

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

Explications

4 novembre 2020

Table des matières

Éléments essentiels	8
Liste des abréviations.....	12
1 Contenu et objectif du projet.....	15
2 Procédure d'audition	15
2.1 Résultats de la procédure d'audition.....	15
2.2 Principales adaptations matérielles par rapport aux projets soumis à audition.....	16
3 Actions requises	16
4 Contexte national et international.....	18
5 Commentaires sur l'ordonnance de la FINMA sur les établissements financiers.....	18
5.1 Remarques préliminaires	18
5.2 Commentaire des dispositions	18
5.2.1 Gestionnaires de fortune et <i>trustees</i> : assurance responsabilité civile professionnelle (art. 1 à 4 OEFin-FINMA).....	18
5.2.2 Gestionnaire de fortune collective (y compris gestionnaire de fortune d'institutions de prévoyance) (art. 5 à 14 OEFin-FINMA)	21
5.2.3 Directions de fonds (art. 18 OEFin-FINMA)	28
5.2.4 Audit prudentiel et audit des comptes annuels pour les gestionnaires de fortune collective et les directions de fonds (art. 19 à 22 OEFin-FINMA)	29
5.2.5 Justificatif des fonds propres des maisons de titres qui n'administrent pas elles-mêmes de compte (art. 23 OEFin-FINMA).....	31
5.2.6 Forme de l'envoi (art. 24 OEFin-FINMA).....	31

5.2.7	Dispositions finales (art. 25 à 27 OEFin-FINMA)	32
6	Commentaires sur l'ordonnance de la FINMA sur les placements collectifs de capitaux.....	32
6.1	Remarques préliminaires	32
6.2	Commentaire des dispositions	33
6.2.1	Instituts (art. 66 à 76, 86 et 107 OPC-FINMA)	33
6.2.2	Audit et rapports d'audit (art. 110 à 112 et 114 OPC-FINMA)	36
6.2.3	Envoi électronique (art. 116a OPC-FINMA)	37
6.2.4	Annexe III Structure minimale du compte de fortune, du bilan et du compte de résultat des fonds immobiliers.....	38
7	Commentaires sur l'ordonnance de la FINMA sur la faillite de placements collectifs.....	38
7.1	Remarques préliminaires	38
7.2	Commentaire des dispositions	38
7.2.1	Dispositions générales (art. 2 OFPC-FINMA)	38
7.2.2	Actifs de la faillite (art. 22 OFPC-FINMA).....	39
7.2.3	Réalisation (art. 34 OFPC-FINMA).....	39
7.2.4	Distribution et clôture (art. 40 et 41 OFPC-FINMA) ..	39
8	Commentaires sur l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire	40
8.1	Remarques préalables	40
8.2	Explications relatives à chaque article	40
8.2.1	Dispositions générales (art. 2 OIB-FINMA)	40
8.2.2	Actifs de la faillite (art. 16 et 20a OIB-FINMA)	40
9	Commentaires sur l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent.....	41
9.1	Remarques préliminaires	41
9.2	Commentaire des dispositions	41

9.2.1	Abrogation du statut d'IFDS	41
9.2.2	Succursales et sociétés de groupe à l'étranger (art. 5)	43
9.2.3	Renonciation au respect des obligations de diligence (art. 11 OBA-FINMA).....	43
9.2.4	Obligations de diligence dans le domaine du crédit à la consommation (art. 12 al. 4 OBA-FINMA).....	43
9.2.5	Informations requises (art. 44 al. 4 et 5).....	44
9.2.6	Vérification de l'identité des clients lors des opérations avec des monnaies virtuelles (art. 51 a OBA-FINMA)	44
9.2.7	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)	46
9.2.8	Assurance-vie avec gestion séparée du compte ou du dépôt (<i>insurance wrapper</i>) (art. 65a OBA- FINMA)	46
9.2.9	Seuils pour le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent pour les intermédiaires financiers (art. 75 OBA-FINMA)	47
9.2.10	Dispositions transitoires (art. 78a OBA-FINMA).....	47
9.2.11	Autres dispositions (art. 13 al. 5 et 39 let. c OBA- FINMA)	47
10	Commentaires sur l'OIMF-FINMA.....	48
11	Commentaires sur la circulaire FINMA 2013/8 « Règles de conduite sur le marché ».....	48
11.1	Remarques préliminaires	48
11.2	Commentaire des dispositions	49
11.2.1	Champ d'application (Cm 4 et 6).....	49
11.2.2	Manipulation du marché / <i>Painting the tape</i> (Cm 22) 49	
12	Commentaires sur la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit »	49
12.1	Remarques préliminaires	49
12.2	Commentaire des dispositions	50

12.2.1	Changement de mandat - nouvelle société d'audit (Cm 10.1).....	50
12.2.2	Domaine d'audit : exigences de fonds propres des modèles internes autorisés par la FINMA et conditions d'autorisation correspondantes (Cm 95, 107.1, annexes 2 et 13).....	50
12.2.3	Audit comptable (Cm 112.16).....	52
12.2.4	Remise de l'analyse des risques et de la stratégie d'audit ou du rapport d'audit (Cm 121).....	52
12.2.5	Analyse des risques et stratégie d'audit standard pour les infrastructures des marchés financiers (annexes 16 et 17).....	52
12.2.6	Informations sur l'audit des comptes annuels des succursales des entreprises d'assurance étrangères (annexe 19).....	52
13	Commentaires sur la circulaire FINMA 2015/2 « Risque de liquidité – banques »	53
13.1	Remarques préliminaires	53
13.2	Commentaire des dispositions (Cm 8.1).....	53
14	Commentaires sur la circulaire FINMA 2018/3 « Outsourcing – banques et assureurs »	53
14.1	Remarques préliminaires	53
14.2	Commentaire des dispositions	54
14.2.1	Champ d'application (Cm 6.1 et 6.2).....	54
14.2.2	Gestionnaires de fortune collective, directions de fonds et SICAV (Cm 13.1 à 13.3).....	54
14.2.3	Inventaire des fonctions externalisées (Cm 15.1)	55
14.2.4	Forme du contrat d'externalisation (Cm 32).....	55
14.2.5	Dispositions transitoires (Cm 39)	56
15	Commentaires sur la circulaire FINMA 2017/7 « Risques de crédit – banques »	56
16	Commentaires sur la circulaire FINMA 2020/1 « Comptabilité – banques »	56

17	Abrogation de circulaires existantes	56
17.1	Remarques préliminaires	56
17.2	Circulaire FINMA 2008/5 « Négociant »	57
17.3	Circulaire FINMA 2010/2 « Repo/SLB »	57
17.4	Circulaire FINMA 2013/9 « Distribution de placements collectifs »	58
18	Adaptations formelles	58
19	Processus de réglementation	58
19.1	Consultation préalable	59
19.2	Consultation des unités administratives également intéressées	59
19.3	Consultation publique	60
20	Principes de réglementation	60
21	Analyse des effets	60
21.1	Généralités	60
21.2	OEFin-FINMA	61
21.2.1	Assurance responsabilité civile professionnelle	61
21.2.2	Calcul du seuil <i>de minimis</i>	63
21.2.3	Gestion des risques et contrôle des risques	63
21.2.4	Justificatif des fonds propres des maisons de titres qui n'administrent pas elles-mêmes de compte	64
21.3	OPC-FINMA	64
21.4	OFPC-FINMA	65
21.5	OBA-FINMA	65
21.5.1	Abrogation des dispositions applicables aux IFDS	65
21.5.2	Obligations de diligence dans le domaine du crédit à la consommation	65
21.5.3	Nouveau seuil pour les transactions en monnaies virtuelles	66
21.6	Circulaire FINMA 2013/8 « Règles de conduite sur le marché »	66
21.7	Circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit »	66

21.8	Circulaire FINMA 2015/2 « Risque de liquidité – banques »	67
21.9	Circulaire FINMA 2018/3 « <i>Outsourcing</i> – banques et assureurs »	67
21.10	Abrogation de circulaires existantes	67
22	Suite de la procédure	67

Éléments essentiels

1. Le projet a pour objectif de concrétiser la reprise, nécessaire au niveau de la FINMA, de la loi sur les services financiers, de la loi sur les établissements financiers ainsi que des ordonnances d'exécution du Conseil fédéral, si possible de manière simple, proportionnelle et fondée sur des principes.
 2. La FINMA est tenue de réglementer dans le cadre de quelques délégations réglementaires ponctuelles, essentiellement techniques. La FINMA a privilégié les variantes qui correspondent le mieux au principe de la proportionnalité. Elle a tenu compte des répercussions sur la viabilité et la compétitivité internationale de la place financière suisse, dès lors que cela semblait pertinent. Les réglementations adoptées sont neutres à l'égard de la concurrence et de la technologie. La différenciation de la réglementation se fonde sur l'objectif visé et le risque. Les normes internationales dans le domaine des marchés financiers et leur mise en œuvre dans d'autres places financières importantes ont été prises en compte, pour autant qu'elles aient été pertinentes.
 3. Dans une nouvelle ordonnance de la FINMA sur les établissements financiers (OEFin-FINMA), la FINMA règle principalement les détails de l'assurance responsabilité civile professionnelle des gestionnaires de fortune, des *trustees*, des gestionnaires de fortune collective, les détails concernant le calcul du seuil *de minimis* (en dessous duquel une autorisation comme gestionnaire de fortune est exceptionnellement possible) ainsi que la gestion des risques, la *compliance* et le SCI pour les gestionnaires de fortune collective.
- *Exigences à l'égard de l'assurance responsabilité civile professionnelle pour les gestionnaires de fortune et les trustees* : les exigences se fondent sur la conception des prescriptions déjà en vigueur pour l'assurance responsabilité civile professionnelle des anciens gestionnaires de placements collectifs de capitaux selon la LPCC. Un maintien temporaire de la couverture d'assurance est à présent introduit pour les polices avec principe dit de la réclamation ou principe de la survenance du dommage. L'étendue de la couverture d'assurance se rapporte au champ d'activité et au rayon géographique définis dans les documents d'entreprise faisant foi. L'assurance responsabilité civile professionnelle doit couvrir les dommages patrimoniaux dans les activités usuelles à la profession pour lesquelles le gestionnaire de fortune ou le *trustee* est juridiquement responsable, qu'ils soient causés par négligence ou négligence grave. Cette réglementation exclut une réduction en cas de

négligence grave. Lors de l'imputation de l'assurance responsabilité civile professionnelle, toute éventuelle franchise doit être déduite. Les exigences posées par les art. 1 ss OEFin-FINMA ne s'appliquent en principe que si l'assurance responsabilité civile professionnelle doit être imputée sur les fonds propres légalement prévus..

- *Définition et calcul des seuils de minimis* : les dispositions correspondantes dans l'ordonnance de la FINMA sur les placements collectifs de capitaux (OPC-FINMA) sont transposées dans l'OEFin-FINMA. Désormais, le terme de « gestionnaire de fortune collective » inclut également les gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance. Les dispositions actuelles sont complétées par des principes spécifiques aux gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance, pour autant que cela soit utile et nécessaire.
 - *Gestion des risques, compliance et SCI pour les gestionnaires de fortune collective* : les exigences concernant la gestion des risques, la *compliance* et le SCI sont principalement reprises de l'OPC-FINMA. La disposition selon laquelle les établissements qui gèrent des placements collectifs de capitaux ouverts doivent évaluer et documenter leur liquidité et leurs autres risques principaux à intervalles réguliers au niveau des différents placements collectifs de capitaux, selon différents scénarios de marché, est nouvelle. Cette disposition tient compte de l'importance d'une gestion courante des liquidités dans la gestion de fonds et notamment aussi des prescriptions de l'OICV. L'obligation faite aux établissements de définir des seuils de liquidité internes adéquats pour chaque placement collectif de capitaux qu'ils gèrent est également nouvelle.
 - *Exigences à l'égard de l'assurance responsabilité civile professionnelle pour les gestionnaires de fortune collective* : la réglementation selon l'OPC-FINMA actuelle est transposée dans l'OEFin-FINMA avec des adaptations, notamment en ce qui concerne la nouvelle terminologie. Une prolongation de la couverture d'assurance est à présent introduite pour les polices avec principe dit de la réclamation ou principe de la survenance du dommage, comme pour les gestionnaires de fortune et *trustees*. L'obligation de couvrir les dommages patrimoniaux causés à la suite d'une négligence ou d'une négligence grave correspond également à la réglementation applicable aux gestionnaires de fortune et *trustees*.
4. Différentes adaptations de l'OPC-FINMA sont également requises suite à la transposition des dispositions relatives aux gestionnaires de fortune collective et aux directions de fonds dans la loi sur les établissements financiers (LEFin). L'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA) doit également être adaptée suite à l'abrogation du statut d'IFDS (intermédiaires financiers directement soumis). Des adaptations

sont en outre apportées à l'ordonnance de la FINMA sur la faillite de placements collectifs (OFPC-FINMA) ainsi qu'à l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA : passage de la direction de fonds dans l'OIB-FINMA). L'ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers (OIMF-FINMA) a été formellement adaptée.

5. Quelques circulaires doivent en outre être adaptées. Le champ d'application de la circulaire FINMA 2013/8 « Règles de conduite sur le marché » est ainsi adapté aux gestionnaires de fortune, *trustees* et gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance désormais soumis à une obligation d'autorisation par la FINMA. La circulaire FINMA 2018/3 « *Outsourcing* – banques et assureurs » reproduit aussi la pratique administrative relative aux établissements de la LEFin (à l'exception des gestionnaires de fortune et *trustees*). D'autres adaptations plutôt mineures sont effectuées dans les circulaires de la FINMA 2015/2 « Risque de liquidité – banques », 2017/7 « Risques de crédit – banques » et 2020/1 « Comptabilité – banques ». Pour finir, les circulaires de la FINMA « Négociant », 2010/2 « Repo/SLB » et 2013/9 « Distribution de placements collectifs » sont abrogées, car rendues inutiles par la loi sur les services financiers (LSFin) et la LEFin.
6. Certaines adaptations sont apportées qui ne sont pas directement liées au suivi de la LSFin/LEFin, mais qui, en termes d'objet et de calendrier, sont mises en œuvre dans le cadre de ce projet :
 - *OBA-FINMA* : le seuil pour les opérations de change en cryptomonnaies qui est actuellement de 5 000 francs sera abaissé à 1 000 francs et une recommandation du GAFI sur la gestion des *virtual asset service providers* publiée à la mi 2019 sera appliquée. Des vérifications concernant le preneur d'assurance et le payeur de primes effectif doivent en outre être effectuées dans les assurances vie avec tenue de compte ou de dépôt séparée (*insurance wrapper*) pour les gestionnaires de fortune et les *trustees*. Cette disposition s'applique aux relations d'affaires engagées à partir de l'entrée en vigueur de la modification.
 - Circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit » : la pratique actuelle concernant le changement de mandat des sociétés d'audit et l'audit des modèles internes dans le domaine bancaire est notamment exposée dans la circulaire. Des adaptations concernant l'analyse des risques, la stratégie d'audit standard et les infrastructures des marchés financiers et concernant les informations sur l'audit des comptes annuels des succursales d'entreprises d'assurance étrangères sont parallèlement réalisées.

7. La FINMA a soumis les projets à une consultation préalable le 28 mars 2019 puis à une consultation des offices du 12 novembre au 3 décembre 2019.
8. Les adaptations entreront 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)
GAFI	Groupe d'action financière [<i>Financial Action Task Force</i> (FATF)]
IFDS	Intermédiaire financier directement soumis
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)
LBVM	Loi du 24 mars 1995 sur les bourses (RS 954.1)
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)
LDIP	Loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LEFin	Loi du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (RS 954.1)
LFINMA	Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.1)
LPCC	Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
LPP	Loi du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LSA	Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (RS 961.01)
LSFin	Loi 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)
OBVM	Ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.11)
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)
OFR	Ordonnance du 1 ^{er} juin 2012 sur les fonds propres (RS 952.03)
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)
OLiq	Ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (RS 952.06)
OOS	Ordonnance du 6 novembre 2019 sur les organismes de surveillance (RS 956.134)
OPC-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 27 août 2014 sur les placements collectifs (RS 951.312)
OPCC	Ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs (RS 951.311)
OS	Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance (RS 961.011)
OS	Organisme de surveillance

OSFin	Ordonnance du 6 novembre 2019 sur les services financiers (RS 950.11)
SCI	Système de contrôle interne
SFAMA	Swiss Funds & Asset Management Association

1 Contenu et objectif du projet

Le Parlement a adopté la LSFIn et la LEFin le 15 juin 2018. Les deux lois sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2020, en même temps que les ordonnances d'exécution (OSFin, OEFin et OOS) adoptées par le Conseil fédéral le 6 novembre 2019.

