l'actuel champ d'audit « Exigences de fonds propres » pour en faire un nouveau champ d'audit dédié. Par conséquent, EXPERTsuisse propose en outre de préciser au Cm 95 (ou éventuellement dans les « Bases juridiques de l'audit prudentiel (cat.1 à 5) ») que les thèmes qui sont déjà couverts dans le nouveau champ d'audit n'ont pas besoin d'être de nouveau contrôlés dans le cadre des exigences de fonds propres (afin d'éviter les doublons).

EXPERTsuisse fait par ailleurs les commentaires/remarques qui suivent :

- En ce qui concerne les liquidités, les conditions d'octroi de l'autorisation ne sont pas mentionnées de façon détaillée dans la circulaire et jusqu'ici, la FINMA autorise elle-même les modèles internes et les modifications de ce dernier. Si la société d'audit devait assumer ces tâches à l'avenir, il serait utile de définir plus précisément les conditions d'octroi dans la circulaire consacrée aux liquidités.
- La définition des structures de modèle simples doit être précisée.

Appréciation

La proposition d'EXPERTsuisse de préciser que le Cm 95 s'applique à l'établissement individuel ainsi qu'au niveau du groupe est correcte et est retenue.

En revanche, la deuxième proposition d'EXPERTsuisse n'est pas retenue. La délimitation par rapport aux « exigences de fonds propres » doit toutefois être mentionnée dans le rapport explicatif. Les bases juridiques concernant

les différents domaines d'audit figurent en outre dans l'annexe au guide pratique relatif à la réalisation de l'audit prudentiel. Par ailleurs, la désignation du domaine d'audit actuel « Exigences de fonds propres » est précisée (désormais : Exigences de fonds propres ne reposant pas sur un modèle -> cf. adaptations des annexes 2 et 13 ci-dessous).

Conclusion

Le Cm 95 de la circulaire est adapté en précisant qu'il concerne l'établissement individuel et le niveau du groupe. L'expression « modèles internes » est par ailleurs remplacée par l'expression « approches par un modèle internes ».⁴

Cm 107.1

Prises de position

EXPERTsuisse approuve le fait que les contrôles d'audit en relation avec une autorisation ou une modification du modèle ne fassent pas partie de l'audit de base car il s'agit davantage d'audits effectués en relation avec une autorisation que de « contrôles dans le cadre de la surveillance continue » au sens de l'art. 2 al. 2 OA-FINMA. EXPERTsuisse estime cependant qu'exclure totalement de la circulaire les audits pour l'autorisation ou la modification d'un modèle outrepassé l'objectif et est contraire à la pratique de la FINMA concernant les audits effectués en vue d'octroyer l'autorisation à de nouveaux établissements au sens du Cm 1.1 de la circulaire. Par conséquent, EXPERTsuisse recommande, par analogie au Cm 1.1, d'indiquer au Cm 107.1 que les Cm 34 à 44 de la circulaire sont également applicables, à moins que la FINMA n'ait l'intention à l'avenir de régler ces principes au cas par cas dans les lettres d'instructions pour les audits de modèles. EXPERTsuisse soumet des propositions de formulation concrètes à cet effet.

Appréciation

Les règles applicables aux principes d'audit sont également applicables à l'autorisation de modèles ou à leur modification. Le renvoi proposé par EXPERTsuisse est approprié et est intégré (à noter toutefois qu'il concerne les Cm 35 à 44 ; la proposition d'EXPERTsuisse de faire référence aux Cm 34 à 44 est probablement une erreur, puisque sa demande se réfère par analogie au Cm 1.1).

En outre, la FINMA doit pouvoir avoir la possibilité de demander aux sociétés d'audit d'exécuter d'autres contrôles d'audit (cela n'est toutefois qu'une possibilité, pas une exigence). C'est la raison pour laquelle la formulation

⁴ Cf. commentaires à ce sujet dans le rapport explicatif.

potestative (conforme à l'actuelle circulaire FINMA 2013/3) doit être conservée. La dernière partie des 1^{re} et 2^e phrases du projet de circulaire doit donc être purement et simplement supprimée, car elle est superflue.

