CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Circulaire FINMA 09/1 Règles-cadres pour la gestion de fortune

Par Lucia Gomez Richa le 29 janvier 2009

Par communiqué du 15 janvier, la FINMA a annoncé l'entrée en vigueur de sa Circulaire 2009/1 « Règles-cadres pour la gestion de fortune » au 1er janvier 2009
Cette circulaire, dont le projet avait été mis en consultation en septembre 2008, constitue le seuil minimum commun pour la reconnaissance par la FINMA des règles de conduite édictées par les associations professionnelles dont les membres sont actifs dans la gestion de fortune. Une fois adaptées aux exigences de la circulaire et reconnues par la FINMA, elles s'imposeront aux banques, négociants et titulaires d'une autorisation LPCC actifs dans le domaine de la gestion de fortune. Les gérants de fortune indépendants qui offrent à leur clientèle des fonds ou des produits structurés sans faire d'appel au public devront également les respecter (art. 3, 5, 10 al. 3 et 4 LPCC et art. 6 al. 2 OPCC). Concrètement, ces règles s'imposeront à l'ensemble des professionnels de la gestion de fortune, y compris les gérants indépendants, quand bien même ces derniers ne sont pas soumis à surveillance prudentielle en Suisse.
La circulaire définit les exigences minimales s'agissant des devoirs de fidélité, diligence, information et reddition de compte. La formulation de ces devoirs, qui ont rencontré un écho globalement positif lors de l'audition du projet (cf. rapport FINMA sur les auditions concernant le rapport « Commissions de distribution » et le projet de circulaire « Règles-cadres pour la gestion de fortune »), se trouve pour l'essentiel inchangée par rapport au projet de circulaire (cf. Actualité CDBF n° 601 du 17 septembre 2008). Le rapport souligne, entre autres, que la FINMA n'entend pas introduire le principe de la *suitability* en droit suisse. S'agissant des rétrocessions reçues de tiers, on relèvera deux précisions apportées par la version finale : le mandataire peut choisir d'informer ses clients soit sur les paramètres de calcul de celles-ci, soit sur les fourchettes des montants qu'il reçoit ou à recevoir (à teneur du projet, le gérant devait informer sur les paramètres *et* sur les fourchettes) ; ces informations doivent, en outre et dans la mesure du possible, être fournies pour chaque catégorie de produit. Quant aux modalités de la reddition de compte, il reviendra aux organisations professionnelles de les déterminer.
Autre nouveauté, la version finale de la circulaire précise que le « *gérant de fortune présente toutes les garanties d'une activité irréprochable* » (Cm. 10). Cela rappelle la notion identique contenue dans la LB, LBVM et LPCC qui a une importance considérable en pratique du fait de son interprétation large et de son utilisation extensive par l'autorité de surveillance. Pour les banques, négociants et titulaires d'autorisation LPCC, la circulaire ne change que peu leur situation juridique. En effet, ils sont déjà soumis à une telle exigence de par la loi pour l'ensemble de leurs activités et en connaissent la portée ainsi que les conséquences liées à une violation de celle-ci.
Pour les gérants indépendants, les conséquences pourraient être plus importantes. Certes, une

telle notion n'est pas inconnue. Elle leur est imposée, dans le cadre de la réglementation de lutte contre le blanchiment, par les statuts et/ou règlements des associations professionnelles agissant comme OAR. Néanmoins, il nous semble que la portée de cette injonction va moins loin (ne serait-ce qu'en raison du contexte dans lequel elle s'inscrit) que celle contenue dans la circulaire FINMA 09/1 (cf. toutefois en l'état, l'interprétation restrictive de la FAQ). Il conviendra d'informer les gérants de fortune sur la portée exacte de cette notion (dont l'interprétation devrait être inspirée des mêmes principes que ceux développés par la jurisprudence dans le cadre de la LB et LBVM en tenant compte toutefois des spécificités propres aux gérants de fortune) ainsi que de développer une pratique et une jurisprudence cohérente et accessible. Cette tâche reviendra certes, en premier lieu, aux associations professionnelles mais également à la FINMA (par le canal des art. 10 al. 3 et 4 LPCC et 6 al. 2 OPCC). Les associations professionnelles devront ainsi porter toute leur attention à l'élaboration et la mise en œuvre de mesures de contrôle du respect de cette exigence (qui pourront être déléguées à un tiers) et de sanctions qui y sont attachées. A défaut, la FINMA pourrait refuser de reconnaître leurs règles comme standard minimum (Cm. 5 et 32).

Enfin, on relèvera que la FINMA renonce à une adaptation générale des directives ASB sur la gestion de fortune dès lors qu'elles satisfont déjà dans une large mesure aux exigences de la circulaire. Seules les règles concernant l'information du client sur la rémunération du gérant, jugées en-dessous du standard minimum, devront faire l'objet d'adaptations (Cm. 33). De même, il ressort du rapport FINMA sur les auditions que la mise en œuvre du fameux chiffre 2 de la directive SFA concernant la transparence dans les commissions de gestion est définitivement abandonnée par la FINMA (cf. Actualités CDBF n° 454 du 13 juillet 2006-> http://www.unige.ch/droit/cdbf/spip.php?article=454] et [n° 341 du 3 août 2005), puisqu'il est désormais clair que le devoir d'information concernant les rétrocessions est reporté au dernier maillon de la chaîne de distribution.

Au travers de cette circulaire, la FINMA interprète audacieusement les bases légales de la LPCC. Elle prend ainsi le parti de réglementer l'activité des gérants de fortune indépendants en laissant la mise en œuvre et la surveillance (pour l'essentiel) des règles-cadres aux associations professionnelles. Même si elle s'en défend, ces mesures auront très certainement pour effet d'homogénéiser la profession de gestion de fortune en Suisse.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Lucia Gomez Richa, Circulaire FINMA 09/1 Règles-cadres pour la gestion de fortune, publié le 29 janvier 2009 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/621/