Les lois et les ordonnances du Conseil fédéral contiennent des délégations réglementaires ponctuelles à la FINMA, de nature essentiellement technique. Elles sont concrétisées par le présent projet. Certaines adaptations des ordonnances et circulaires actuelles de la FINMA sont en outre nécessaires.

L'objectif consiste à mettre en œuvre la reprise nécessaire du droit supérieur au niveau de la FINMA de manière simple, proportionnelle et fondée sur des principes, dans le cadre et selon les possibilités du droit supérieur.

2 Procédure d'audition

Le projet a été soumis à audition du 7 février au 9 avril 2020, période durant laquelle 22 prises de position ont été transmises. Le présent rapport explicatif présente l'appréciation qui en a été faite par la FINMA.

2.1 Résultats de la procédure d'audition

En raison du caractère principalement technique de documents soumis à audition, une grande partie des prises de position reçues portait sur des adaptations formelles qui ont été reprises autant que possible, notamment dans la circulaire 2013/03 « Activités d'audit ». 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), l'abaissement du seuil de 5 000 à 1 000 francs pour la vérification de l'identité de clients lors de transactions en monnaies virtuelles (art. 51a OBA-FINMA), les seuils pour le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent (art. 75 OBA-FINMA) 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.

2.2 Principales adaptations matérielles par rapport aux projets soumis à audition

L'art. 2 al. 1 OEFin-FINMA a été adapté de manière à ce que seuls les risques résultant des activités usuelles à la profession ne soient à assurer. 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 (cf. ch. 5.2.1 ci-après). Outre de nombreuses adaptations techniques, il est désormais expliqué comment la FINMA procèdera concernant l'introduction des courtiers et l'obligation d'obtenir une autorisation pour les représentations de maisons de titres étrangères suite à la suppression de la circulaire 2008/05 « Négociants en valeurs mobilières » (cf. ch. 17.2 ci-après).

3 Actions requises

La FINMA adopte des ordonnances lorsque la législation sur les marchés financiers le prévoit, et des circulaires afin de préciser les modalités d'application de la législation sur les marchés financiers¹. Lorsque la FINMA est habilitée à édicter des dispositions fixant des règles de droit, elle le fait par voie d'ordonnance. Sauf disposition contraire, une compétence législative se limite à l'édition de dispositions de nature technique et d'importance secondaire. La FINMA peut, au moyen de circulaires, clarifier la manière dont elle applique la législation sur les marchés financiers dans son activité de surveillance. Les circulaires servent exclusivement à l'application du droit et ne peuvent pas contenir de règles de droit².

Pour l'essentiel, l'action requise dans le domaine réglementaire au niveau de la FINMA ressort des délégations législatives de l'OEFin et de la transposition partielle des dispositions de la LPCC dans la LEFin ainsi que de sa reprise au niveau des ordonnances du Conseil fédéral et de la FINMA. Le besoin de réglementation découle en outre de la transformation de l'architecture de la réglementation supérieure (par ex. abrogation de la LBVM) ou des adaptations matérielles du droit supérieur (par ex. abrogation du statut des IFDS).

La LEFin et l'OEFin chargent la FINMA de régler certains détails concernant l'assurance responsabilité civile professionnelle des gestionnaires de fortune, des *trustees*, des gestionnaires de fortune collective, ainsi que le calcul du seuil *de minimis* pour les gestionnaires de fortune collective. La FINMA le concrétise dans la nouvelle OEFin-FINMA. Compte tenu de la transposition

¹ Art. 7 al. 1 LFINMA

² Art. 5 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers

des dispositions sur les directions de fonds et sur les gestionnaires de placements collectifs de capitaux de la LPCC dans la LEFin, des dispositions de l'OPC-FINMA actuellement en vigueur doivent déjà être intégrées et ponctuellement adaptées dans la nouvelle OEFin-FINMA. Les bases légales concrètes pour les réglementations dans l'OEFin-FINMA figurent à l'art. 46 LEFin, aux art. 11 al. 1, 31 al. 3, 34 al. 4, 41 al. 9, 44 al. 3, 57 al. 8 OEFin et à l'art. 5 al. 5 OA-FINMA.

La reprise des nouvelles dispositions de loi et d'ordonnance exige par ailleurs des adaptations de l'OPC-FINMA, de l'OFPC-FINMA et de l'OBA-FINMA. Parallèlement, une adaptation formelle de l'OIMF-FINMA et de l'OIB-FINMA est requise. Les bases légales concrètes de ces adaptations figurent dans les commentaires ci-après relatifs aux différentes dispositions.

Six circulaires³ doivent en outre être matériellement adaptées. Jusqu'à présent, lorsque des circulaires étaient adaptées, les circulaires complètes avec les adaptations mises en exergue dans le texte étaient soumises à audition. Pour la première fois, la FINMA met les adaptations des circulaires à disposition sous la forme d'un acte modificateur qui rassemble toutes les modifications dans un document où elles sont mises en exergue dans le texte. Cette nouvelle présentation a pour but d'aider les participants à l'audition à avoir une vue d'ensemble des adaptations au moyen d'un document clair et facile à comprendre. Les commentaires relatifs aux adaptations figurent également dans ce rapport explicatif.

Des adaptations purement formelles sont nécessaires dans une vingtaine d'autres circulaires (par ex. en raison de l'abrogation de la LBVM et de la requalification des anciens négociants en valeurs mobilières en maisons de titres dans la LEFin). Ces dernières ne feront pas l'objet d'une procédure d'audition. Pour finir, trois circulaires rendues obsolètes par la LSFIn/LEFin sont abrogées⁴.

À propos des risques qui doivent être couverts par la réglementation, il est renvoyé au message concernant la LSFIn et la LEFin⁵ ainsi qu'aux commentaires sur les ordonnances d'exécution du Conseil fédéral⁶.

Les projets de réglementation édictés par la FINMA sont légitimes et proportionnels.

³ Circ.-FINMA 13/8 « Règles de conduite sur le marché », Circ.-FINMA 13/3 « Activités d'audit », Circ.-FINMA 15/2 « Risque de liquidité – banques », Circ.-FINMA 18/3 « *Outsourcing* – banques et assureurs », Circ.-FINMA 17/7 « Risques de crédit – banques » et Circ.-FINMA 20/1 « Comptabilité – banques »

⁴ Circ.-FINMA 08/5 « Négociant », Circ.-FINMA 10/2 « Repo/SLB » et Circ.-FINMA 13/9 « Distribution de placements collectifs »

⁵ Message du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (message LSFIn/LEFin), FF 2015 8101

⁶ Peuvent être consultés à l'adresse suivante : www.admin.ch > Page d'accueil > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2018.

4 Contexte national et international

En ce qui concerne le contexte national et international, il est renvoyé aux explications correspondantes dans le message⁷ et dans les commentaires sur les ordonnances du Conseil fédéral⁸.

5 Commentaires sur l'ordonnance de la FINMA sur les établissements financiers

5.1 Remarques préliminaires

Dans l'OEFin, le législateur a ponctuellement chargé la FINMA de régler de plus amples détails concernant quelques thèmes techniques⁹. La FINMA y procède dans une nouvelle ordonnance de la FINMA, l'OEFin-FINMA. Celle-ci détaille l'assurance responsabilité civile professionnelle des gestionnaires de fortune, des *trustees*, des gestionnaires de fortune collective, ainsi que le calcul du seuil *de minimis* pour les gestionnaires de fortune collective. Compte tenu de la transposition des dispositions sur les directions de fonds et sur les gestionnaires de placements collectifs de capitaux de la LPCC dans la LEFin, des dispositions de l'OPC-FINMA actuellement en vigueur doivent être intégrées et ponctuellement adaptées dans la nouvelle OEFin-FINMA. Il faut tenir compte du fait que la nouvelle notion de gestionnaires de fortune collective couvre également les gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance.

5.2 Commentaire des dispositions

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

Selon l'art. 22 al. 2 OEFin, les gestionnaires de fortune et les *trustees* doivent disposer de garanties appropriées ou conclure une assurance responsabilité civile professionnelle, en plus du capital minimal. L'art. 31 al. 2 OEFin dispose que les assurances responsabilité civile professionnelle peuvent être imputées sur la moitié des fonds propres, pour autant qu'elles couvrent les risques du modèle d'affaires. Autrement dit, 50 % des fonds propres peuvent être mis à disposition grâce à l'imputation de l'assurance responsabilité civile professionnelle. La LEFin contraint la FINMA à concrétiser les dé-

⁷ Message LSFIn/LEFin, FF 2015 8101

⁸ Peut être consulté à l'adresse suivante : www.admin.ch > Page d'accueil > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2018.

⁹ Art. 11, art. 31 al. 3, art. 34 al. 4, art. 41 al. 9, art. 44 al. 3, art. 57 al. 8 et art. 74 al. 4 OEFin

tails concernant l'assurance responsabilité civile professionnelle qui doivent être respectés pour que cette imputation sur les fonds propres puisse avoir lieu. Les exigences concernant l'assurance responsabilité civile professionnelle pour les gestionnaires de fortune et les *trustees* se fondent sur la conception des prescriptions déjà en vigueur pour l'assurance responsabilité civile professionnelle des anciens gestionnaires de placements collectifs de capitaux selon la LPCC.

Les projets de réglementation discutés dans le cadre de la consultation préalable prévoyaient encore une réglementation uniforme de l'imputation de l'assurance responsabilité civile professionnelle sur les fonds propres pour les gestionnaires de fortune, les *trustees* et les gestionnaires de fortune collective. La FINMA a repris et concrétisé la différenciation de la réglementation pour les gestionnaires de fortune et les *trustees* d'une part et les gestionnaires de fortune collective d'autre part, ainsi qu'elle avait été suggérée au cours de la consultation préalable.

Il convient de noter que les exigences quant à l'assurance responsabilité civile professionnelle selon les art. 1 ss OEFin-FINMA ne doivent être respectées que si celle-ci doit aussi être imputée sur les fonds propres légalement prévus. Si le gestionnaire de fortune ou le *trustee* dispose de suffisamment de fonds propres pour remplir les exigences légales mais qu'il décide, sur une base volontaire, de conclure une assurance responsabilité civile professionnelle, il peut le faire sans avoir à respecter les exigences posées par les art. 1 ss OEFin-FINMA.

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

Al. 1

La disposition de l'art. 75 al. 1 OPC-FINMA est en principe reprise, sachant qu'une prolongation de la couverture d'assurance est à présent introduite pour les polices avec principe dit de la réclamation ou principe de la surveillance du dommage. Sont autorisées les entreprises d'assurance soumises à surveillance selon la LSA, c'est-à-dire les entreprises d'assurance assujettis à la surveillance de la FINMA. En cas de changement de l'entreprise d'assurance, il n'y a pas de prolongation de la couverture d'assurance si la nouvelle entreprise d'assurance assume le risque antérieur, de sorte qu'il n'y ait pas de lacune temporelle dans la couverture. Suite aux discussions menées dans le cadre de la consultation préalable, il a été renoncé à une prolongation de la couverture d'assurance globale au profit de la présente réglementation différenciée.

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. Demeurent réservées les dispositions obligatoires de la LCA qui ne peuvent pas être modifiées par les cocontractants. Le preneur d'assurance a la possibilité, par exemple en cas

de réalisation du risque assuré, de conclure une assurance subséquente avant l'expiration du délai de résiliation et résilier son ancien contrat si l'entreprise d'assurance le permet.

Al. 2

Cet alinéa dispose qu'il suffit pour couvrir les risques liés au modèle d'affaires par une assurance responsabilité civile professionnelle que l'ensemble des champs d'activité et rayons géographiques définis dans les documents d'entreprise faisant foi en la matière soient compris. Une approche différenciée et axée sur les risques a ainsi été choisie. Il est de la responsabilité du gestionnaire de fortune et du *trustee* d'adapter l'assurance responsabilité civile professionnelle en conséquence lors des modifications de leur modèle d'affaires ou des champs d'activité et rayons géographiques définis dans leurs documents d'entreprise faisant foi en la matière.

Al. 3

La réglementation actuelle de l'art. 75 al. 4 OPC-FINMA est reprise dans l'OEFin-FINMA.

Art. 2 Risques de responsabilité civile professionnelle à couvrir

Al. 1

La réglementation de l'art. 76 al. 1 OPC-FINMA est reprise et complétée par une disposition selon laquelle l'assurance responsabilité civile professionnelle couvre les dommages patrimoniaux causés par le gestionnaire de fortune ou le *trustee* à la suite d'une négligence ou d'une négligence grave dans l'exercice des activités usuelles à sa profession. L'assurance responsabilité civile professionnelle ne doit pas uniquement couvrir les dommages patrimoniaux résultant de l'activité soumise à autorisation du gestionnaire de fortune et du *trustee*, mais aussi les dommages patrimoniaux résultant de l'ensemble des autres activités usuelles à la profession, de sorte que les dommages résultant du modèle d'affaires du gestionnaire de fortune ou du *trustee* selon l'art. 24 al. 2 OEFin soient couverts. Cette réglementation exclut la possibilité d'une réduction de la prestation en cas de faute grave prévue à l'art. 14 al. 2 LCA. L'assurance responsabilité civile professionnelle sert de substitut aux fonds propres. La couverture d'assurance doit donc être intégralement garantie, même en cas de faute grave.

Al. 2

Les risques en matière de responsabilité civile professionnelle les plus fréquents sont les dommages patrimoniaux résultant d'une erreur de placement et de violations de leurs obligations par des collaborateurs ou d'autres personnes de confiance (préjudices de confiance) du gestionnaire de fortune

ou du *trustee*, qui doivent impérativement être couverts par l'assurance responsabilité civile professionnelle et sont explicitement cités à l'al. 2. En dehors des collaborateurs du gestionnaire de fortune et du *trustee*, les personnes de confiance incluent notamment leur personnel tiers, leurs fiduciaires ou leurs conseillers, etc. Il est renoncé à l'énumération des autres risques en matière de responsabilité civile professionnelle selon l'art. 76 al. 2 let. a à f OPC-FINMA, dans la perspective d'une réglementation différenciée, axée sur les risques. Le modèle d'affaires d'un assujetti peut cependant nécessiter de couvrir également des risques individuels supplémentaires. 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 cependant pas nécessairement être couvertes par l'assurance responsabilité civile professionnelle.

Art. 3 Montant de couverture de l'assurance

Une éventuelle franchise ne doit pas rendre la couverture d'assurance invalide. Si l'assurance responsabilité civile professionnelle prévoit une franchise, celle-ci doit être déduite de la somme imputée de l'assurance responsabilité civile professionnelle afin de garantir intégralement la couverture d'assurance.

Art. 4 Communication des résiliations et des modifications

Le gestionnaire de fortune ou le *trustee* doit immédiatement informer la FINMA d'une modification ou d'une résiliation éventuelle de l'assurance responsabilité civile professionnelle.

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

5.2.2.1 Définition et calcul des seuils *de minimis* (art. 5 à 7 OEFin-FINMA)

Le législateur poursuit une approche proportionnelle avec le seuil *de minimis* : les gestionnaires de fortune collective qui n'atteignent pas la valeur seuil en tant que limite de matérialité sont traités comme de simples gestionnaires de fortune. L'art. 34 al. 4 OEFin oblige la FINMA à régler les détails concernant le calcul du seuil *de minimis*. La norme de délégation n'est pas nouvelle, mais existe déjà dans le domaine de la LPCC (cf. art. 1b al. 2 OPCC selon le droit en vigueur).

La réglementation des gestionnaires de placements collectifs est transposée de la LPCC dans la LEFin, avec l'entrée en vigueur de la LSFIn/LEFin. Aussi, les dispositions existantes des art. 73 et 74 OPC-FINMA sont-elles transférées en conséquence dans l'OEFin-FINMA. Désormais, la définition des « gestionnaires de fortune collective » inclut également les gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance. Les anciens art. 73 et 74 OPC-FINMA

sont donc complétés par des principes spécifiques aux gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance, pour autant que cela soit utile et nécessaire.

Art. 5 Valeurs patrimoniales à prendre en compte

Al. 1

La réglementation de l'art. 73 al. 1 OPC-FINMA est reprise. Celle-ci s'applique désormais aussi bien aux gestionnaires de placements collectifs qu'aux gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance. Les valeurs patrimoniales dont le gestionnaire de fortune collective a délégué la gestion à des tiers doivent également être prises en compte. Cette disposition est conforme à la réglementation actuelle et s'explique par le fait que le gestionnaire de fortune collective demeure responsable du respect des obligations prudentielles en cas de délégation de la gestion des avoirs à un tiers (art. 17 al. 1 OEFin) et qu'une non prise en compte de ces avoirs créerait par conséquent des possibilités de contournement indésirables.

Al. 2

La réglementation de l'art. 73 al. 2 OPC-FINMA est reprise.