L'expression « modèle interne » est ici aussi remplacée par l'expression « approche par un modèle interne ».

Conclusion

Le Cm 107.1 est adapté comme indiqué ci-dessus. Il est notamment précisé que les Cm 35 à 44 de la circulaire s'appliquent par analogie.

Annexe 2

Prises de position

EXPERTsuisse suggère d'utiliser les mêmes termes pour décrire le même état de fait au Cm 95 ainsi que dans les annexes 2 et 13 de la circulaire. L'association considère l'expression « Actifs pondérés en fonction du risque selon des modèles internes autorisés par la FINMA » trop restrictive car elle n'inclue pas les conditions d'autorisation des modèles et juge donc la formulation du Cm 95 plus judicieuse.

Pour tenir compte de la diversité des approbations de modèles, elle estime par ailleurs qu'il conviendrait, par analogie au Cm 95 ou 96 de la circulaire, de préciser que la norme s'applique à l'établissement individuel ainsi qu'au niveau du groupe.

Appréciation

Comme souligné par EXPERTsuisse, il importe d'utiliser les mêmes termes pour désigner les mêmes états de fait. Par conséquent, il convient de reprendre dans l'annexe la désignation du nouveau domaine d'audit telle qu'elle figure au Cm 95. En ce qui concerne l'actuel domaine d'audit concernant les exigences de fonds propres, la précision « ne reposant pas sur un modèle » est insérée tant au niveau individuel qu'au niveau de la surveillance consolidée (cf. explications ci-dessus concernant le Cm 95 de la circulaire).

Conclusion

L'annexe 2 est modifiée comme suit :

Sous « Niveau individuel » : modification de la proposition soumise à audition pour le domaine d'audit PS.EMS.INM comme suit : « Exigences de fonds propres découlant d'approches par un modèle internes autorisées par la FINMA et conditions d'autorisation pour ces approches » et modification

de la désignation du domaine d'audit PS.EMS.EMA existant comme suit :
« Fonds propres / solvabilité : exigences de fonds propres ne reposant pas sur un modèle ».

Sous « Surveillance consolidée » : ajout d'un nouveau domaine d'audit PS.KON.QUN.INM comme suit : « Respect des exigences de fonds propres découlant d'approches par un modèle internes autorisées par la FINMA et conditions d'autorisation pour ces approches » et modification de la désignation du domaine d'audit PS.KON.QUN.EMV existant comme suit : « Respect des exigences de fonds propres ne reposant pas sur un modèle ».

Annexe 13

Prises de position

EXPERTsuisse propose d'effectuer à l'annexe 13 les mêmes modifications qu'à l'annexe 2 (RA.EMS.INM ainsi que, sous « Surveillance consolidée – Éléments quantitatifs » : RA.KON.QUN.INM : Actifs pondérés en fonction du risque selon des modèles internes autorisés par la FINMA).

Appréciation

La proposition est adoptée. La désignation du nouveau domaine d'audit telle qu'elle figure au Cm 95 est là aussi reprise et en ce qui concerne l'actuel domaine d'audit concernant les exigences de fonds propres, la précision « ne reposant pas sur un modèle » est également insérée tant au niveau individuel qu'au niveau de la surveillance consolidée, cf. explications plus haut.

Conclusion

L'annexe 13 est modifiée comme suit :

Sous « Niveau individuel » : modification de la proposition soumise à audition pour le domaine d'audit RA.EMS.INM comme suit : « Exigences de fonds propres découlant d'approches par un modèle internes autorisées par la FINMA et conditions d'autorisation pour ces approches » et modification de la désignation du domaine d'audit RA.EMS.EMA existant comme suit : « Fonds propres / solvabilité : exigences de fonds propres ne reposant pas sur un modèle ».

Sous « Surveillance consolidée » : ajout d'un nouveau domaine d'audit RA.KON.QUN.INM comme suit : « Respect des exigences de fonds propres découlant d'approches par un modèle internes autorisées par la FINMA et conditions d'autorisation pour ces approches » et modification de la désignation du domaine d'audit RA.KON.QUN.EMV existant comme suit : « Respect des exigences de fonds propres ne reposant pas sur un modèle ».

