CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Gestion de fortune

Nouvelles directives de l'ASB

Par Olivier Depierre le 13 janvier 2014

Les nouvelles directives concernant le mandat de gestion de fortune du 6 novembre 2013 sont entrées en vigueur le 1er janvier dernier en remplacement des anciennes Directives du même nom du 16 avril 2010. Le texte final, ayant nécessité pas moins de 23 versions intermédiaires, n'aura finalement été publié sur le site internet de l'ASB que le 3 janvier dernier, soit deux jours après son entrée en vigueur officielle et un mois après que la circulaire FINMA 08/10 « standards minimaux »n'ait été mise à jour pour le référencer.

Une refonte de ce texte s'avérait nécessaire notamment pour s'aligner sur les modifications de la circulaire FINMA 09/1 « mandat de gestion »entrées en vigueur le 1er juillet dernier. On avait alors relevé l'apparition du profil de risque et de la stratégie de placement (circ. 09/1 cm 7.1 et 7.2) ainsi que l'adaptation en découlant des devoirs de diligence (cm 16 et 17) et d'information (cm 23) du gérant. Dans ces nouvelles directives, sachant que le client peut vouloir s'éloigner de la stratégie de placement découlant d'office de son profil de risque, la banque devra cas échéant attirer son attention sur les risques en découlant et s'en affranchir elle-même au moyen d'un *disclaimer* et d'une documentation « sous une forme reproductible » appropriée (cf. dispositions d'exécution 4, 6 et 7 du nouvel article 1).

C'est le lieu de signaler la reformulation des anciens « commentaires » d'articles en « dispositions d'exécution », moins sans doute pour confirmer leur caractère obligatoire (les directives 2010 étaient évidemment déjà des standards minimaux pour la FINMA) que pour renvoyer au rang d'opinion dénué de valeur juridique toute prise de position contraire de la doctrine. En conséquence de l'entrée en vigueur de la circulaire FINMA 10/2 « Repo/SLB », on aura également remarqué la nouvelle teneur de l'article 9, spécifiquement dédié aux opérations de pensions (*repos*) et de prêts/emprunts (SLB) de titres. En outre, il n'y a plus de disposition spécifique aux « placements non-traditionnels » (ancien article 12), la référence à ceux-ci étant désormais incluse dans les dispositions d'exécution 26 et 28 du nouvel article 8. Et parmi d'autres mesures de toilettage, notons au passage la disparition de la mention des *Unit trusts* et de l'allusion aux portefeuilles collectifs internes, ceux-ci n'existant dès lors guère plus qu'au travers de l'article 4 LPCC. Enfin, au titre de la rémunération de la banque, toute référence aux « prestations de tiers intrinsèquement liées au mandat » et aux prestations « uniquement reçues dans le cadre de l'exécution du mandat », dans le commentaire de l'ancien article 16 (nouvel article 15), a également été supprimée. Ces critères, on s'en souvient, avaient été fixés par le TF autour de l'obligation de restitution de l'article 400 al. 1 CO dans une jurisprudence qui n'avait finalement pas duré (cf. arrêt 6B_223/2010 du 13 janvier 2011 et commentaire no 741).

S’agissant de la nouvelle formulation de l’article 8, il n’est pas certain que celle-ci offre plus de clarté qu’auparavant. Premièrement, le remplacement des anciennes « opérations bancaires ordinaires » par les nouveaux « instruments de placement ordinaires en matière bancaire » n’a pas davantage été accompagné d’un quelconque essai d’exhaustivité puisque l’énumération proposée demeure toujours exemplative (cf. disposition d’exécution 22). Deuxièmement, il était mentionné dans la version précédente que les « placements non-traditionnels » (cf. ancien commentaire de l’article 8 et désormais disposition d’exécution 28) sont considérés comme des opérations bancaires ordinaires lorsque le principe du *Fund-of-Fund* (ou du *Multi Manager*) est respecté ou que ces placements offrent une diversification équivalente et sont aisément négociables. Or cette considération ne va désormais plus de soi aux dispositions d’exécution 26 et 28, ce qui ne va certainement pas arranger la compréhension par le lecteur de la différence réellement entendue par l’ASB entre le caractère « ordinaire » et « traditionnel » d’un placement ou de l’instrument financier dans lequel celui-ci s’opère. Ainsi si un placement non traditionnel s’opère (au moins) dans un *hedge fund*, du *private equity* ou de l’immobilier (cf. disposition d’exécution 26) et qu’une opération bancaire non ordinaire est (au moins) un placement direct dans des biens immobiliers, des métaux non précieux ou des matières premières (renvoi de la disposition d’exécution 29 à la disposition d’exécution 9), pourquoi ne pas avoir enfin et clairement joint ce qui est traditionnel avec ce qui est ordinaire et – le lecteur l’aura compris – ce qui n’est pas traditionnel avec ce qui n’est pas ordinaire (et qui n’est dès lors pas admis dans le mandat de gestion au sens de l’article 8) ?

Finalement, relevons que les banques auront jusqu’au 1er janvier 2015 pour modifier la documentation contractuelle applicable à leur clientèle existante. Mais en ce qui concerne les nouveaux clients, une telle documentation doit impérativement et d’ores et déjà être à jour au regard des quelques changements très brièvement abordés ici.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Olivier Depierre, Nouvelles directives de l'ASB, publié le 13 janvier 2014 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/900/