Art. 6 Évaluation des valeurs patrimoniales des placements collectifs de capitaux administrées

Lors de l'évaluation des actifs sous gestion, on distingue entre valeurs patrimoniales de placements collectifs de capitaux (art. 6 OEFin-FINMA) et valeurs patrimoniales d'institutions de prévoyance (art. 7 OEFin-FINMA). Dans le cas d'un fonds à investisseur unique auquel une caisse de pension confie la gestion de sa fortune, celle-ci n'est pas prise en compte dans la fortune de prévoyance et le fonds à investisseur unique est considéré comme un placement collectif de capitaux. Il n'y a aucune mainmise.

Al. 1 à 4

L'art. 6 al. 1 à 4 OPC-FINMA reprend la réglementation de l'art. 74 al. 1 à 4 OPC-FINMA pour le calcul des seuils pour les placements collectifs de capitaux. Cette disposition ne comporte aucune nouveauté au plan matériel. Des adaptations à la terminologie de la LEFin sont opérées au plan formel.

Art. 7 Évaluation de la fortune de prévoyance gérée

Jusqu'à présent, il n'y avait pas de dispositions d'exécution correspondantes pour les gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance, car ils ne connaissaient pas de seuil *de minimis* auparavant. Selon l'art. 24 al. 2 let. b LEFin, les gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance se qualifient

comme gestionnaires de fortune si les valeurs patrimoniales administrées sont inférieures à 100 millions de francs et s'ils gèrent en outre au plus 20 % des valeurs patrimoniales d'une seule institution de prévoyance, dans le domaine obligatoire.

Al. 1

Les gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance peuvent également administrer des valeurs patrimoniales d'institutions de prévoyance étrangères, en plus des valeurs patrimoniales d'institutions de prévoyance suisses. Le cas échéant, les valeurs patrimoniales correspondantes d'institutions de prévoyance étrangères doivent également être prises en compte dans le calcul du seuil. Sont qualifiées d'institutions de prévoyance étrangères, les structures qui poursuivent au final le même but que les institutions de prévoyance énumérées à l'art. 34 al. 2 let. a OEFin. Pour le calcul du seuil de 100 millions de francs visé par l'art. 24 al. 2 let. b LEFin, il convient de prendre en compte toutes les valeurs patrimoniales de l'institution de prévoyance, dans le domaine tant obligatoire que surobligatoire.

Al. 2 et 3

En raison du principe de territorialité, la LPP et ses décrets d'application qui portent sur l'évaluation des valeurs patrimoniales ne sont applicables qu'aux institutions de prévoyance suisses. Les prescriptions légales et les principes d'évaluation de l'État de domicile de l'institution de prévoyance sont, en revanche, déterminants pour les institutions de prévoyance étrangères. Le gestionnaire de fortune qui gère des fonds de prévoyance étrangers doit donc être familiarisé avec les méthodes d'évaluation correspondantes.

Al. 4

Lors du calcul des seuils pour les gestionnaires de fonds de la prévoyance professionnelle, il est à noter que le seuil de 20 % dans le domaine obligatoire se réfère uniquement aux valeurs patrimoniales sous gestion provenant du régime obligatoire de l'institution de prévoyance concrète. Une distinction doit être opérée entre les valeurs patrimoniales provenant du régime obligatoire de l'institution de prévoyance respective et celles provenant du régime surobligatoire. Dans quelle mesure les institutions de prévoyance étrangères font (doivent faire) une telle distinction devrait varier selon la juridiction. La réglementation en matière de prévoyance de l'État tiers concerné doit définir les exigences à l'égard d'un gestionnaire de fortune de cet État.

5.2.2.2 Gestion des risques et SCI (art. 8 à 14 OEFin-FINMA)

L'art. 41 al. 9 OEFin oblige la FINMA à régler les détails concernant la gestion des risques et le contrôle interne.

Art. 8 Principes de la gestion des risques et du contrôle interne

Al. 1

Le système de contrôle interne des gestionnaires de fortune collective doit être fondé sur une analyse systématique des risques.

Al. 2

L'al. 2 définit la compétence concernant la garantie d'un système de contrôle interne fondé sur une analyse systématique des risques et sa surveillance ainsi que son ampleur.

Al. 3

Conformément à l'art. 41 al. 4 dernière phrase OEFin, l'organe responsable de la haute direction, de la surveillance et du contrôle détermine la tolérance aux risques. Cette capacité de risque de l'établissement concerné doit être prise en compte lors de la définition de la tolérance au risque. Il s'agit d'empêcher un établissement de prendre des risques économiques et de contracter des engagements dans le cadre son activité commerciale qu'il n'est pas financièrement en mesure d'assumer.

Al. 4

Selon l'art. 41 al. 8 OEFin, la FINMA peut dispenser les gestionnaires de fortune collective de définir un organe particulier pour la haute direction, la surveillance et le contrôle. Dans de tels cas, les obligations essentielles de la gestion des risques des al. 1 et 2 doivent être assumées par l'organe de direction.

Art. 9 Mise en œuvre de la gestion des risques

L'art. 9 reprend en partie la réglementation de l'art. 67 al. 2 OPC-FINMA en adaptant la terminologie à celle de la LEFin et de l'OEFin. Les autres exigences sont déjà réglées à l'art. 41 al. 5 OEFin. S'il n'y a pas d'organe pour la haute direction, la surveillance et le contrôle, l'organe responsable de la gestion opérationnelle applique ses propres prescriptions (cf. art. 8 al. 4 OEFin-FINMA). La réglementation garantit une approche proportionnelle, différenciée et axée sur les risques.

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

Grâce à une réglementation proportionnelle, l'art. 10 tient compte de l'importance d'une gestion courante des liquidités dans la gestion de fonds ainsi que de la recommandation 14 de l'OICV sur la gestion des risques de liquidité des placements collectifs de capitaux ouverts.

Al. 1

L'al. 1 reprend l'exigence selon laquelle tous les établissements qui gèrent des placements collectifs de capitaux ouverts doivent évaluer et documenter leur liquidité et leurs autres risques principaux à intervalles réguliers au niveau des différents placements collectifs de capitaux ouverts, selon différents scénarios de marché, même extraordinaires et défavorables. Le gestionnaire de fortune collective peut se focaliser sur les risques lors de la définition des analyses de scénarios, ce qui permet une mise en œuvre proportionnelle.

Al. 2

Dans le sens d'une réglementation proportionnelle et différenciée, l'al. 2 retient qu'il est possible de renoncer à une évaluation intégrant différents scénarios selon l'al. 1, si la fortune du fonds ne s'élève pas à plus de 25 millions de francs suisses. Une évaluation des risques doit cependant être réalisée, comme c'était le cas auparavant.

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

L'art. 11 reprend la réglementation de l'art. 68 OPC-FINMA en complément de prescriptions spécifiques pour les gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance. Au plan terminologique, le terme de fortune collective désormais utilisé couvre à la fois les placements collectifs de capitaux et les valeurs patrimoniales d'institutions de prévoyance.

Al. 1 à 4

La réglementation de l'art. 68 al. 1 à 4 OPC-FINMA est reprise.

Al. 5

Le nouvel al. 5 contraint les établissements à définir des seuils de liquidité internes adéquats pour chaque placement collectif de capitaux qu'ils gèrent. Le montant concret des seuils dépend notamment beaucoup des produits et du marché et ne peut pas être défini de manière abstraite. Dans le sens d'une approche différenciée et proportionnelle, il appartient donc aux établissements en charge de la gestion de définir eux-mêmes le montant spécifique du seuil au cas par cas, dans le cadre d'une gestion en bonne et due forme des placements collectifs de capitaux. Les seuils devraient toujours être définis en tenant compte des obligations de rachat et autres engagements du placement collectif de capitaux. Ainsi, certains seuils de liquidité quotidiens et hebdomadaires, tels que l'OICV les définit dans sa « Recommandation 7 for Money Market Funds », sont par ex. nécessaires pour les fonds du marché monétaire. En cas de dépassements des seuils de liquidité, il n'est pas nécessaire de prendre automatiquement des mesures, mais il

faut tout d'abord contrôler la liquidité et ne décider que dans un second temps s'il convient également de prendre des mesures.

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

Les principes d'utilisation de techniques de placement et de dérivés sont réglés dans la LPCC, l'OPC et l'OPC-FINMA ainsi que dans les dispositions spéciales du droit de la prévoyance. Ces dispositions spéciales supplémentaires doivent être respectées lors de l'utilisation de techniques de placement et de dérivés et également prises en compte dans les directives internes ainsi que dans les exigences organisationnelles concernant la politique de risques, le contrôle des risques, l'exécution et l'évaluation énoncées à l'art. 12. En conséquence, les principes du recours aux dérivés doivent être réglés dans les directives internes. Cependant, au cas par cas, le recours aux dérivés doit s'appuyer sur un accord fixé dans le contrat de gestion de fortune ou de mandat. Dans le sens d'une approche proportionnelle, les directives internes se fondent sur la structure et les risques du gestionnaire de fortune collective concerné. La réglementation correspond à l'actuel art. 68 al. 5 OPC-FINMA.

Art. 13 Autres obligations liées à la gestion des risques

Il s'agit essentiellement de la reprise de la réglementation de l'art. 69 OPC-FINMA.

Al. 1

La vérification régulière de l'adéquation et de l'efficacité de la gestion des risques par l'établissement en tenant compte des procédures et des méthodes définies devrait déboucher sur un développement correspondant des procédures et des systèmes, au cas où la nécessité d'intervenir aurait été constatée. En ce sens, l'al. 1 complété par rapport à l'art. 69 OPC-FINMA en vigueur reprend le ch. 12 de la recommandation de la SFAMA concernant la gestion des risques.

Art. 14 Contrôle des risques

L'art. 14 reprend la réglementation de l'art. 70 OPC-FINMA, complétée par une disposition destinée aux gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance.

Al. 2

L'al. 2 est complété par une lettre c qui inclut les valeurs patrimoniales gérées par des institutions de prévoyance.

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

En plus des fonds propres qui représentent $\frac{1}{4}$ des coûts fixes annuels, les gestionnaires de fortune collective doivent détenir des fonds propres de 0.01 % de la fortune globale des fortunes collectives ou, à la place de 0.01 % de fonds propres supplémentaires, souscrire une assurance responsabilité civile professionnelle afin de couvrir les cas de responsabilité éventuels résultant de l'activité autorisée (cf. art. 44 al. 1 et 2 OEFin). L'art. 44 al. 3 OEFin oblige la FINMA à régler les modalités de l'assurance responsabilité civile professionnelle, en particulier la durée, le délai de résiliation, le montant de la couverture, les risques de responsabilité civile professionnelle à couvrir et les obligations de communication.

Art. 15 Exigences

Al. 1 et 2

Il s'agit d'une reprise partielle de la réglementation de l'art. 75 al. 1 à 3 OPC-FINMA avec des adaptations à la terminologie de la LEFin. Une prolongation de la couverture d'assurance est à présent introduite pour les polices avec principe dit de la réclamation ou principe de la survenance du dommage. En cas de changement de l'entreprise d'assurance, il n'y a pas de prolongation de la couverture d'assurance, si la nouvelle entreprise d'assurance assume le risque antérieur pour qu'il n'y ait pas de lacune temporelle de couverture.

Sur la base de différents avis transmis lors de la consultation préalable, une augmentation pour une créance individuelle et pour toutes les créances est en outre opérée en comparaison avec l'art. 75 al. 2 et 3 OPC-FINMA pour garantir une couverture d'assurance suffisante dans la pratique. Il est de la responsabilité du gestionnaire de fortune collective de respecter la somme d'assurance prescrite.

Si un gestionnaire de fortune collective gère des valeurs patrimoniales de placements collectifs de capitaux et d'institutions de prévoyance, toutes les valeurs patrimoniales doivent être prises en compte pour la couverture d'assurance selon l'al. 2.

Al. 3

Pour que la couverture d'assurance n'ait pas à être recalculée en permanence à cause des fluctuations du montant de la fortune globale sous gestion, elle doit être calculée 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.

Al. 4

La réglementation de l'art. 75 al. 4 OPC-FINMA est reprise dans l'OEFin-FINMA.

Art. 16 Communication des résiliations et des modifications

Le gestionnaire de fortune collective doit immédiatement informer la FINMA d'une modification ou d'une résiliation éventuelle de l'assurance responsabilité civile professionnelle.

Art. 17 Risques de responsabilité civile professionnelle

Al. 1

La réglementation de l'art. 76 al. 1 OPC-FINMA est reprise et concrétise la couverture par l'assurance responsabilité civile professionnelle de dommages patrimoniaux causés par le gestionnaire de fortune collective à la suite d'une négligence ou d'une négligence grave dans l'exercice des activités usuelles à sa profession. Cette réglementation exclut la possibilité de réduire la prestation en cas de faute grave telle que prévue à l'art. 14 al. 2 LCA. L'assurance responsabilité civile professionnelle sert de substitut aux fonds propres. La couverture d'assurance doit donc être intégralement garantie, même en cas de faute grave.

Al. 2

Les risques en matière de responsabilité civile professionnelle les plus fréquents sont les dommages patrimoniaux résultant d'une erreur de placement et de violations de leurs obligations par des collaborateurs ou d'autres personnes de confiance (préjudices de confiance) du gestionnaire de fortune collective ; ils doivent impérativement être couverts par l'assurance responsabilité civile professionnelle et sont explicitement cités à l'al. 2. Par personnes de confiance on entend notamment, en dehors des collaborateurs du gestionnaire de fortune collective, le personnel tiers, les fiduciaires ou les conseillers. Il est renoncé à l'énumération des autres risques en matière de responsabilité civile professionnelle selon l'art. 76 al. 2 let. a à f OPC-FINMA, dans la perspective d'une réglementation différenciée, axée sur les risques. Le modèle d'affaires d'un assujetti peut cependant nécessiter également la couverture de risques supplémentaires.

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

Al. 1

Les art. 67 ss OPC-FINMA comportent actuellement des principes concernant la gestion des risques pour les directions de fonds, les SICAV et les

gestionnaires de placements collectifs qui ont fait leurs preuves dans la pratique. Ces principes de l'OPC-FINMA sont repris dans l'OEFin-FINMA. Étant donné que les principes applicables aux directions de fonds s'appliquent aussi par analogie aux gestionnaires de fortune collective, nous renvoyons ici aux réglementations correspondantes pour les gestionnaires de fortune collective.

Al. 2

L'al. 2 prévoit que la direction de fonds peut tenir compte des mesures déjà prises par le gestionnaire de fortune collective dans le cadre de sa gestion des risques. Dans la perspective d'une approche fondée sur les risques, il n'est pas nécessaire que la direction de fonds n'applique elle-même de nouveau les mesures déjà appliquées par le gestionnaire de fortune collective pour garantir une gestion des risques appropriée concernant les risques de placement. En revanche, le gestionnaire de fortune collective ne peut lui pas uniquement se reposer sur les mesures de la direction de fonds et doit, en complément, procéder à ses propres évaluations et prendre ses propres mesures pour l'évaluation des risques de placement.

5.2.4 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. 19 Répartition entre audit des comptes annuels et audit prudentiel

Cet article reprend la réglementation de l'art. 110 al. 1 OPC-FINMA pour les directions de fonds et les gestionnaires de fortune collective. Il est renoncé à un audit annuel impératif, au sens d'une approche différenciée et proportionnelle et en conformité avec la possibilité d'un intervalle de plusieurs années entre les audits prévue à l'art. 63 al. 2 LEFin.

Art. 20 Révision des comptes annuels

Cet article reprend la réglementation de l'art. 111 al. 2 OPC-FINMA concernant l'audit des comptes annuels des directions de fonds et des gestionnaires de fortune collective. Celui-ci doit toujours être réalisé chaque année, car l'art. 63 al. 2 LEFin ne prévoit un intervalle de plusieurs années entre les audits que pour l'audit prudentiel. L'audit des comptes annuels se fonde sur les art. 728 à 731a CO, une révision ordinaire devant toujours être réalisée selon l'art. 63 al. 1 let. b LEFin.

Art. 21 Audit prudentiel

Cet article reprend les dispositions de l'art. 112 al. 1 et 4 OPC-FINMA, car les directions de fonds et les gestionnaires de fortune collective sont désormais réglementés dans la LEFin. Il dispose que les placements collectifs gé-

rés doivent toujours être pris en compte dans le cadre de l'audit prudentiel des directions de fonds et des gestionnaires de fortune collective.