3.8.3 Audit comptable (Cm 112.16)

Prises de position

EXPERTsuisse suggère de préciser au Cm 122 que pour les directions de fonds et les gestionnaires de fortune collective au sens de la LEFin, la société d'audit n'est pas tenue de remettre à la FINMA le rapport détaillé conformément à l'art. 728b du code des obligations.

Appréciation

L'observation d'EXPERTsuisse est juste car selon les art. 47 et 62 OEFin, tant les gestionnaires de fortune collective que les directions de fonds sont tenus de remettre un rapport détaillé directement à la FINMA. La proposition d'EXPERTsuisse a été adaptée en ce sens que les types d'établissements pour lesquels la remise annuelle du rapport détaillé par la société d'audit est nécessaire sont mentionnés.

Conclusion

Le Cm 122 est précisé en ce sens que les sociétés d'audit ne sont tenues de remettre le rapport détaillé à la FINMA que pour les SICAV et les SCPC.

3.8.4 Remise de l'analyse des risques et de la stratégie d'audit ou du rapport d'audit (Cm 121)

Prises de position

EXPERTsuisse propose d'introduire une modification selon laquelle le rapport d'audit des banques dépositaires doit être soumis à la FINMA quatre mois après le bouclage de l'exercice « de la banque » et non pas « de la banque dépositaire ».

Appréciation

Cette remarque est justifiée car il n'y a pas de bouclage séparé pour l'activité des banques dépositaires. Elle est donc adoptée.

Conclusion

Le Cm 121 est modifié en conséquence.

3.8.5 Informations sur l'audit des comptes annuels des succursales des entreprises d'assurance étrangères (annexe 19)

Prises de position

EXPERTsuisse propose, à l'annexe 19 de la circulaire FINMA 2013/3, de limiter l'obligation de fournir des explications à l'audit des comptes annuels des succursales d'entreprises d'assurance étrangères. L'association est d'avis que les exigences relatives à l'établissement des comptes annuels n'ont pas à être précisées dans cette circulaire, car d'après la lecture d'EXPERTsuisse, celle-ci s'adresse uniquement aux auditeurs et pas aux établissements assujettis à la surveillance de la FINMA.

Appréciation

La nécessité de préciser les exigences relatives à l'établissement des comptes annuels des succursales d'entreprises d'assurance étrangères découle de l'exigence légale concernant l'audit des comptes annuels. La circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit » s'adresse tant aux auditeurs qu'aux établissements assujettis. Les précisions concernant les exigences en matière d'établissement des comptes annuels ajoutées à l'annexe 19 sont appropriées.

Conclusion

Les précisions relatives à l'établissement des comptes annuels des succursales d'entreprises d'assurance étrangères sont ajoutées telles quelles à l'annexe 19 de la circulaire.

3.9 Circulaire 18/3 « Outsourcing – banques et assureurs » de la FINMA

3.9.1 Généralités

Prises de position

L&S – dont les commentaires se recoupent en substance avec ceux de la SFAMA – juge l'assujettissement des directions de fonds et des gestionnaires de fortune collective à la circulaire « Outsourcing » de la FINMA non justifié.

Ils estiment qu'une extension du champ d'application de la circulaire aux directions de fonds et aux gestionnaires de placements collectifs de capitaux est contraire à la volonté du législateur.

Du point de vue conceptuel, la délégation de tâches visée à l'OEFin doit être séparée de l'*outsourcing* sur le fond. Par délégation de tâches, on entend généralement le transfert de l'exécution d'une tâche à un tiers. En revanche, l'« *outsourcing* » concerne selon L&S l'externalisation de moyens de production ou de services (par ex. les centres de données ou les services informatiques).

L'application de la circulaire aux directions de fonds et aux gestionnaires de fortune collective est également exclue pour des motifs pratiques. Ainsi, par exemple, une direction de fonds ayant plus de 50 contrats de gestion de fortune ayant fait l'objet d'une délégation de tâches, devrait charger chaque année l'organe de contrôle de procéder à un audit pour chacun de ces contrats, ce qui n'est pas justifié.