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

Al. 1

Compte tenu du transfert des directions de fonds et des gestionnaires de fortune collective, les dispositions correspondantes de l'art. 113 OPC-FINMA sur les rapports d'audit sont reprises dans l'OEFin-FINMA en adaptant le renvoi à la LEFin. La let. c n'est pas reprise, car elle concerne exclusivement les placements collectifs de capitaux qui sont toujours réglés dans l'OPC-FINMA. Par conséquent, l'art. 113 OPC-FINMA statue toujours l'obligation d'établir un rapport abrégé portant sur l'audit des placements collectifs. La société d'audit établit les rapports d'audit selon les prescriptions de la FINMA. Étant donné que l'art. 63 al. 2 LEFin prévoit en outre la possibilité d'un intervalle de plusieurs années entre les audits, il est possible de renvoyer à la pratique administrative de la FINMA selon la Circ.-FINMA 13/3, au lieu du délai de six mois suivant le bouclage de l'exercice comptable.

Al. 2

L'al. 2 reprend la réglementation en vigueur selon laquelle les rapports d'audit de la direction de fonds doivent également englober les fonds de placement qu'elle administre. Il est renoncé à un rapport trimestriel supplémentaire, compte tenu de la possibilité évoquée d'un intervalle de plusieurs années entre les audits et au sens d'une approche proportionnelle.

Al. 3

Les rapports d'audit sur les directions de fonds et les gestionnaires de fortune collective doivent être portés à la connaissance de l'organe responsable de la haute direction, de la surveillance et du contrôle. Les rapports d'audit doivent être discutés lors d'une réunion de cet organe et le traitement doit être consigné dans un procès-verbal.

Al. 4

Compte tenu du transfert des directions de fonds et des gestionnaires de fortune collective dans la LEFin, les dispositions correspondantes de l'art. 115 OPC-FINMA sur les rapports d'audit sont reprises dans l'OEFin-FINMA. Les al. 2 et 3 OPC-FINMA concernent les rapports abrégés des produits et ne sont donc pas transférés dans l'OEFin-FINMA.

5.2.5 **Justificatif des fonds propres des maisons de titres qui n'administrent pas elles-mêmes de compte (art. 23 OEFin-FINMA)**

Art. 23

Les maisons de titres qui n'administrent pas de compte ne sont pas tenues de respecter les dispositions de l'OFR, mais sont soumises à des exigences de fonds propres simplifiées selon l'art. 63 OEFIN. Afin de surveiller le respect de ces exigences de fonds propres, la FINMA a besoin que les maisons de titres qui n'administrent pas de compte lui remettent un justificatif des fonds propres (fortement simplifié) au même rythme que les maisons de titres qui administrent des comptes et les banques. Le justificatif fortement simplifié garantit une mise en œuvre proportionnelle pour ces établissements.

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

Art. 24

Al. 1

Ces dernières années, la FINMA a développé les possibilités dans le domaine de la communication électronique et mis au point une nouvelle plate-forme électronique (EHP) qui permet de saisir directement en ligne les requêtes tout comme les communications et les enquêtes et de les transmettre à la FINMA par voie électronique. L'objectif de la FINMA consiste à transférer progressivement l'intégralité des communications dans le domaine de l'autorisation et de la surveillance sur cette plate-forme. Le législateur a par conséquent créé une base à l'art. 11 OEFin permettant à la FINMA de régler les modalités de transmission des demandes d'autorisation des établissements financiers et les documents correspondants ainsi que les communications de modifications selon l'art. 8 LEFin et les documents afférents. Cela doit notamment permettre une standardisation et automatisation correspondantes dans le domaine des gestionnaires de fortune et *trustees*, où l'on attend jusqu'à 2 500 demandes. L'art. 24 OEFin-FINMA dispose par conséquent que les demandes d'autorisation, y compris les modifications d'autorisation ainsi que les communications doivent en principe être remises par voie électronique avec les modèles correspondants que la FINMA met à disposition sur sa plate-forme électronique. Les représentants mandatés par des établissements (par ex. avocats) peuvent également agir comme responsable des autorisations (BVA).

Al. 2

L'al. 2 donne la possibilité à la FINMA de toujours prévoir la voie postale dans certains cas, ou de l'autoriser sur demande. Ainsi, un autre type

d'envoi est toujours possible dans des cas exceptionnels, où une normalisation électronique n'est éventuellement pas pertinente ou n'a pas encore été mise en œuvre techniquement.

5.2.7 Dispositions finales (art. 25 à 27 OEFin-FINMA)

Art. 25

Les adaptations nécessaires des autres ordonnances de la FINMA (cf. ch. 3 ci-dessus) sont mentionnées sous « modifications d'autres actes » dans l'annexe à l'OEFin-FINMA.

Art. 26

Afin d'octroyer aux gestionnaires de fortune collective et directions de fonds déjà autorisés le temps nécessaire, notamment pour l'adaptation de leurs assurances responsabilité civile professionnelle et de leur gestion des risques aux exigences de la nouvelle ordonnance, un délai transitoire d'une année à partir de l'entrée en vigueur de l'ordonnance leur est accordé. Les dispositions transitoires de la LEFin s'appliquent aux gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance. Un délai transitoire d'un an est également accordé aux gestionnaires de fortune et aux *trustees* pour que les établissements qui avaient été autorisés avant l'entrée en vigueur de l'OEFin-FINMA aient suffisamment de temps pour conclure une assurance responsabilité civile professionnelle selon les prescriptions de la version finale de l'OEFin-FINMA. Le délai transitoire de l'art. 74 al. 2 et 3 LEFin demeure donc inchangé.

Art. 27

La FINMA prévoit une entrée en vigueur de l'ordonnance au 1^{er} janvier 2021.

6 Commentaires sur l'ordonnance de la FINMA sur les placements collectifs de capitaux

6.1 Remarques préliminaires

Les directions de fonds et les gestionnaires de placements collectifs sont transférés de la LPCC dans la LEFin, avec l'entrée en vigueur de la LEFin. Les dispositions de l'OPC-FINMA concernant ces établissements sont par conséquent abrogées et intégrées dans l'OEFin-FINMA. Parallèlement à ces corrections, des adaptations ponctuelles des contenus aux nouvelles circonstances sont également opérées et une partie de la pratique codifiée par la circulaire FINMA 2013/9 « Distribution de placements collectifs » est inscrite de façon générale et abstraite dans l'ordonnance, dans le domaine des

obligations du représentant de placements collectifs de capitaux étrangers. La Circ.-FINMA 13/9 citée est abrogée (cf. ch. 17.4 ci-dessous).

6.2 Commentaire des dispositions

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

L'art. 15 OEFin contient désormais les principes essentiels énoncés à l'art. 66 OPC-FINMA concernant les directions de fonds et les gestionnaires de placements collectifs pour la délégation de tâches. L'art. 12b OPCC contient désormais les principes correspondants pour les SICAV et les représentants de placements collectifs étrangers. L'art. 66 OPC-FINMA en vigueur peut donc être abrogé.

L'art. 128a al. 2 OPCC confère à la FINMA la compétence de régler les modalités concernant l'organisation et les obligations du représentant de placements collectifs étrangers. C'est la raison pour laquelle le chapitre 1 « Exigences organisationnelles en cas de délégation de tâches » est renommé « Obligations pour le représentant de placements collectifs étrangers ». Deux nouveaux articles 66 et 66a sont par ailleurs créés afin de codifier, sur la base de principes, au niveau de l'ordonnance, la pratique de surveillance exposée dans la Circ.-FINMA 13/9. La Circ.-FINMA 13/9 citée est abrogée.

Art. 66 Obligations de publication

Le nouvel art. 66 se fonde sur la pratique énoncée au Cm 33 Circ.-FINMA 13/9 « Distribution de placements collectifs de capitaux » qui sera abrogée.

Al. 1

Les prix d'émission et de rachat des parts des placements collectifs étrangers doivent être publiés conjointement avec la valeur d'inventaire et la mention « commissions non comprises ». Le représentant de placements collectifs de capitaux étrangers garantit que les informations mentionnées à l'al. 1 sont publiées dans les organes de publication mentionnés dans le prospectus.

Al. 2

Pour les placements collectifs (y compris les fonds immobiliers) dont le droit au rachat en tout temps a été restreint au sens de l'art. 109 al. 3 OPCC, les publications visées à l'al. 1 doivent être effectuées au moins une fois par mois. Les semaines et les jours durant lesquels les publications sont effectuées doivent être indiqués dans le prospectus.

Al. 3

L'al. 3 permettra dorénavant un allègement dans le cadre des obligations de publication, puisqu'il ne sera plus nécessaire de publier un récapitulatif de toutes les modifications, mais seulement les modifications qui doivent également être publiées dans l'État de domicile du placement collectif étranger. La publication s'effectue dans la même langue dans laquelle est rédigé le prospectus autorisé pour l'offre à des investisseurs non qualifiés en Suisse. Grâce à ce gain d'efficacité déterminant pour le représentant, il lui est également possible de procéder à la publication simultanément avec la publication à l'étranger. L'écart d'information entre les investisseurs de l'État de domicile du placement collectif étranger et les investisseurs suisses peut ainsi être considérablement réduit en termes d'étendue et de date de l'information. Dans des cas exceptionnels, la communication peut avoir lieu en Suisse avec un retard de quelques jours par rapport au pays d'origine, si une publication simultanée n'est pas possible sur le plan opérationnel et pour des raisons vérifiables. La pratique jusqu'ici en vigueur continue de s'appliquer, laquelle prévoit que 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.

Art. 66a Obligations d'annoncer

Al. 1

L'art. 66a al. 1 reprend les principales obligations d'informer et d'annoncer, telles qu'elles étaient jusqu'à présent réglées aux Cm 38 à 49 Circ.-FINMA 13/9. L'obligation d'annoncer jusqu'ici en vigueur concernant la présentation de l'offre est reprise dans l'OPCC-FINMA. Concernant le non-lancement de placements collectifs de capitaux, la pratique jusqu'ici en vigueur prévoit la possibilité de prolonger le délai pour proposer une offre à des investisseurs non qualifiés en Suisse. La pratique concernant le représentant selon les Cm 43 à 47 est déjà répliquée dans le cadre des conditions d'autorisation de l'art. 13 LPCC ainsi que de la modification des circonstances selon l'art. 16 LPCC sur lesquelles se fonde l'autorisation. La communication avec la FINMA se déroule toujours dans l'une des langues officielles.

La let. c précise que la FINMA doit être immédiatement informée si la société de gestion de fortune a décidé d'appliquer une clause de *gating*. Cette possibilité qui peut être considérée comme une mesure visant à garantir la liquidité concerne les droits des investisseurs de manière tout aussi déterminante qu'un report du remboursement des parts, dont la FINMA doit déjà être immédiatement informée selon la réglementation en vigueur. Cette précision est en outre apportée par analogie avec le nouvel art. 110 al. 2 OPCC, selon lequel la FINMA doit également être immédiatement informée de l'utilisation de *gates* dans les placements collectifs de droit suisse.

Al. 2

En termes de contenu, l'al. 2 ne constitue pas non plus une nouveauté. Il retient juste l'information préalable à la FINMA en cas de changement du service de paiement ou de représentant, pour que la FINMA puisse procéder à l'approbation pour mettre un terme au mandat du service de paiement et du représentant, conformément à l'art. 120 al. 2^{bis} LPCC. Cette disposition réplique la pratique actuelle selon les Cm 48 et 50 Circ.-FINMA 13/9.

Art. 66b Communication des résiliations et des modifications de l'assurance responsabilité civile professionnelle

Sur la base de l'art. 15 OPCC en relation avec l'art. 16 LPCC et l'art. 132 OPCC, les représentants de placements collectifs de capitaux étrangers doivent annoncer tout changement des « garanties financières » desquelles relève au sens large l'assurance responsabilité civile professionnelle. Avec l'art. 66b, cette obligation, analogue à celle des établissements LÉFin, est intégrée à l'OPCC-FINMA pour l'assurance responsabilité civile professionnelle.

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

Les actuels art. 67 à 71 OPC-FINMA concernant la gestion des risques et le contrôle des risques seront supprimés, car ces dispositions pour les directions de fonds et les gestionnaires de placements collectifs seront transférées dans l'OEFin-FINMA. La SICAV étant cependant toujours réglementée dans la LPCC et les ordonnances d'exécution correspondantes, il est désormais renvoyé aux prescriptions correspondantes de l'OEFin-FINMA (art. 8 à 14) pour la SICAV (cf. le nouvel art. 67 OPC-FINMA).

Art. 72

La réglementation relative à la direction de fonds est supprimée (désormais réglée dans l'OEFin-FINMA) et l'al. 2 est abrogé, car le principe de l'emploi du personnel technique qualifié suffisant découle déjà de l'art. 12 al. 4 OPCC.

Art. 73 à 76 Approche de minimis et assurance responsabilité civile professionnelle

Le chapitre 4 relatif au calcul de *minimis* et à l'assurance responsabilité civile professionnelle est désormais réglé dans l'OEFin-FINMA.

Art. 86 Fonds immobiliers

L'art. 86 précise dans le sens d'une clarification que les terrains constructibles doivent également être évalués à leur valeur vénale en plus des im-

meubles en construction. Il règne actuellement des incertitudes sur le marché ce qui conduit parfois dans la pratique à une évaluation des terrains constructibles sur la base des frais effectivement générés. Cette précision instaure une sécurité juridique et crée une réglementation facile à utiliser pour les fonds immobiliers.

Art. 107 Prospectus simplifié pour fonds immobiliers

La disposition a été reprise par l'art. 81 OEFin et peut donc être abrogée.

6.2.2 Audit et rapports d'audit (art. 110 à 112 et 114 OPC-FINMA)

Art. 110 Répartition en audit des comptes annuels, audit prudentiel et étendue des audits

Al. 1

Les audits sont toujours subdivisés en audit des comptes annuels et audit prudentiel. Comme il n'y a plus systématiquement un audit prudentiel chaque année depuis 2019, la mention de la périodicité annuelle doit être biffée ici.

Al. 2

L'al. 2 de l'art. 110 doit par ailleurs être abrogé, parce qu'il n'y a plus depuis 2019 d'obligation d'effectuer un audit intermédiaire des établissements au sens de la LPCC et que l'art. 63 al. 3 LEFin ne l'exige pas non plus.

Art. 111 Révision des comptes annuels

Al. 1^{bis}

L'art. 111 se voit complété par le nouvel al. 1^{bis} qui distingue l'audit au niveau des placements collectifs de capitaux de l'audit prudentiel au niveau de la direction de fonds.

Al. 2

La révision des comptes annuels pour les directions de fonds et les gestionnaires de fortune étant désormais réglée à l'art. 63 al. 2 let. b LEFin, l'al. 2 en vigueur est limité aux établissements qui relèvent encore de la LPCC.

Art. 112 Audit prudentiel

Al. 1

Les prescriptions relatives à l'audit prudentiel pour les directions de fonds et les gestionnaires de placements collectifs sont désormais réglées dans la LFin, raison pour laquelle les al. 1 et 4 de l'art. 112 OPC-FINMA pour ces deux types d'établissements sont désormais transférés dans un article de l'OEFin-FINMA. La disposition doit cependant rester applicable aux établissements réglementés par la LPCC. Étant donné que l'autorisation comme distributeur est également supprimée avec l'entrée en vigueur de la LFin/LÉFin, les renvois à l'art. 13 LPCC doivent être adaptés en conséquence.

Al. 3

L'al. 3 est adapté à la LFin – la feuille d'information de base va remplacer les informations clés destinées aux investisseurs. Dans le sens d'une clarification, il est en outre précisé que l'audit prudentiel concerne les placements collectifs.

Art. 114 Rapport d'audit prudentiel

Al. 1

En raison de la possibilité de réduire la cadence d'audit, l'exigence d'une remise annuelle du rapport est caduque. Concernant le rapport et le délai de remise, il est possible de renvoyer aux prescriptions de la FINMA dans la Circ.-FINMA 13/3.

Al. 2

En raison de la possibilité de réduire la cadence d'audit (cf. ci-dessus à propos de l'al. 1), il est désormais renoncé au rapport trimestriel supplémentaire.

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

Art. 116a

Par analogie avec l'art. 11 OEFin, l'art. 142 OPCC autorise la FINMA à régler la forme de l'envoi pour les cas LPCC. L'art. 116a OPC-FINMA prévoit quant à lui un envoi électronique pour les cas cités à l'art. 142 al. 1 OPCC, par analogie avec l'art. 24 OEFin-FINMA.

6.2.4 **Annexe III Structure minimale du compte de fortune, du bilan et du compte de résultat des fonds immobiliers**

Annexe III

Ch. 3.6.9 à 3.6.11

Pour des raisons de transparence, le rendement du capital investi est désormais intégré en tant qu'indicateur normalisé sous la forme d'un ajout dans l'annexe relative à la structure minimale du compte de fortune, du bilan et du compte de résultat des fonds immobiliers. L'adaptation ne constitue pas une nouveauté dans le sens où elle se contente de reprendre le Cm 74a de la directive SFAMA pour les fonds immobiliers dans sa version du 13 septembre 2016 qui s'applique déjà aujourd'hui.