L&S considère que l'extension du champ d'application de la circulaire « *Outsourcing* » aux directions de fonds et aux gestionnaires de fortune collective introduit également une inégalité de traitement par rapport aux gestionnaires de fortune et aux *trustees*, ce qui déroge à l'exigence de *level playing field* parmi les gestionnaires de fortune.

Pour résumer, L&S et la SFAMA estiment que la proposition d'extension du champ d'application de la circulaire FINMA « *Outsourcing* » aux directions de fonds et aux gestionnaires de fortune collective n'est ni voulue par le législateur ni proportionnelle et adéquate.

L'ASG salue quant à elle le fait que le champ d'application de la circulaire selon la LEFin ne soit pas étendu aux gestionnaires de fortune et aux *trustees*.

Appréciation

Rien n'indique qu'une application de la circulaire FINMA « *Outsourcing* » aux directions de fonds, aux gestionnaires de fortune collective et aux SICAV est contraire aux dispositions de la LEFin et de l'OEFin ou de la LPCC. Les circulaires de la FINMA n'ont pas vocation à fixer des règles de droit, mais à codifier la pratique de la FINMA en matière de surveillance, laquelle pratique doit évoluer dans les limites prévues par la loi. La circulaire « *Outsourcing* » définit au Cm 3 l'*outsourcing* de façon quasi identique à la « délégation de tâches » visée à l'art. 15 al. 1 OEFin. La circulaire « *Outsourcing* » de la FINMA respecte donc les dispositions de la LEFin et de l'OEFin et n'étend pas les exigences prescrites par la loi.

L'objection selon laquelle les directions de fonds qui transfèrent la gestion de leurs fonds à des tiers sont confrontées à des charges trop élevées du fait de l'audit des contrats de gestion de fortune n'est pas convaincante. L'audit des contrats est réalisé en fonction des risques, conformément au cycle d'audit standard, autrement dit tous les quatre ans pour un risque jugé

« moyen » par exemple. En outre, l'audit se limite généralement à des contrôles par sondage.

La différenciation prévue en fonction des niveaux (y compris dans la circulaire) est conforme au principe de la proportionnalité et est appropriée.

Conclusion

L'extension du champ d'application de la circulaire aux directions de fonds, aux gestionnaires de fortune collective et aux SICAV autogérées est maintenue.

3.9.2 Champ d'application (Cm 5 et 6.2)

Prises de position

EXPERTsuisse et B&K proposent de remplacer « négociants en valeurs mobilières » par « maisons de titres » au Cm 5. En outre, EXPERTsuisse estime nécessaire de préciser si la circulaire est applicable à toutes les maisons de titres ou uniquement à celles qui gèrent des comptes.

Par ailleurs, l'association juge que le respect des dispositions est difficile pour les SICAV à gestion externe qui ne sont pas régies par la LEFin et entraîne des difficultés considérables dans la pratique. Elle propose par conséquent de limiter cette exigence aux SICAV autogérées, au Cm 6.

Appréciation

La remarque quant à la forme au sujet des négociants en valeurs mobilières est approuvée.

En revanche, la précision suggérée par EXPERTsuisse concernant les maisons de titres qui gèrent des comptes est inutile. Même si seuls les négociants en valeurs mobilières, autrement dit les maisons de titres sont évoqués, cela sous-entend d'office l'intégralité des établissements.

La demande d'EXPERTsuisse concernant les SICAV à gestion externe est compréhensible. La précision selon laquelle la circulaire ne s'applique qu'aux SICAV autogérées doit être intégrée.

Conclusion

Le terme « négociants en valeurs mobilières » au Cm 5 est remplacé par le terme « maisons de titres ».

Au Cm 6.2, le terme « SICAV » est remplacé par l'expression « SICAV autogérées ».

3.9.3 Gestionnaires de fortune collective, directions de fonds et SICAV (Cm 13.2 et 13.3)

Prises de position

B&K estime que les gestionnaires de fortune collective doivent conserver la possibilité d'externaliser tout ou partie de la gestion du portefeuille et/ou des risques. La société demande donc de supprimer le Cm 13.2.