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

7.1 Remarques préliminaires

Avec le transfert de la direction de fonds et des gestionnaires de placements collectifs, la FINMA perd également la compétence en matière de faillite concernant les gestionnaires de fortune collective désormais réglementés dans la LEFin. La FINMA ne conserve la compétence en matière de faillite que pour la direction de fonds et les établissements au sens de la LPCC restants (SICAV, SICAF et SCmPC).

7.2 Commentaire des dispositions

7.2.1 **Dispositions générales (art. 2 OFPC-FINMA)**

Art. 2 Champ d'application

L'OFPC-FINMA se fonde sur les art. 137 à 138c LPCC. Ils sont adaptés dans le cadre de la LEFin. L'art. 137 al. 1 LPCC ne prévoit plus la compétence en matière de faillite de la FINMA que pour les SICAV, SICAF et SCmPC. L'art. 67 al. 1 LEFin déclare à présent que 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 et aux maisons de titres. D'une part, il n'existe plus ainsi pour les autres établissements au sens de la LEFin, notamment pour les gestionnaires de fortune collective, de compétence de la FINMA en matière de faillite. D'autre part, les dispositions correspondantes de la LB sur les mesures en cas de danger d'insolvabilité ou de faillite bancaire, y compris les ordonnances d'exécution déterminantes

(notamment l'OIB-FINMA) s'appliquent désormais de façon analogue aux directions de fonds. Des dispositions spéciales adaptées aux directions de fonds (comme précédemment les art. 22 « Distraction en cas de faillite d'une direction de fonds », 34 « Réalisation en cas de faillite d'une direction de fonds » et 41 « Distribution en cas de faillite d'une direction de fonds » OFPC-FINMA) restent cependant nécessaires. Pour cette raison, l'OIB-FINMA a été adaptée en conséquence là où les concrétisations jusqu'ici en vigueur ne découlaient pas directement de la LFin.

7.2.2 Actifs de la faillite (art. 22 OFPC-FINMA)

Art. 22 Distraction en cas de faillite d'une direction de fonds

L'art. 22 qui règle la distraction en cas de faillite d'une direction de fonds est abrogé. L'exigence posée par cette disposition selon laquelle les avoirs et les droits d'un fonds de placement sont distraits selon l'art. 35 LPCC et la réglementation selon laquelle les créances de la direction de fonds selon l'art. 33 LPCC sont réservées ressortent directement des art. 40 et 38 LFin.

7.2.3 Réalisation (art. 34 OFPC-FINMA)

Art. 34 Réalisation en cas de faillite d'une direction de fonds

L'art. 34 est abrogé et transféré sans changement dans l'OIB-FINMA (art. 20a).

7.2.4 Distribution et clôture (art. 40 et 41 OFPC-FINMA)

Art. 40 Distribution

Al. 2

L'al. 2 est désormais directement réglé à l'art. 138b al. 1 LPCC et peut donc être abrogé.

Art. 41 Distribution en cas de faillite d'une direction de fonds

La direction de fonds relève désormais du domaine d'application de l'OIB-FINMA (art. 2 al. 1 let. b OIB-FINMA ainsi que section 8). Par conséquent, l'art. 41 est biffé. En outre, il ressort déjà des art. 40 et 38 LFin que la fortune du fonds doit être distraite. En conséquence, les créanciers de la direction de fonds ne peuvent pas être désintéressés sur la fortune des fonds de placement.

8 Commentaires sur l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire

8.1 Remarques préalables

Dans l'ensemble du texte, « négociant en valeurs mobilières » est remplacé par « maison de titres », avec les adaptations grammaticales requises.

Sur la base de l'art. 67 al. 1 LEFin, la procédure d'assainissement et de faillite applicable aux directions de fonds est désormais concrétisée de manière uniforme, et ce, exclusivement dans l'OIB-FINMA. Pour cette raison, différentes adaptations ont été apportées dans l'OIB-FINMA concernant les directions de fonds (cf. ci-après les explications relatives à chacun des articles).

8.2 Explications relatives à chaque article

8.2.1 Dispositions générales (art. 2 OIB-FINMA)

Art. 2

Al. 1 Phrase d'introduction et let. b

Le champ d'application de l'OIB-FINMA est élargi aux directions de fonds.

8.2.2 Actifs de la faillite (art. 16 et 20a OIB-FINMA)

Art. 16 Prise d'inventaire

Al. 3

Afin de compléter les dispositions sur la prise d'inventaire au moment de l'ouverture de la faillite, l'énoncé est complété par les fonds de placements qui doivent être distraits de la masse. En outre, il est précisé dans ce cadre conformément à l'ancien art. 22 OFPC-FINMA que l'inventaire doit indiquer les créances de la direction de fonds contre le fonds de placement qui font obstacle à une distraction.

Art. 20a Réalisation en cas de faillite d'une direction de fonds

L'art. 34 OFPC-FINMA est repris sans changement dans l'OIB-FINMA. Par conséquent, il est possible de demander, dans le cas de la faillite d'une direction de fonds, que le ou les fonds de placement correspondant(s) soi(en)t transféré(s) à une autre direction de fonds, avec tous les droits et obligations qui en découlent si cela est dans l'intérêt des investisseurs. S'il ne se trouve

aucune autre direction de fonds prête à reprendre ce ou ces fonds, il est possible de demander de procéder à la liquidation du ou des fonds de placement correspondant(s) dans le cadre de la faillite de la direction du fonds.

9 Commentaires sur l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent

9.1 Remarques préliminaires

Les adaptations de l'OBA-FINMA concernent principalement l'abrogation du statut d'IFDS décidée dans le cadre de la LEFin. Les autres adaptations concernent certaines obligations de diligence et l'abaissement du seuil pour la vérification de l'identité de clients lors de transactions en monnaies virtuelles. Une obligation de procéder à des vérifications concernant le preneur d'assurance et le payeur de primes effectif dans les assurances vie avec tenue de compte ou de dépôt séparée (*insurance wrapper*) est en outre introduite pour les gestionnaires de fortune¹⁰. D'autres adaptations formelles sont en outre effectuées.

Les adaptations se fondent d'une part sur la reprise de la LSFIn/LEFin (suppression du statut d'IFDS / obligations de diligence pour les intermédiaires financiers et vérifications concernant le preneur d'assurance en cas d'*insurance wrappers*). D'autre part, l'adaptation concernant le seuil pour les monnaies virtuelles ne s'appuie pas directement sur la LSFIn/LEFin, mais intervient dans l'optique de la situation en matière de risques et de la reprise des prescriptions internationales.

9.2 Commentaire des dispositions

9.2.1 Abrogation du statut d'IFDS

Jusqu'à présent, les intermédiaires financiers du secteur parabancaire devaient s'affilier à un OAR ou demander une autorisation d'exercer leur activité à la FINMA (intermédiaires financiers directement soumis, IFDS). Avec l'entrée en vigueur de la LEFin, l'obligation d'autorisation pour les IFDS qui ne sont désormais pas autorisés comme gestionnaires de fortune ou *trustees* selon l'art. 5 al. 1 LEFin et surveillés par la FINMA est remplacée par une obligation d'affiliation à un OAR. Le statut d'IFDS est abrogé.

La surveillance du respect des obligations de diligence selon la loi sur le blanchiment d'argent incombe à la FINMA pour les intermédiaires financiers

¹⁰ La teneur des dernières obligations citées correspond à celle pour les banques et négociants en valeurs mobilières selon l'art. 42 CDB 16.

selon l'art. 2 al. 2 let. a à d^{ter} LBA (art. 12 let. a LBA). La surveillance courante des gestionnaires de fortune et *trustees* selon l'art. 17 LEFin est exercée par un ou plusieurs organismes de surveillance. Aussi, le titre 5 de l'OBA-FINMA règle désormais les obligations de diligence des intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA, au lieu des obligations de diligence des IFDS. La teneur des obligations de diligence à respecter correspond aux obligations précédentes pour les IFDS. La FINMA poursuit ainsi une réglementation proportionnelle qui se réfère à des réglementations déjà connues du marché.

L'adaptation avec laquelle les dispositions relatives aux IFDS dans l'OBA-FINMA sont transférées dans les obligations de diligence pour les intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA nécessite une série d'abrogations et d'adaptations terminologiques. Le terme « IFDS » est remplacé par « intermédiaire financier selon l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA » ou « intermédiaire financier ». La liste existante des intermédiaires financiers définie à l'art. 58 OBA-FINMA a été complétée par la mention des « intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 let. a à d^{ter} LBA ».

Les dispositions suivantes ont été abrogées :

- Art. 3 al. 1 let. b OBA-FINMA : abrogation du statut d'IFDS.
- Art. 4 OBA-FINMA : les sociétés de groupe suisses sont désormais réglementées à l'art. 26a LBA.
- Art. 54 OBA-FINMA : le titre 5 de l'OBA-FINMA, compte tenu de son nouveau champ d'application, ne peut plus s'appliquer aux sociétés d'investissement cotées en bourse.
- Art. 76 OBA-FINMA : les établissements concernés sont désormais soumis à une surveillance prudentielle et sont tenus d'édicter des directives internes sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, dans le cadre de leur dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent. C'est pourquoi l'exception correspondante est supprimée. Avec l'entrée en vigueur de la LEFin, l'ordonnance n'est plus applicable qu'aux assujettis soumis à une surveillance prudentielle. Des dispositions analogues déjà en vigueur 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.

La terminologie de la LEFin a également été reprise pour les gestionnaires de fortune collective (précédemment « gestionnaires de placements collectifs »), les maisons de titres (précédemment « négociants en valeurs mobilières ») et l'introduction des OS a été reprise.

9.2.2 Succursales et sociétés de groupe à l'étranger (art. 5)

L'art. 5 n'est pas adapté. Dans le sens d'une clarification, la disposition se réfère aux sociétés de groupe et aux succursales à l'al. 1, mais aux filiales et succursales à l'al. 2. Il faut donc préciser en ce qui concerne l'al. 1 que les sociétés mères ou sœurs ne sont pas sous-entendues dans la notion de « sociétés de groupe », 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.

9.2.3 Renonciation au respect des obligations de diligence (art. 11 OBA-FINMA)

L'exception concernant le respect des obligations de diligence en matière de leasing financier figurait jusqu'à présent à l'art. 11 al. 1 let. d OBA-FINMA. Comme il ne s'agit pas d'un cas de trafic des paiements sans numéraire (cf. art. 11 al. 1 OBA-FINMA), la disposition a été transférée dans un nouvel al. 4^{bis} pour des raisons liées à la systématique. Aucun changement matériel n'en découle.

9.2.4 Obligations de diligence dans le domaine du crédit à la consommation (art. 12 al. 4 OBA-FINMA)

Le crédit à la consommation est une activité de masse classique, qui s'effectue principalement par correspondance et qui est sensible aux coûts. L'art. 28 LCC prescrit un examen de la capacité de contracter un crédit, dans le cadre duquel le prêteur exige une série de documents (par ex. informations sur les poursuites, attestations de salaire), desquels ressort l'identité de l'emprunteur. Si le prêteur doute de l'exactitude des informations fournies par le l'emprunteur, il en vérifie la véracité au moyen de documents officiels ou privés (art. 31 al. 3 LCC).

L'art. 12 al. 4 OBA-FINMA simplifie les obligations de diligence en cas d'octroi de crédits à la consommation, puisqu'il n'est pas nécessaire, pour les relations d'affaires ouvertes par voie de correspondance, d'obtenir d'attestation d'authenticité pour les copies des documents d'identification. Cette disposition ne s'applique que si le paiement ou le montant du crédit est versé sur un compte existant de l'emprunteur ou sous la forme d'un découvert bancaire sur un tel compte ou, dans le cas d'une cession, transféré directement à un vendeur de marchandises sur la base d'un ordre de paiement transmis par l'emprunteur. Cette disposition fixe une pratique de longue date de la FINMA dans l'OBA-FINMA.

9.2.5 Informations requises (art. 44 al. 4 et 5)

Les al. 4 et 5 de l'art. 44 sont complétés de 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.

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

Les monnaies virtuelles présentent un risque accru de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme¹¹. Si aucun *wallet* géré par une entreprise spécialisée (*custodian*)¹² n'est utilisé pour les crypto-monnaies, « *il devient pratiquement impossible [...] d'associer une personne physique aux transactions qu'elle ordonne* »¹³. En termes d'anonymat, les risques dans ce cas de figure sont comparables à ceux de l'argent liquide. Le danger accru que représentent les crypto-monnaies s'explique en outre par la rapidité et la mobilité des transactions qu'offre la technologie sur laquelle elles reposent. « *Contrairement à l'argent liquide, les crypto-monnaies permettent le déplacement de sommes importantes d'un compte électronique à l'autre en quelques secondes sans que l'on sache qui effectue de telles transactions. Les montants impliqués peuvent ainsi être mis presque immédiatement à disposition d'utilisateurs anonymes disséminés aux quatre coins du globe.* »¹⁴

Le seuil actuel de 5 000 francs pour les opérations de change rend relativement simple le *smurfing*, à savoir la subdivision d'un montant de transaction élevé en une multitude de transferts plus modestes inférieurs au seuil. Un abaissement du seuil ne rendrait certes pas un tel *smurfing* impossible mais il le compliquerait considérablement. L'art. 3 al. 1 LBA oblige l'intermédiaire financier à vérifier l'identité du cocontractant sur la base d'une pièce justificative, lors de l'établissement de relations d'affaires. L'intermédiaire qui effectue une opération de caisse n'est tenu de vérifier l'identité du cocontractant que si une transaction ou plusieurs transactions paraissant liées entre elles atteignent une « somme importante »¹⁵. La FINMA et les organismes d'autorégulation (OAR) définissent ce qu'est une « somme importante » et adaptent ces valeurs si nécessaire¹⁶. En 1996, le message relatif à la LBA se prononçait déjà en faveur d'une analyse axée sur les risques : « *Selon le secteur d'activité et le type de transaction envisagés, la question de la*

¹¹ Cf. rapport du GCBF, National Risk Assessment : « Le risque de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme par les crypto-assets et le crowdfunding », octobre 2018 (notamment p. 22).

¹² Egalement appelé *virtual asset service provider* (VASP) ou *host*.

¹³ GCBF, p. 21

¹⁴ GCBF, p. 22

¹⁵ Art. 3 al. 2 LBA. Lorsqu'il existe des indices de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, l'identité du cocontractant doit être vérifiée même si les sommes déterminantes ne sont pas atteintes (al. 4).

¹⁶ Art. 3 al. 5 LBA

somme importante à partir de laquelle une transaction tombe sous le coup de la loi connaîtra différentes réponses. En effet, étant donné la variété des activités des intermédiaires financiers, il est impossible de fixer aux divers groupes d'intermédiaires des seuils identiques, à partir desquels il leur faudrait tirer au clair les tenants et aboutissants d'une transaction. »¹⁷. Selon l'interprétation de la FINMA, la notion de « somme importante » doit donc (aussi) être évaluée en fonction des risques inhérents au type de transaction concret.

Compte tenu de cette situation à risque, un seuil moins élevé pour la vérification de l'identité des clients lors de transactions avec des monnaies virtuelles se justifie par rapport à des transactions au comptant. Le nouvel art. 51a OBA-FINMA (Opérations avec des monnaies virtuelles) le met en œuvre : les intermédiaires financiers doivent vérifier l'identité du cocontractant lorsque des transactions en monnaies virtuelles atteignent ou excèdent la somme de 1 000 francs, pour autant que ces transactions ne constituent pas de transmission de fonds ou de valeurs et qu'aucune relation d'affaires durable ne soit liée à ces opérations. Dans la pratique, cela ne concernera que les opérations de change (monnaie fiduciaire en monnaie virtuelle ou inversement ou différentes monnaies virtuelles entre elles).

Dans ce contexte, le GAFI a entrepris des travaux de normalisation concernant les actifs virtuels, travaux qu'il a achevés le 21 juin 2019. Les règles publiées sur le *virtual asset service provider* (VASP) s'adressent aux prestataires dans le domaine des crypto-monnaies, par exemple les cambistes, les fournisseurs de portefeuilles (*wallet*) et les plates-formes de négociation. Elles requièrent essentiellement que les règles existantes en matière de blanchiment d'argent s'appliquent à de tels prestataires. Dans la note interprétative relative à la recommandation 15, le GAFI exige que l'identité des clients soit vérifiée à partir d'une transaction de 1 000 USD/EUR, lorsqu'il s'agit de transactions en monnaies virtuelles avec des relations clients non durables (*occasional transactions*).