D'après EXPERTsuisse, la réglementation définie au Cm 13.2 est contraire au droit européen applicable et à la pratique actuelle de la FINMA. L'association propose donc de supprimer le Cm 13.2 ou bien d'adopter la formulation « ou » (gestion de portefeuille ou des risques). La SFAMA et l'ASB font la même proposition.

L'ASG désapprouve la reprise intégrale de la circulaire « *Outsourcing* » de la FINMA pour les gestionnaires de fortune collective car il s'agit principalement de petites entreprises. L'association est par ailleurs d'avis, comme l'expliquent la SFAMA et l'ASB, que les gestionnaires de fortune collective doivent avoir la possibilité d'externaliser la gestion des risques pour tous les placements collectifs de capitaux sous gestion. La formulation devrait par conséquent être limitée comme suit : « la gestion de portefeuille pour au moins un placement collectif de capitaux ».

En outre, l'énumération des tâches des directions de fonds non externalisables au Cm 13.3 a fait l'objet de diverses demandes. EXPERTsuisse propose de supprimer purement et simplement l'énumération des tâches car la question des activités externalisables est déjà posée par l'exigence relative à l'administration principale. La SFAMA estime nécessaire de préciser, s'agissant de ce chiffre marginal, que seule la validation des évaluations doit dans tous les cas rester du ressort de la direction de fonds, l'évaluation technique des placements à proprement parler étant quant à elle généralement réalisée par des mandataires, par exemple la banque dépositaire. La SFAMA suggère de compléter le nouveau Cm 13.3 comme suit : « *la validation de l'évaluation des placements* ».

Appréciation

Pour qu'un gestionnaire de fortune collective satisfasse aux exigences de l'art. 24 al. 1 LFin, il doit administrer à titre professionnel des valeurs patrimoniales au nom et pour le compte de placements collectifs de capitaux ou d'institutions de prévoyance. À cet effet, il doit, conformément à l'art. 26 al. 1 LFin, assurer la gestion de portefeuille et la gestion des risques pour les valeurs patrimoniales qui lui sont confiées. À cet égard, il convient de faire la distinction entre la gestion des risques opérationnels et le contrôle des risques. Tandis que le gestionnaire de fortune collective doit assumer

lui-même la gestion des risques opérationnels au sens de l'art. 26 al. 1 LEFin en tant que *first line of defense*, il peut déléguer le contrôle des risques à des tiers indépendants. Il n'est donc pas nécessaire de modifier le texte conformément à la demande d'EXPERTsuisse, de la SFAMA, de l'ASB et de l'ASG.

La demande de B&K et d'EXPERTsuisse concernant la suppression du Cm 13.2 dans son intégralité va trop loin et risquerait de favoriser la création de sociétés offshore (simples « coquilles vides »). Cette demande est donc rejetée.

En ce qui concerne le Cm 13.3, aucune modification n'est nécessaire. La demande de la SFAMA consistant à limiter les tâches d'évaluation de la direction de fonds à la validation est trop restrictive et est contraire à la pratique de la FINMA. Cette demande est donc rejetée.

Conclusion

Les Cm 13.2 et 13.3 ne sont pas modifiés.

3.9.4 Forme du contrat d'externalisation (Cm 32)

Prises de position

EXPERTsuisse souhaite savoir ce qu'il faut entendre par « contrat dont la forme permet d'apporter une preuve au moyen d'un texte » et s'il existe une définition correspondante.

Appréciation

La formulation en question se trouve notamment dans la LSFIn et la LEFin. Afin de respecter le principe de neutralité technologique, cette précision signifie que la forme écrite qualifiée selon les art. 13 ss CO n'est pas exigée, mais qu'une version numérique de la documentation, notamment, est suffisante pour autant qu'elle permette d'en établir la preuve par un texte (autrement dit, que le contrat ne soit pas seulement oral ou tacite).

Conclusion

Le Cm 32 n'est pas modifié.