L'art. 51a al. 1 OBA-FINMA définit l'obligation pour l'intermédiaire financier de vérifier l'identité du cocontractant lorsqu'une ou plusieurs transactions en monnaies virtuelles paraissant liées entre elles atteignent ou excèdent la somme de 1000 francs pour autant que ces transactions ne constituent pas de transmission de fonds ou de valeurs (dans ce cas l'obligation de vérifier l'identité se fonde sur l'art. 52 OBA-FINMA) et qu'aucune relation d'affaires durable ne soit liée à ces opérations.

¹⁷ Message du 17 juin 1996 relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchissage d'argent, LBA), FF 1996 III 1057 1079

9.2.7 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)

L'art. 65 al. 1 OBA-FINMA dispose qu'il n'est pas nécessaire pour un intermédiaire financier de demander une déclaration relative à l'ayant droit économique lorsque le cocontractant est un intermédiaire financier soumis à une autorité instituée par une loi spéciale ou une institution de prévoyance professionnelle exemptée d'impôts. L'exception vise principalement les intermédiaires financiers qui pourraient également recevoir ou détenir eux-mêmes les avoirs de la clientèle. Les gestionnaires de fortune et *trustees* selon l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA ont toutefois toujours besoin d'un intermédiaire tiers à cet effet, qui doit satisfaire à ses propres obligations en matière de prévention du blanchiment d'argent (notamment l'identification des ayants droit économiques des actifs). Si le cocontractant est une maison de titre ne gérant pas elle-même de compte conformément à l'art. 44 al. 1 let. a LEFin, il convient désormais de demander également une déclaration relative à l'ayant droit économique.

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

Étant donné que les intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA sont désormais soumis à une surveillance prudentielle, cette modification correspond à une adaptation des obligations à l'égard des autres intermédiaires financiers soumis à une surveillance prudentielle afin de garantir un *level playing field*. La nouvelle disposition de l'art. 65a OBA-FINMA oblige désormais aussi les intermédiaires financiers selon l'art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA et les personnes selon l'art. 1b LB à clarifier l'identité du preneur d'assurance et du payeur de primes effectif en cas d'assurances vie avec gestion séparée du compte ou du dépôt (*insurance wrapper*). Cette obligation ressort aussi de l'art. 4 LBA. L'art. 65 OBA-FINMA prévoit toutefois certaines exceptions à l'obligation d'identifier l'ayant droit économique. Ces exceptions au niveau de l'ordonnance sont à présent restreintes pour le cas des *insurance wrapper*. Les obligations qui en résultent 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 16). Conformément au principe de proportionnalité, la disposition de l'art. 65a OBA-FINMA s'applique aux relations d'affaires nouvellement adoptées à partir de l'octroi de l'autorisation selon l'art. 74 al. 2 LEFin (art. 78a al. 2 OBA-FINMA).

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

Le critère « qui emploie jusqu'à 20 personnes » de l'art. 75 OBA-FINMA a été aligné sur celui de l'indépendance de la gestion des risques et du contrôle interne selon l'art. 26 al. 2 OEFin pour des questions de cohérence. Le nouveau seuil est donc « taille d'entreprise de cinq postes à plein temps ou moins ou produit brut annuel inférieur à 2 millions de francs et modèle d'affaires sans risques accrus ».

Avec l'entrée en vigueur de la LEFin, l'ordonnance n'est plus applicable qu'aux assujettis soumis à une surveillance prudentielle. 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.

9.2.10 **Dispositions transitoires (art. 78a OBA-FINMA)**

Il ressort de l'art. 74 LEFin (en lien avec l'art. 25 al. 2 LBA) que le règlement sur les obligations de diligence de l'OAR s'applique jusqu'à l'obtention de la nouvelle autorisation. Cela vaut également pour les anciens IFDS qui sont rétroactivement contrôlés par l'OAR selon les dispositions transitoires de l'OBA ainsi qu'aux nouvelles entrées sur le marché. En application de l'art. 25 al. 2 LBA, les OAR sont libres de déclarer applicables d'autres obligations de diligence.

9.2.11 **Autres dispositions (art. 13 al. 5 et 39 let. c OBA-FINMA)**

D'autres adaptations formelles sont en outre effectuées dans le cadre de la révision.

- Art. 13 al. 5 OBA-FINMA : pour éviter tout malentendu dans la version française, le texte a de nouveau été aligné sur la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019 (« indépendamment » au lieu de « ou non »). La disposition détermine qu'une relation d'affaires doit être considérée comme une relation d'affaires comportant des risques accrus, si une personne politiquement exposée (PPE) ou des personnes qui lui sont proches agissent en qualité de cocontractant, de détenteur du contrôle, d'ayant droit économique ou de personne munie d'une procuration. La version française avec « ou non » pourrait être interprétée dans le sens qu'une relation d'affaires doit être qualifiée de relation d'affaires comportant des risques accrus si une PPE assume l'un de ces rôles ou justement *non*. Dans la version allemande, italienne, et dans l'ancienne version française, il est toutefois clair que la liste des quatre rôles est définitive.

- Art. 39 let. c OBA-FINMA : la disposition relative à la tenue d'un registre des personnes munies d'une procuration a été alignée sur la réglementation à l'art. 53 OBA-FINMA. Les banques et maisons de titres sont en outre également concernées par l'exception, conformément à la réglementation de l'ancienne circulaire « Registre des fondés de procuration » de l'Association suisse des banquiers du 1^{er} avril 2009. La circulaire est donc rendue obsolète par la nouvelle réglementation de l'OBA-FINMA.

10 Commentaires sur l'OIMF-FINMA

Dans l'ensemble du texte, « négociant en valeurs mobilières » est remplacé par « maison de titres », avec les adaptations grammaticales requises. Des références à la LBVM/OBVM (*abrogées au 1^{er} janvier 2020*) sont en outre remplacées par des références à la LSFIn/LEFin et complétées par d'autres adaptations de la terminologie (« offre » au lieu de « distribution » selon la LSFIn/OSFin à l'art. 18 al. 3 et 4 OIMF-FINMA). Les renvois sont en outre adaptés aux dispositions modifiées de la LPCC et désormais à la LEFin.

11 Commentaires sur la circulaire FINMA 2013/8 « Règles de conduite sur le marché »

11.1 Remarques préliminaires

La LSFIn et la LEFin nécessitent des adaptations de la pratique en matière de surveillance codifiée dans la circulaire. Le cercle des assujettis de la FINMA et donc le champ d'application de la circulaire sont notamment élargis. Les établissements nouvellement surveillés par la FINMA (gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance en tant que catégorie de gestionnaires de fortune collective, gestionnaires de fortune et *trustees*) sont couverts par le champ d'application de la circulaire. Certaines adaptations formelles de la circulaire sont en outre requises en raison de la législation révisée.

Il est renoncé à une adaptation de la pratique en matière de surveillance décrite dans la circulaire concernant les devoirs d'organisation ou à la codification d'une pratique séparée pour les nouveaux assujettis. Dans sa version actuelle, la circulaire tient déjà compte de la population hétérogène des assujettis par des aménagements proportionnels. La définition des devoirs d'organisation concrets au cas par cas diffère considérablement et dépend notamment de l'activité, de la taille et de la structure spécifiques de l'assujetti concerné ainsi que des risques qui en découlent. Une estimation du risque doit être réalisée au moins une fois par an, conformément aux

Cm 45 et 46 de la circulaire. Elle renseigne sur les risques qui ont été identifiés ainsi que sur les conséquences organisationnelles qui en découlent et à qui elles s'appliquent. Dans le sens d'une application proportionnelle et différenciée, il est également envisageable de pouvoir renoncer à certains devoirs d'organisation sur la base de l'évaluation des risques.¹⁸

11.2 Commentaire des dispositions

11.2.1 Champ d'application (Cm 4 et 6)

Avec l'entrée en vigueur de la LSFIn et de la LEFin, le cercle des assujettis de la FINMA doit être adapté. D'une part, les négociants en valeurs mobilières sont désormais nommés maisons de titres. Cette adaptation ne s'accompagne d'aucun changement matériel. D'autre part, les gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance en tant que catégorie de gestionnaires de fortune collective, les gestionnaires de fortune et les *trustees* sont désormais surveillés par la FINMA. Ces assujettis sont désormais soumis aux règles de conduite sur le marché et la pratique exposée dans la circulaire est donc pertinente pour eux.

L'obligation d'obtenir une autorisation en tant qu'intermédiaire financier directement soumis (IFDS) est supprimée. Le Cm 6 de la circulaire peut par conséquent être abrogé.

11.2.2 Manipulation du marché / *Painting the tape* (Cm 22)

Le Cm 22 était jusqu'à présent incomplet dans l'énumération et la description des comportements de manipulation du marché donnés à titre d'exemple et ne décrivait que le côté de l'acheteur. Dans le cadre de la révision, il est complété par le côté du vendeur respectivement de l'offre.

12 Commentaires sur la circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit »

12.1 Remarques préliminaires

Les adaptations de la circulaire « Activités d'audit » ne sont pas directement fondées sur la LSFIn/LEFin. Le projet est mis à profit pour reproduire encore

¹⁸ À propos de l'étendue des devoirs d'organisation selon la Circ.-FINMA 13/8, cf. notamment le rapport explicatif « Révision totale de la circulaire FINMA 2008/38 », de mars 2013, p. 14 qui peut être consulté à l'adresse suivante : www.finma.ch > Documentation > Auditions > Auditions achevées > 2013.

plus précisément la pratique existante dans la circulaire et pour procéder à certaines adaptations mineures.

12.2 Commentaire des dispositions

12.2.1 Changement de mandat - nouvelle société d'audit (Cm 10.1)

La circulaire résume la pratique actuelle, selon laquelle la nouvelle société d'audit peut fonder son évaluation des risques de contrôle sur les résultats de la précédente société en charge, en cas de changement de mandat.

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

En autorisant une approche de modèle interne, la FINMA permet à une banque d'utiliser ses propres notations de clients lors du calcul des RWA¹⁹, à condition que ceux-ci respectent les exigences du Comité de Bâle (à la place d'un modèle de notation d'une agence de notation reconnue par la FINMA). La complexité des pondérations des risques calculées par les banques elles-mêmes crée ainsi des incitations et des possibilités d'erreurs, de conflits d'intérêts potentiels, voire de manipulation. La FINMA doit donc déterminer en permanence si les conditions des autorisations octroyées pour l'utilisation d'une approche par un modèle²⁰ sont respectées. C'est généralement aussi ce qui figure dans les décisions de modèles respectives (contrôles annuels afin de confirmer le respect durable desdites conditions).

Le contrôle du respect des exigences de fonds propres des approches par un modèle et des conditions d'autorisation correspondantes fait actuellement partie du champ d'audit « Fonds propres / solvabilité : exigences de fonds propres » pour lequel seule la stratégie d'audit standard est prévue. L'application de cette stratégie d'audit est cependant insuffisante pour les approches par un modèle internes, à cause des risques décrits ci-dessus. Actuellement une intervention annuelle avec une étendue d'audit « audit » ne serait réalisée qu'en cas de risque net très élevé pour l'ensemble du champ d'audit. C'est clairement insuffisant sous l'angle du droit de la surveillance.

La FINMA détache par conséquent les audits relatifs aux approches par un modèle internes de l'actuel champ d'audit « Fonds propres / solvabilité : exi-

¹⁹ Risk weighted assets (RWA)

²⁰ Par approche par modèle, la FINMA comprend par exemple l'approche se fondant sur des notations internes (*internal rating based approach*, IRB), l'*expected potential exposure method* (méthode par modèle EPE) pour les contreparties aux risques de crédit ou l'approche par modèle pour les risques de marché (*internal model approach*, approche IMA). Une approche par modèle peut contenir plusieurs modèles.

gences de fonds propres » et crée un nouveau champ d'audit dédié²¹. Elle formule des prescriptions qui divergent de la stratégie d'audit standard pour ce nouveau champ d'audit (nouveau Cm 95), écarts comparables à ceux de Cm 87.2 à 90 pour d'autres domaines d'audit (cf. Cm 96 à 102) : dès le risque net « moyen », une couverture progressive des thèmes avec des audits annuels répartis sur quatre ans est exigée. Dans le sens d'une conception proportionnelle et différenciée, il est possible de renoncer à la couverture progressive et l'audit du modèle peut être réalisé de manière globale tous les quatre ans pour les modèles non matériels (du point de vue des actifs pondérés en fonction du risque ou de la complexité du modèle).

Les éléments du nouveau champ d'audit « Exigences de fonds propres découlant d'approches par un modèle internes autorisées par la FINMA et conditions d'autorisation pour ces approches (niveaux individuel et consolidé) » sont exclus des champs d'audit « Exigences de fonds propres » et « Surveillance consolidée – Éléments quantitatifs – Respect des dispositions sur les fonds propres ». Pour rendre plus clair la future séparation entre les deux champs d'audit pour les fonds propres (approches par modèle vs approches standard), l'ancien champ d'audit « Fonds propres / solvabilité : exigences de fonds propres » sera en outre renommé en « Fonds propres / solvabilité : exigences de fonds propres ne reposant pas sur un modèle ».

L'actuel Cm 107.1 est par ailleurs précisé. Les audits en relation avec la surveillance courante des modèles (c.-à-d. audits relatifs à l'« exploitation courante ») font partie de l'audit de base selon l'art. 3 OA-FINMA et sont décrits au Cm 87 (pour les banques des catégories 1 et 2) et le nouveau Cm 95 (pour les banques des catégories 3 à 5). Les contrôles d'audit en relation avec une (nouvelle) autorisation d'une approche par modèle ou pour des modifications du modèle ne font en revanche pas partie de cet audit de base et sont réglementés ailleurs (art. 50 al. 3, 56 al. 2 et 88 al. 1 OFR). Le Cm 107.1 précise par conséquent que la FINMA peut exiger des contrôles d'audit tant pour l'autorisation d'une approche par modèle elle-même que pour les modifications de ce modèle si un assujetti demande l'autorisation d'une approche par modèle pour le calcul des exigences en matière de fonds propres ou si un modèle est prescrit pour le calcul des exigences en matière de liquidité. Les prescriptions concernant l'étendue d'audit (Cm 33 et 34) et les principes d'audit (Cm 35 à 43) de cette circulaire s'appliquent par analogie à ces contrôles d'audit.

²¹ Plus précisément, deux nouveaux champs d'audit : un qui se réfère à l'établissement et l'autre qui se réfère au groupe (semblable au champ d'audit existant : Fonds propres / solvabilité : exigences de fonds propres »).

12.2.3 **Audit comptable (Cm 112.16)**

La pratique concernant la remise annuelle du rapport détaillé, indépendamment d'une cadence d'audit éventuellement réduite, s'applique désormais aussi à l'audit des infrastructures des marchés financiers.

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

Selon la pratique en vigueur, l'analyse des risques et la stratégie d'audit dans le domaine de la LEFin/LPCC doivent être remises dans les trois mois suivant l'attestation de force exécutoire de la décision d'autorisation. Dans le sens d'une pratique transparente et sûre en termes juridiques, celle-ci est désormais exposée dans la circulaire.

Afin de faciliter la mise en œuvre de la cadence d'audit réduite dans les banques dépositaires, le délai de remise est désormais lié à l'exercice de la banque. Le délai de remise est aligné sur celui du rapport d'audit prudentiel de la banque (quatre mois après le bouclage de l'exercice).

12.2.5 **Analyse des risques et stratégie d'audit standard pour les infrastructures des marchés financiers (annexes 16 et 17)**

Les domaines d'audit « Informatique (IT) : développement », « Informatique (IT) : exploitation », « Informatique (IT) : accès » et « Informatique (IT) : concept et gestion des risques » sont désormais regroupés dans un domaine d'audit « Informatique (IT) ». Les contrôles d'audit sont prescrits dans les points d'audit correspondants.

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

Les art. 28 LSA et 24 LFINMA couvrent non seulement les entreprises d'assurance selon l'art. 2 al. 1 let. a LSA, mais aussi les succursales d'entreprises d'assurance étrangères selon l'art. 2 al. 1 let. b LSA. Conformément à l'art. 111b OS, la FINMA édicte les dispositions d'exécution concernant la structure minimale des comptes annuels. Cette disposition s'applique depuis la révision partielle de l'OS qui est en vigueur depuis décembre 2015.

Selon l'art. 160 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP ; RS 291), le droit suisse est applicable aux succursales d'entreprises étrangères. Selon l'art. 160 LDIP, la comptabilité de la succursale ne doit pas se fonder sur le statut de la succursale principale mais sur les art. 957 ss CO. Selon l'art. 25 al. 1 LSA, l'entreprise d'assurance établit au 31 décembre de chaque année, un rapport de gestion qui se compose des comptes annuels

et du rapport annuel. L'art. 25 al. 4 LSA dispose que les entreprises d'assurance étrangères présentent un rapport de gestion distinct pour leurs activités en Suisse, ainsi qu'un rapport d'activité distinct sur le dernier exercice.