3.9.5 Dispositions transitoires (Cm 39)

Prises de position

EXPERTsuisse propose de préciser dans les dispositions transitoires que les prescriptions énoncées aux art. 16 et 17 OEFin doivent également être respectées.

Appréciation

La proposition n'est pas adoptée. Les prescriptions de l'ordonnance sont à respecter dans tous les cas car une circulaire se limite à codifier la pratique de la FINMA, mais ne peut déroger au droit de rang supérieur.

Conclusion

Le Cm 39 n'est pas modifié.

3.10 Abrogation de circulaires existantes

3.10.1 Circulaire 08/5 « Négociant » de la FINMA

Prises de position

B&K estime que l'abrogation de la circulaire « Négociant » n'est pas appropriée. S'agissant notamment des *introducing brokers*, la société juge la circulaire très importante pour l'interprétation du champ d'application de l'obligation d'obtenir une autorisation pour les représentations de maisons de titres étrangères ainsi que, désormais, pour d'autres établissements financiers. Elle souhaite par conséquent que la circulaire soit conservée. Si elle devait toutefois être abrogée, il conviendrait de définir à un autre endroit la pratique devant être adoptée à l'avenir par les *introducing brokers*. Se pose également selon elle la question de la procédure à suivre avec les établissements financiers nouvellement concernés tels que les gestionnaires de fortune et les *trustees*.

Appréciation

Le contenu de la circulaire « Négociant » a été repris en grande partie dans la LEFin et la LSFIn ; l'ajout de précisions dans la circulaire n'est donc pas nécessaire.

S'agissant de la question des *introducing brokers*, aucune modification de la pratique n'est prévue avec l'abrogation de la circulaire. Concrètement, cela signifie que la pratique actuelle d'évaluation de l'obligation d'obtenir une autorisation en tant que représentant d'un négociant en valeurs mobilières

étranger est toujours valable et s'applique désormais à toutes les représentations d'établissements financiers étrangers au sens de l'art. 58 LFin.

L'établissement d'une représentation par un établissement financier étranger au sens de la LFin est par conséquent soumis à autorisation s'il existe, conformément à la pratique actuelle visée par la circulaire « Négociant » (devant être abrogée), Cm 56 ss, un lien suffisamment fort entre l'établissement financier étranger et la personne physique ou morale exerçant une activité en Suisse pour ce dernier. S'agissant de l'obligation d'obtenir une autorisation, il est par ailleurs renvoyé aux activités réglementées selon la LFin. Les personnes qui exercent uniquement des activités relevant de la LSFIn ou des activités auxiliaires connexes (comme la distribution de fonds par ex.) pour des établissements financiers étrangers ne sont pas qualifiées de représentations d'établissements financiers étrangers au sens de l'art. 58 LFin.

Pour les directions de fonds, il existe déjà au niveau de la loi une réglementation exhaustive selon laquelle les directions de fonds étrangères n'ont pas le droit d'établir de représentations en Suisse (art. 58 al. 2 LFin).

Conclusion

La circulaire « Négociant » est abrogée.

La pratique des représentations de négociants en valeurs mobilières étrangers (désormais appelés maisons de titres) en matière d'obligation d'obtenir une autorisation telle qu'elle est énoncée aux Cm 56 ss de la circulaire « Négociant » conserve sa validité et s'applique par analogie à toutes les représentations d'établissements financiers étrangers au sens de l'art. 58 LFin.

3.10.2 Circulaire 13/9 « Distribution de placements collectifs » de la FINMA

Prises de position

B&K juge l'abrogation pure et simple de la circulaire FINMA 13/9 « Distribution de placements collectifs » problématique. La société estime notamment que le nouvel art. 3 al. 2 OSFin a créé une insécurité juridique car il n'est désormais plus possible de savoir à partir de quel moment les activités de marketing sont jugées suffisamment spécifiques pour être qualifiées « d'activités destinées directement à un client déterminé aux fins spécifiques de l'achat ou de la vente d'un instrument financier » et ne sont pas considérées comme de simples activités publicitaires. B&K est donc d'avis que l'interprétation de cette disposition doit être inscrite dans une circulaire.

Appréciation

La distribution de placements collectifs a été supprimée de la LPCC avec l'entrée en vigueur de la LFin/LSFin et n'est donc plus considérée comme une activité soumise à autorisation. En introduisant la LSFin, le législateur a instauré de nouvelles règles pour la fourniture de services financiers selon une approche transsectorielle qui met les assujettis sur un pied d'égalité (*level playing field*). Il est inévitable, dans le cadre d'une nouvelle législation, qu'il reste encore quelques questions de mise en œuvre à régler. Elles devront être résolues à l'usage.

Conclusion

L'interprétation de l'art. 3 al. 2 OSFin ne sera pas intégrée dans une circulaire.

4 Conséquences

4.1 Généralités

Les considérations qui suivent se réfèrent aux conséquences des modifications qui seront introduites suite à l'audition. Pour le reste, il convient de se référer à l'analyse des effets figurant dans le rapport explicatif.

4.2 OEFin-FINMA, OPC-FINMA, OFPC-FINMA, OIB-FINMA et OBA-FINMA

À l'exception de la modification de l'art. 3 OEFin-FINMA qui instaure une nouvelle règle d'imputation de l'assurance responsabilité civile professionnelle selon laquelle ce n'est plus un abattement de 30 %, mais une éventuelle franchise qui est déduite de la somme d'assurance imputable aux fonds propres, les autres modifications du texte de l'OEFin-FINMA ne visent qu'à préciser les principes ou ne sont que de nature formelle. En outre, un certain nombre de compléments ou de modifications ont été apportés dans les commentaires des articles correspondants de l'OEFin-FINMA afin de tenir compte des modifications de texte et de concrétiser certains aspects abordés lors de l'audition.

La plupart des modifications effectuées dans l'OPC-FINMA sont de nature purement formelle. Plusieurs précisions concernant les différentes dispositions ont en revanche été apportées dans le rapport explicatif à des fins de concrétisation.

Contrairement à la situation juridique qui prévalait jusqu'ici, c'est désormais l'OIB-FINMA (art. 11 ss) et non plus l'OFPC-FINMA qui s'applique à la procédure de faillite des directions de fonds. De même, les mesures prévues dans l'OIB-FINMA en cas de risque d'insolvabilité (art. 40 ss) sont applicables par analogie aux directions de fonds. Aucune nouvelle exigence n'est ainsi définie par rapport à la version soumise à audition ; la réglementation a simplement été réorganisée dans les ordonnances de la FINMA.

Les modifications apportées à l'OBA-FINMA suite à l'audition sont de nature essentiellement formelle.

Dans l'ensemble, aucune conséquence importante de l'adaptation des ordonnances de la FINMA suite à l'audition n'est attendue pour les parties concernées.

4.3 Circulaires de la FINMA (2013/8 « Règles de conduite sur le marché », 2013/3 « Activités d'audit », 2015/2 « Risques de liquidité – banques », 2018/3 « *Outsourcing* – banques et assureurs », 2017/7 « Risques de crédit – banques » et 2020/1 « Comptabilité – banques »)

En raison des modifications apportées à la circulaire 2018/3 « *Outsourcing* – banques et assureurs » suite à l'audition, les SICAV à gestion externe ne font plus partie du champ d'application de la circulaire. Ces SICAV doivent toutefois respecter les exigences de délégation des tâches telles que définies dans la LPCC et l'OPCC. En outre, aucune conséquence importante de l'adaptation des circulaires de la FINMA suite à l'audition n'est attendue pour les parties concernées.

5 Suite de la procédure

L'OEFin-FINMA, l'OPC-FINMA partiellement révisée, l'OFPC-FINMA, l'OIB-FINMA et l'OBA-FINMA ainsi que la version partiellement révisée des circulaires 2013/8 « Règles de conduite sur le marché », 2013/3 « Activités d'audit », 2015/2 « Risques de liquidité – banques », 2018/3 « *Outsourcing* – banques et assureurs », 2017/7 « Risques de crédit – banques » et 2020/1 « Comptabilité – banques » entrent en vigueur au 1^{er} janvier 2021.