L'art. 28 LSA précise par ailleurs que l'entreprise d'assurance charge une société d'audit agréée par l'autorité fédérale de surveillance en matière de révision selon l'art. 9a al. 1 de l'ordonnance sur la surveillance de la révision (OSRev ; RS 221.302.3) de procéder à un audit conformément à l'art. 24 LFINMA. L'entreprise d'assurance doit faire auditer ses comptes annuels par une entreprise de révision soumise à la surveillance de l'État, conformément aux principes de la révision ordinaire du code des obligations.

Le nouveau chapitre dans l'annexe 19 « Indications complémentaires fournies dans le rapport sur l'audit comptable des assurances » applique désormais aussi cette modification dans la circulaire et fixe la pratique en matière de forme, de structure et d'audit des comptes annuels de succursales.

13 Commentaires sur la circulaire FINMA 2015/2 « Risque de liquidité – banques »

13.1 Remarques préliminaires

Dans le sens d'une pratique proportionnelle et différenciée, les maisons de titres sont traitées comme des petites banques dans cette circulaire.

13.2 Commentaire des dispositions (Cm 8.1)

L'affectation des maisons de titres à la catégorie des petites banques tient compte du moindre risque représenté par le modèle d'affaires et la taille des maisons de titres actives sur le marché suisse.

14 Commentaires sur la circulaire FINMA 2018/3 « Outsourcing – banques et assureurs »

14.1 Remarques préliminaires

La circulaire concrétise la pratique en matière de surveillance pour les banques, les maisons de titres et les assureurs concernant les externalisations. Déjà avant l'entrée en vigueur de la LEFin, la pratique pour les directions de fonds et les gestionnaires de placements collectifs se fondait sur

cette circulaire. Les dispositions spécifiques au niveau de la LPCC, de l'OPCC et de l'OPC-FINMA devaient en outre être respectées.

Les directions de fonds et les gestionnaires de placements collectifs ainsi que les négociants en valeurs mobilières ayant été transférés (parfois avec une nouvelle désignation²²) dans la LEFin, le *level playing field* créé en relation avec les externalisations dans les établissements financiers doit désormais également être assuré dans le cadre de la mise en œuvre. À cet effet, les directions de fonds, les SICAV et les gestionnaires de fortune collective sont désormais explicitement soumis au champ d'application de la circulaire.

La terminologie est en outre adaptée à la LEFin, les « négociants en valeurs mobilières » étant désormais qualifiés de « maisons de titres ».

Le titre de la circulaire est adapté, conformément à son champ d'application étendu. La révision de la circulaire ne requiert aucune adaptation pour les banques, les maisons de titres et les assurances. L'allègement des exigences de forme du contrat d'externalisation au Cm 32 de la circulaire est la seule modification qui concerne également les banques et les assurances (cf. ch. 14.2.4 ci-après).

14.2 Commentaire des dispositions

14.2.1 Champ d'application (Cm 6.1 et 6.2)

La pratique en matière d'externalisation est désormais également représentée dans la circulaire pour les directions de fonds, les gestionnaires de fortune collective et les SICAV autogérées. Dans le sens d'une application pratique proportionnelle, les gestionnaires de fortune et *trustees* ne sont pas couverts par la circulaire.

14.2.2 Gestionnaires de fortune collective, directions de fonds et SICAV (Cm 13.1 à 13.3)

Lors de l'externalisation de tâches, les gestionnaires de fortune collective, les directions de fonds et les SICAV doivent respecter les mêmes principes découlant du droit des sociétés que les banques et les assurances. Parallèlement, les lois (LEFin/LPCC) et les ordonnances (OEFin/OPCC) prescrivent également des exigences correspondantes, qui sont désormais interprétées dans la circulaire. La LEFin et la LPCC comportent des dispositions supplémentaires et parfois spécifiques pour les établissements actifs dans la gestion de fortune collective.

²² Les « gestionnaires de placements collectifs » sont désormais qualifiés de « gestionnaires de fortune collective » et les « négociants en valeurs mobilières » de « maisons de titres ».

Les gestionnaires de fortune collective doivent en principe gérer la fortune d'au moins un placement collectif de capitaux ou d'au moins une institution de prévoyance pour satisfaire aux conditions d'autorisation. Il est certes possible d'externaliser également des parties de la gestion de portefeuille ou de les déléguer. Si le gestionnaire de fortune collective ne se charge toute-fois plus lui-même de la gestion de portefeuille et qu'il externalise tout, l'activité qui le qualifie en tant que gestionnaire de fortune collective lui fait défaut et, partant, la capacité à obtenir une autorisation. Concernant la gestion des risques, le gestionnaire de fortune collective doit assumer lui-même la gestion des risques opérationnels relatifs à la gestion du portefeuille qu'il assure. S'il peut externaliser le contrôle des risques au sens d'une *2nd line of defense*, il reste cependant responsable du contrôle et de la surveillance qui s'y rapportent.

La direction de fonds a pour tâche essentielle la gestion de fonds. Celle-ci inclut à la fois l'administration et la gestion de portefeuille. Alors que la gestion de portefeuille peut en principe être externalisée, certaines tâches administratives centrales doivent demeurer entre les mains de la direction de fonds, pour qu'il soit encore possible de parler de gestion de fortune collective. Outre les tâches non externalisables citées au Cm 8, celles-ci comprennent aussi la direction du fonds de placement et l'évaluation du placement ou la décision relative à l'émission de parts (art. 35 LEFin).

Il est en outre essentiel que l'administration centrale des placements collectifs de capitaux de droit suisse soit située en Suisse. Par conséquent, l'administration doit effectivement être assurée par la direction de fonds domiciliée en Suisse.

La SICAV autogérée est traitée par analogie avec la direction de fonds.

14.2.3 Inventaire des fonctions externalisées (Cm 15.1)

L'art. 17 al. 3 OEFin retient explicitement pour les établissements LEFin que les tâches déléguées doivent être fixées dans leurs principes organisationnels tout comme les conditions de sous-délégation des tâches.

14.2.4 Forme du contrat d'externalisation (Cm 32)

En conformité avec l'art. 17 al. 2 LEFin et avec d'autres circulaires de la FINMA, les exigences de forme concernant le contrat d'externalisation sont formulées de manière neutre à l'égard de la technologie. Une documentation suffisante de la relation d'externalisation est déterminante et elle doit également être possible sous forme numérique.

14.2.5 Dispositions transitoires (Cm 39)

Les nouvelles dispositions s'appliquent avec effet immédiat aux établissements qui ne sont autorisés qu'après l'entrée en vigueur des modifications de la circulaire. Lorsque des modifications de l'autorisation sont demandées, les exigences de la circulaire doivent avoir été mises en œuvre à la date d'autorisation de la modification.

15 Commentaires sur la circulaire FINMA 2017/7 « Risques de crédit – banques »

Les tables des correspondances dans l'annexe 3 de la circulaire FINMA 2017/7 y sont abrogées et transférées à l'identique sur le site Internet de la FINMA. Les adaptations, notamment en ce qui concerne la reconnaissance de nouvelles agences de notation, peuvent ainsi être mises en œuvre et répercutées sur le marché plus rapidement et avec une charge administrative réduite.

16 Commentaires sur la circulaire FINMA 2020/1 « Comptabilité – banques »

Selon le Cm 9.1 de l'annexe 1 Circ.-FINMA 20/1, les créances envers les maisons de titre gérant des comptes figurent à la position 1.2 « Créances sur les banques ». Selon l'art. 3 OFR, les maisons de titre gérant des comptes doivent être traitées comme des banques. Cet ajout assure un traitement cohérent des exigences réglementaires et comptables.

17 Abrogation de circulaires existantes

17.1 Remarques préliminaires

Différentes circulaires sont rendues obsolètes par l'introduction de la LSFIn/LEFin et sont donc abrogées. À l'expiration des délais de transition statué dans l'OEFIn pour le respect des obligations selon la LSFIn, fin 2021, l'abrogation d'autres circulaires devra être examinée (par ex. de la circulaire FINMA 2009/1 « Règles-cadres pour la gestion de fortune »).

17.2 Circulaire FINMA 2008/5 « Négociant »

Le contenu de la circulaire est désormais reproduit en grande partie dans la LEFin et de l'OEFin. La circulaire est dès lors supprimée.

La pratique relative aux *introducing brokers* et à l'obligation d'obtenir une autorisation pour les représentations de négociants en valeurs mobilières étrangers (cf. Cm 54 ss de la circulaire « Négociant » désormais supprimée) conserve cependant sa validité et s'applique par analogie à toutes les représentations d'établissements financiers étrangers au sens de l'art. 58 LEFin.

L'établissement d'une représentation par un établissement financier étranger au sens de la LEFin est par conséquent soumis à autorisation s'il existe, conformément à la pratique visée par la circulaire « Négociant », 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 pour l'établissement d'une représentation par un établissement financier étranger, il est en outre renvoyé aux activités réglementées selon la LEFin. 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 LEFin. 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 LEFin). Par conséquent, les établissements financiers étrangers doivent solliciter l'autorisation de la FINMA pour employer en Suisse des personnes qui, à titre professionnel et permanent, en Suisse ou depuis la Suisse, leur transmettent des mandats de clients ou les représentent à des fins publicitaires ou dans d'autres buts dans le contexte des activités réglementées par la LEFin. Comme la pure distribution de fonds étrangers en Suisse n'est en revanche pas qualifiée d'activité de représentation, une direction de fonds étrangère a notamment le droit de faire promouvoir ses instruments financiers en Suisse. Il faut cependant toujours dans ce contexte que les personnes correspondantes n'exercent en Suisse aucune autre activité qui pourrait fonder une représentation selon l'art. 58 LEFin. Pour les établissements financiers sis à l'étranger, le délai transitoire de trois ans selon l'art. 93 al. 4 LEFin s'applique.

17.3 Circulaire FINMA 2010/2 « Repo/SLB »

L'art. 19 LSFIn règle à présent les grandes lignes du prêt de titres. Il sera renoncé à la circulaire. Lors de l'interprétation de l'art. 19 al. 2 LSFIn, la FINMA ne dérogera pas à sa pratique en matière de surveillance selon les Cm 6 à 9 de la circulaire, même après son abrogation.

17.4 Circulaire FINMA 2013/9 « Distribution de placements collectifs »

La circulaire est abrogée puisque la LSFIn règle définitivement l'offre d'instruments financiers.

18 Adaptations formelles

Un besoin d'adaptation formel ou terminologique résulte dans le domaine bancaire du remplacement de « négociant en valeur mobilière » par « maison de titres », mais aussi de la restriction du champ d'application, tant de l'OFR que de l'OLiQ, sur les maisons de titre gérant des comptes (précédemment tous les négociants en valeurs mobilières). Par conséquent, la notion de « négociant en valeur mobilière » est globalement remplacée par « maison de titre gérant des comptes » dans les circulaires²³ fondées sur ces ordonnances. D'autres adaptations formelles concernant la suppression du statut d'IFDS ainsi que les adaptations dans le droit supérieur, notamment la LPCC, ce qui nécessitera l'adaptation de renvois et de termes dans différentes circulaires. Toutes ces adaptations ont en commun d'être de nature purement formelle et de ne pas reposer sur des décisions discrétionnaires de la FINMA, mais de résulter directement d'adaptations dans le droit supérieur. Ces adaptations ne seront soumises à aucune procédure d'audition et seront implémentées lors de l'adoption avec les adaptations matérielles des circulaires.

19 Processus de réglementation

La FINMA est favorable à un processus de réglementation transparent, prévisible et crédible, qui implique tôt les parties concernées ainsi que les cercles intéressés, par ex. les autorités et éventuellement la science. Une audition publique est en principe organisée pour les modifications apportées aux ordonnances et aux circulaires (sauf en cas d'adaptations purement formelles). Les personnes concernées font un vif usage de la possibilité de prendre position dans le cadre de ces auditions. Le conseil d'administration de la FINMA en tant qu'organe compétent évalue les prises de position et expose à chaque fois dans un rapport (rapport sur les résultats) dans quelle

²³ Il s'agit des circulaires FINMA 08/14 « Reporting prudentiel – banques », 08/20 « Risques de marché – banques », 11/2 « Volant de fonds propres et planification des fonds propres dans le secteur bancaire », 13/1 « Fonds propres pris en compte – banques », 13/7 « Limitation des positions internes du groupe pour les banques », 15/2 « Risque de liquidité – banques », 15/3 « Ratio de levier – banques », 16/1 « Publication – banques », 17/1 « Gouvernance d'entreprise – banques », 17/7 « Risques de crédit – banques » et 19/1 « Répartition des risques – banques ».

mesure celles-ci ont pu être mises en œuvre. Tous les documents relatifs aux auditions, y compris le rapport sur les résultats, sont publiés²⁴.

19.1 Consultation préalable

Avant l'ouverture de la procédure d'audition, la FINMA procède en principe à des consultations préalables des personnes concernées et des milieux intéressés. Elle clarifie alors les faits déterminants et recueille les informations nécessaires, explique l'orientation du projet de réglementation et enregistre les appréciations correspondantes. L'échange porte sur les actions requises et les options éventuelles.

Le 28 mars 2019, la FINMA a organisé une consultation préalable avec une quarantaine de participants appartenant à des associations de professionnelles ou représentant la branche et les administrations. Les propositions de la FINMA ont été discutées et les questions en suspens clarifiées à cette occasion. Les propositions ont en principe rencontré un accueil très favorable. Lorsque les participants ont suggéré des adaptations ou des clarifications, celles-ci ont pour la plupart pu être concrétisées dans le présent projet d'audition, pour autant qu'elles aient été compatibles avec le droit supérieur et les objectifs de la surveillance des marchés financiers. Au lieu d'un traitement uniforme, des dispositions séparées concernant l'assurance responsabilité civile professionnelle ont été prévues pour les gestionnaires de fortune et *trustees* d'une part et les gestionnaires de fortune collective d'autre part. Différentes adaptations et clarifications ont également été apportées aux différentes exigences en matière d'assurance responsabilité civile professionnelle. Malgré une critique ponctuelle lors de la consultation préalable, la FINMA maintient cependant l'adaptation de l'OBA-FINMA pour les assurances vie avec gestion séparée du compte ou du dépôt (*insurance wrapper*) ou l'obligation de clarifications concernant le preneur d'assurance et le payeur de primes effectif (cf. ch. 9.2.8 ci-dessus).

19.2 Consultation des unités administratives également intéressées

Du 12 novembre 2019 au 3 décembre 2019, la FINMA a consulté les unités administratives également intéressées. Le conseil d'administration a été informé des résultats de la consultation. Il a procédé à différentes adaptations des textes soumis à audition, sur la base des prises de position reçues.

²⁴Les documents relatifs aux auditions concernant les révisions d'ordonnances et de circulaires de la FINMA sont publiés sur le site Internet de la FINMA (www.finma.ch > Documentation > Auditions).

19.3 Consultation publique

Les présentes réglementations dans l'OEFin-FINMA et les adaptations d'autres circulaire FINMA existantes n'ont pas une grande portée dans le sens de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation (RS 172.061). La FINMA procède donc à une audition correspondante selon l'art. 10 al. 2 de l'ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.11). Le délai d'audition est de deux mois.

20 Principes de réglementation²⁵

Comme mentionné, la FINMA est tenue de réglementer dans le cadre de quelques délégations réglementaires ponctuelles, essentiellement techniques. Son pouvoir discrétionnaire correspondant est restreint. Les possibilités de variantes dans la définition de la réglementation étaient donc restreintes au niveau de la FINMA. Lorsqu'il y en avait, celles-ci sont discutées dans les commentaires des dispositions ci-dessus. La FINMA a privilégié les variantes qui respectent le mieux le principe de la proportionnalité. Elle a tenu compte des effets sur la viabilité et la compétitivité internationale de la place financière suisse, dès lors que cela semblait pertinent. Les réglementations adoptées sont neutres sur les plans de la concurrence et de la technologie. Les règles différenciées conformément à de l'art. 7 al. 2 let. c LFINMA doivent tenir compte du but visé par la réglementation et des risques. Les normes internationales en matière de marchés financiers et leur mise en œuvre sur d'autres places financières importantes ont été prises en compte, pour autant qu'elles aient été pertinentes. Pour ce qui est des détails, il convient de se référer aux commentaires des dispositions.

21 Analyse des effets²⁶

21.1 Généralités

Les conséquences des réglementations doivent en principe déjà être présentées en détail au niveau de la loi. Les conséquences sont également présentées dans le cadre de l'édition d'ordonnances du Conseil fédéral (en référence à l'analyse d'impact au niveau de la loi).

Une analyse d'impact de la réglementation pour la LSFIn et la LEFin²⁷ ainsi qu'une analyse des coûts de la réglementation pour la LSFIn dans le do-

²⁵ Selon l'art. 6 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers

²⁶ Selon l'art. 7 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers

maine « Documentation et reddition de comptes »²⁸ et une analyse des coûts de la réglementation pour la LEFin²⁹ ont été publiées lors de la consultation. Les explications concernant les conséquences sont par ailleurs énoncées dans le message³⁰. Une analyse d'impact a été établie dans le cadre du rapport explicatif sur les ordonnances du Conseil fédéral en vue de la procédure de consultation sur les ordonnances du Conseil fédéral³¹.

Les conséquences du projet de la FINMA sont néanmoins complétées ci-dessous par des explications qualitatives supplémentaires sur les effets.

21.2 OEFin-FINMA

21.2.1 Assurance responsabilité civile professionnelle

Gestionnaires de fortune et *trustees*

La LEFin contraint déjà les gestionnaires de fortune et *trustees* à disposer de garanties appropriées en plus du capital minimal ou à conclure une assurance responsabilité civile professionnelle. Alors que le Conseil fédéral règle les détails relatifs aux fonds propres dans l'OEFin et prévoit que les assurances responsabilité civile professionnelle peuvent être imputées sur la moitié des fonds propres, il oblige la FINMA à régler les détails de l'assurance responsabilité civile professionnelle qui peut être imputée sur les fonds propres (art. 24 al. 2 OEFin).

Les prescriptions relatives à l'assurance responsabilité civile professionnelle pour les gestionnaires de fortune et *trustees* sont nouvelles, mais se réfèrent à la conception des exigences en vigueur, qui ont fait leurs preuves, concernant l'assurance responsabilité civile professionnelle des gestionnaires de placements collectifs selon la LPCC. La réglementation pour les gestionnaires de fortune et *trustees* prévoit les paramètres suivants : une durée d'au moins un an, un délai de résiliation de 90 jours, une prolongation de la couverture d'assurance de cinq ans, une couverture d'assurance permettant de couvrir les risques en matière de responsabilité professionnelle dans tous

²⁷ Analyse d'impact de la loi sur les services financiers (LSFin) et de la loi sur les établissements financiers (LEFin) du 4 novembre 2015. Peut être consultée à l'adresse suivante : www.admin.ch > Documentation > Page d'accueil > Procédures de consultation terminées 2014.

²⁸ Regulierungskostenanalyse zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) im Bereich „Dokumentation und Rechenschaft“ du 10 juillet 2015. Peut être consulté à l'adresse suivante : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/41580.pdf>.

²⁹ Regulierungskostenanalyse zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) du 28 février 2014 ; remaniée et complétée le 6 mai 2014. Peut être consulté à l'adresse suivante : www.admin.ch > Page d'accueil > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées 2014.

³⁰ FF 2015 2660, 8279 à 8286

³¹ Ordonnance sur les services financiers (OSFin), ordonnance sur les établissements financiers (OEFin) et ordonnance sur les organismes de surveillance dans la surveillance des marchés financiers (OOS) - Rapport explicatif du 24 octobre 2018 en vue de l'ouverture de la procédure de consultation, p. 129 à 132. Peut être consulté à l'adresse suivante : www.admin.ch > Page d'accueil > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2018.

les champs d'activité et rayons géographiques définis dans les documents d'entreprise faisant foi, une somme d'assurance prévue pour couvrir l'ensemble des sinistres sur une année ainsi que les risques en matière de responsabilité professionnelle à assurer dans le sens de préjudices patrimoniaux, notamment en cas d'erreur de placement ou de violation de leurs obligations par des collaborateurs ou d'autres personnes de confiance.

La couverture d'assurance nécessaire se base donc sur les champs d'activité et rayons géographiques définis du gestionnaire de fortune ou *trustee* concerné et donc sur les circonstances individuelles respectives. Une réglementation différenciée et proportionnelle est ainsi garantie.

La réglementation permet de s'assurer qu'il y ait un substrat de responsabilité suffisant chez le gestionnaire de fortune ou *trustee*, même en cas de couverture partielle des fonds propres par une assurance responsabilité civile professionnelle, et que leurs clients soient ainsi dûment protégés.

Notons pour finir que les gestionnaires de fortune et *trustees* peuvent aussi renoncer complètement à la conclusion d'une assurance responsabilité civile professionnelle, pour autant qu'ils détiennent suffisamment de fonds propres.

Gestionnaire de fortune collective

Comme pour les gestionnaires de fortune et *trustees*, le Conseil fédéral oblige la FINMA à régler les détails de l'assurance responsabilité civile professionnelle que les gestionnaires de fortune collective peuvent imputer sur les fonds propres (art. 44 al. 3 OEFin).

Les prescriptions en matière d'assurance responsabilité civile professionnelle pour les gestionnaires de fortune collective s'appuient sur les exigences en vigueur à l'égard de l'assurance responsabilité civile professionnelle des anciens gestionnaires de placements collectifs selon la LPCC, avec cependant quelques adaptations ponctuelles.

La réglementation prévoit les paramètres suivants : une durée d'au moins un an, un délai de résiliation de 90 jours, une prolongation de la couverture d'assurance de cinq ans, une couverture d'assurance à hauteur d'au moins 2 % de la fortune totale dans le cas d'espèce ainsi que d'au moins 3 % de la fortune totale pour toutes les créances d'une année, un calcul annuel de la fortune totale au jour de référence ainsi que risques en matière de responsabilité professionnelle à assurer dans le sens de préjudices patrimoniaux, notamment en cas d'erreurs de placement ou de violations de leurs obligations par des collaborateurs.

La couverture d'assurance exigée se base sur la fortune totale sous gestion et donc sur la situation individuelle. Une réglementation différenciée et pro-

portionnelle est ainsi garantie. Les personnes concernées ont en outre toujours la possibilité d'accumuler des fonds propres correspondants. Dans ce cas, elles ne sont pas tenues de conclure une telle assurance responsabilité civile professionnelle.

21.2.2 **Calcul du seuil *de minimis***

La disposition actuelle de l'OPC-FINMA est en principe reprise. Pour les gestionnaires de fortune collective (hors gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance), cette disposition est donc en principe sans incidence sur les coûts par rapport à la réglementation actuelle. Compte tenu de l'extension de l'applicabilité de la réglementation *de minimis* aux gestionnaires de placements collectifs de droit suisse pour des investisseurs qualifiés prévue dans la LÉFin, l'OÉFin et l'OPCC, elle peut même se traduire par une économie de coûts pour certains gestionnaires de placements collectifs. La disposition est nouvelle pour les gestionnaires de fortune des institutions de prévoyance.

Des règles d'évaluation spécifiques, différenciées de la fortune de prévoyance gérée sont prévues pour le calcul du seuil *de minimis* pour les gestionnaires de fortune des institutions de prévoyance, parce qu'elle diffère de l'évaluation des actifs sous gestion dans les placements collectifs de capitaux. Elle tient ainsi compte de leur modèle d'affaires spécifique.

21.2.3 **Gestion des risques et contrôle des risques**

La FINMA est tenue de régler les détails de la gestion des risques et du contrôle interne pour les gestionnaires de fortune collective et les directions de fonds. Elle reprend en principe les règles actuelles de l'OPC-FINMA. Aucun effet supplémentaire n'est donc attendu de cette réglementation.

Certaines obligations nouvelles en relation avec la réalisation des tests de résistance sont en outre introduites sur la base des travaux de l'OICV. Certains aspects concernant l'indépendance du contrôle des risques sont en outre adaptés avec la réplique de certains points d'une recommandation de la SFAMA. L'attrait de la place financière est ainsi renforcé grâce à l'adaptation de prescriptions internationales reconnues et attendues concernant la gestion des liquidités des placements collectifs de capitaux. L'amélioration de la gestion des liquidités contribue par ailleurs à réduire d'éventuelles turbulences sur les marchés et les difficultés de trésorerie des investisseurs institutionnels et privés en placements collectifs de capitaux.

21.2.4 Justificatif des fonds propres des maisons de titres qui n'administrent pas elles-mêmes de compte

Les maisons de titres qui n'administrent pas de compte profitent de la suppression des exigences supplémentaires de l'OFR et des obligations d'annoncer correspondantes. Le nouveau justificatif des fonds propres simplifié selon l'art. 63 OEFin se fonde principalement sur les données de la présentation des comptes et pourra être établi à peu de frais, même manuellement. Au final, l'allègement des obligations d'annoncer soulage grandement les établissements concernés par rapport au régime actuel.

21.3 OPC-FINMA

La plupart des modifications de l'OPC-FINMA sont de nature formelle et résultent du transfert de la réglementation des anciens établissements LPCC dans la LEFin et de ses réglementations subséquentes. On n'attend aucune conséquence correspondante par rapport au statu quo.

Les obligations de publier et d'annoncer des représentants de placements collectifs étrangers sont repris sous forme de principes de la Circ.-FINMA 13/9. La Circ.-FINMA 13/9 est abrogée. Dans les deux cas, il s'agit de la pratique actuelle en matière de surveillance qui est reprise dans l'ordonnance, sous une forme légèrement adaptée.

En ce qui concerne les obligations de publication, il est désormais prévu que le représentant en Suisse n'aura plus besoin de publier un récapitulatif de toutes les modifications, mais seulement les modifications qui doivent également être publiées dans l'État de domicile du placement collectif étranger. La publication s'effectue dans la même langue dans laquelle est rédigé le prospectus autorisé pour l'offre à des investisseurs non qualifiés en Suisse. Grâce à ce gain d'efficience déterminant pour le représentant, il lui est également possible de procéder à la publication simultanément avec la publication à l'étranger. L'écart d'information entre les investisseurs de l'État de domicile du placement collectif étranger et les investisseurs suisses peut ainsi être considérablement réduit en termes d'étendue et de date de l'information. Cette nouvelle réglementation se traduit donc par un allègement de la charge pour le représentant, tout en améliorant plutôt le niveau d'information des investisseurs suisses.

Pour ce qui est des obligations d'annoncer du représentant de placements collectifs étrangers, la modification consiste à informer immédiatement la FINMA lorsque la société de gestion de fortune décide d'appliquer une clause de *gating*. Cette modification s'explique par le fait que les prospectus de placements collectifs étrangers introduisent de plus en plus la possibilité d'utiliser des *gates*, c.-à-d. la réduction proportionnelle des demandes de rachat, dans certaines conditions. Cette possibilité qui peut être considérée comme une mesure visant à garantir la liquidité concerne les droits des in-

vestisseurs de manière tout aussi déterminante qu'un report du remboursement des parts, dont la FINMA doit déjà être immédiatement informée selon le droit en vigueur. Cette précision est en outre apportée par analogie avec le nouvel art. 110 al. 2 OPCC, selon lequel la FINMA doit également être immédiatement informée de l'utilisation de *gates* dans les placements collectifs de droit suisse.

21.4 OFPC-FINMA

Dans le domaine de la LPCC, la compétence de la FINMA en matière de faillite n'est plus prévue que pour les SICAV, SICAF et SCmPC. L'art. 67 al. 1 LEFin rend à présent les dispositions de la LB concernant les mesures en cas de risque d'insolvabilité et la faillite bancaire applicables par analogie aux directions de fonds et aux maisons de titres. La FINMA n'est plus compétente en matière de faillite de gestionnaires de placements collectifs.

Les modifications de l'OFPC-FINMA résultent de ce champ d'application modifié ainsi que du transfert de la réglementation des anciens établissements LPCC dans la LEFin et sont donc de nature formelle. Aucune obligation nouvelle ni tâche nouvelle n'est prévue de ce fait pour les établissements LPCC et LEFin ainsi que pour l'autorité de surveillance. La suppression de la compétence de la FINMA en matière de faillite de gestionnaires de placements collectifs constitue en outre une simplification.

21.5 OBA-FINMA

21.5.1 Abrogation des dispositions applicables aux IFDS

Les principales adaptations de l'OBA-FINMA concernent l'abrogation du statut d'IFDS décidée dans le cadre de la LEFin. La surveillance nouvellement introduite du respect des obligations de diligence pour les gestionnaires de fortune et *trustees* selon l'art. 17 LEFin au titre 5 de l'OBA-FINMA correspond aux obligations antérieures pour les IFDS et s'appuie donc sur des réglementations déjà connues et éprouvées sur le marché. Certaines autres modifications (par ex. art. 65a, 76 OBA-FINMA) peuvent occasionner des charges supplémentaires à certains établissements, mais se justifient dans le but d'assurer un *level playing field* entre les différents acteurs du marché et dans la perspective d'un dispositif systématique de lutte contre le blanchiment d'argent.

21.5.2 Obligations de diligence dans le domaine du crédit à la consommation

L'allègement des obligations de diligence dans le domaine du crédit à la consommation possible sous certaines conditions est la transposition d'une

pratique de longue date dans l'OBA-FINMA. Il ne faut pas en attendre de conséquences par rapport au régime actuellement appliqué.

21.5.3 Nouveau seuil pour les transactions en monnaies virtuelles

L'abaissement du seuil pour la vérification de l'identité des clients lors de transactions en monnaies virtuelles est nécessaire, en raison des risques accrus de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Les transactions criminelles, par ex. les opérations illégales sur le *dark web* ou le rapatriement de produits de cyberattaques, sont ainsi compliquées.

Il existe aujourd'hui une centaine de membres d'OAR qui indiquent proposer le change avec des crypto-monnaies. L'abaissement du seuil ne s'applique à ces prestataires que s'ils se soumettent à un organisme de surveillance en tant que gestionnaires de fortune ou si le règlement de l'OAR qui leur est applicable est adapté. Cela devrait générer des charges supplémentaires lors des transactions comprises entre 1 000 et 5 000 francs chez bon nombre de ces prestataires. Dans ces cas de figure, l'identité du client doit désormais être vérifiée, par ex. à l'aide de la circulaire FINMA 2016/7 « Identification par vidéo et en ligne ». D'un autre côté, des exigences internationales sont ainsi satisfaites, ce qui devrait bénéficier à l'ensemble de la place financière suisse à long terme, en protégeant l'intégrité du marché et en renforçant la compétitivité.

Les autres adaptations sont de nature formelle et sans incidence directe sur le marché.

21.6 Circulaire FINMA 2013/8 « Règles de conduite sur le marché »

La pratique selon la circulaire s'applique désormais aussi aux gestionnaires de fortune, *trustees* et gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance (en tant que catégorie de gestionnaires de fortune collective), conformément aux prescriptions légales modifiées. La circulaire est définie de manière proportionnelle et axée sur les risques et se base sur l'activité commerciale individuelle (analyse des risques) de l'établissement concerné.

21.7 Circulaire FINMA 2013/3 « Activités d'audit »

Les adaptations de cette circulaire ainsi que des annexes correspondantes comprennent des mises à jour de la pratique de la FINMA.

Le nouveau Cm 95 doit tenir compte des risques spécifiques des modèles internes. Il ne s'agit ni d'un durcissement ni d'un allègement au fond. Au travers des nouvelles spécifications, la FINMA fixe essentiellement la pratiques des années passées : jusqu'à présent les prescriptions résultant des déci-

sions de modèles de la FINMA (audits annuels pour confirmer le respect durable) étaient mises en œuvre progressivement. Mais la FINMA tient également compte des objectifs de la révision de la circulaire de 2018 concernant une organisation des activités d'audit axée sur les risques et plus efficiente. En comparaison avec la pratique antérieure, la couverture progressive sur quatre ans tient compte du fait que les contrôles d'audit doivent certes être réduits, mais aussi adaptés de manière plus ciblée à la situation en matière de risques des établissements financiers.

21.8 Circulaire FINMA 2015/2 « Risque de liquidité – banques »

Aucune conséquence n'est attendue de l'adaptation de la pratique en matière de surveillance résultant de la modification du droit supérieur, qui consiste à qualifier les maisons de titres comme petites banques.

21.9 Circulaire FINMA 2018/3 « Outsourcing – banques et assureurs »

Cette circulaire reproduit la pratique de la FINMA dans le domaine de la délégation de tâches, telle qu'elle est désormais définie de manière plus détaillée qu'auparavant dans le droit supérieur pour les établissements soumis à la LEFin. La circulaire n'impose pas d'obligations supplémentaires aux assujettis. Cela faut également pour les gestionnaires de fortune collective, directions de fonds et SICAV autogérées tombant désormais dans le champ d'application de la circulaire. Aucune conséquence n'est attendue.

21.10 Abrogation de circulaires existantes

Les contenus des circulaires abrogées (cf. ch. 17 ci-dessus) figurent à présent dans les lois et ordonnances. Il est renvoyé aux conséquences qui y sont énoncées.

22 Suite de la procédure

La nouvelle OEFin-FINMA, des ordonnances partiellement révisées de la FINMA (OPC-FINMA, OFPC-FINMA, OBA-FINMA, OIMF-FINMA, OIB-FINMA) ainsi que des circulaires adaptées entreront en vigueur au 1^{er} janvier 2021.