

NEWSLETTER 03 2019

LSFIN – LEFIN : Actions à entreprendre



Les ordonnances d'application enfin votées, les intermédiaires financiers concernés par le nouveau cadre législatif LEFin / LSFin vont devoir se mettre en conformité avec les nouvelles exigences.

Diverses mesures sont à appréhender touchant à la fois les structures, les intervenants et les processus encadrant la gestion des relations. Sans aborder la partie « Autorisation » présentée dans une précédente newsletter (n°2), il conviendra donc de distinguer les mesures liées à l'organisation des intermédiaires financiers, aux personnes et aux contrôles à mettre en place.

L'objectif de cette newsletter n'est pas d'effectuer un inventaire exhaustif des mesures à entreprendre mais de lister les principales actions à envisager selon l'activité déployée par l'intermédiaire financier, selon sa clientèle et selon la taille de sa structure. Nous avons regroupé les gérants en 3 groupes, catégorisés schématiquement en fonction de leurs tailles :

- a) Les « Petits », il s'agit des gérants indépendants ou de trustees de taille réduite, généralement organisés autour de l'animateur / associé de la société. La société compte moins de 5 personnes (Equivalent Temps Plein / ETP) et réalise des produits bruts inférieurs à CHF 2 mios.
- b) Les « Moyens », il s'agit des gérants indépendants ou des trustees de taille moyenne, généralement organisés autour d'un ou plusieurs animateurs / associés de la société. La société compte entre 5 et 10 personnes (ETP) et réalise des produits bruts inférieurs à CHF 5 mios.
- c) Les « Grands », il s'agit des gérants indépendants ou des trustees de taille plus importante, la société compte plusieurs associés et animateurs, plus de 10 personnes (ETP) et réalise des produits bruts supérieurs à CHF 5 mios.

La partie « Emission de valeurs mobilières » et autres activités en lien direct avec la LPCC ne seront pas abordés dans cette lettre.

1) Mesures organisationnelles

Actions à entreprendre		"Petits"	"Moyens"	"Grands"
Pour l'autorisation	Prévoir un règlement interne définissant : - l'organisation de la structure, - son champs d'activité, - son rayon géographique d'activité, - son exposition aux risques, - le dispositif de couverture de ceux-ci.	X	X	X
	Affiliation a un organe de médiation	X	X	X
	Information concernant les participations qualifiées (10%)	X	X	X
	Information concernant les éventuelles activités déployées à l'étranger	X	X	X
	Preuves d'une activité irréprochable des personnes qualifiées (identification, CV, extrait casier, références professionnelles,...) Effectuer une demande d'autorisation par activité déployée (gestion, trustee,...)	X	X	X
Pour la gouvernance	Disposer d'au moins un dirigeant qualifié	X	X	X
	Disposer d'un plan de continuité d'exploitation formalisé, respectant a minima les conditions d'autorisation	X		
	Les personnes qualifiées doivent signer à deux		X	X
	Indépendance des organes supérieurs (administrateurs) chargés de la surveillance et du contrôle par rapport aux organes chargés de la gestion.	N/A ⁽¹⁾	N/A ⁽¹⁾	X
	Mise en place d'un audit interne Séparation des activités de gestion des risques / contrôle des activités de gestion ⁽³⁾	N/A ⁽¹⁾	X	X ⁽²⁾
Pour la formation	Les dirigeants qualifiés devront disposer d'une expérience d'au minimum 5 ans dans la gestion de fortune, l'activité de trust ou dans l'asset management.	X	X	X
	Avoir accompli 40 heures de formation minimum en lien avec l'activité (à travers un diplôme universitaire, une certification professionnelle ou spécifique type CAS...)	X	X	X
	Suivre une formation continue (selon les modalités à définir par l'OS).	X	X	X
Pour la société	Inscription au registre du commerce quelque soit la forme de la personne morale autorisée	X	X	X
	Souscrire une assurance responsabilité civile professionnelle couvrant la responsabilité civile légale : - au moins KCHF 500/an, - de 2 à 4 conseillers CHF 1.5 mio, - de 5 à 8 conseillers CHF 3 mios, - > 8 conseillers CHF 10 mios. L'assurance peut être remplacée par un dépôt de garantie bloqué équivalent.	X	X	X
	Disposer d'un capital minimal de CHF 100'000 ou de garanties équivalentes (fonds propres, comptes-courants postposés, garantie bancaire,...)	X	X	X
	Avoir une couverture de 25% des frais fixes au niveau des fonds propres ou des autres garanties	X	X	X
	Réaliser un audit prudentiel, selon les modalités et la fréquence définie par l'OS (audit de l'organisme ou de réviseur externe, annuel ou pluriannuel jusqu'à 4 ans)	X	X	X
	Audit des comptes de la société, a priori selon la fréquence d'audit prudentiel, afin d'attester les données chiffrées en lien avec l'autorisation (produits bruts, frais fixes et fonds propres).	X	X	X

⁽¹⁾ Sauf exception ou risque particulier relevés lors de la demande d'autorisation ou a posteriori, par l'OS. Les risques envisagés sont :

- gestion de relations domiciliées dans un pays exposé à un risque accru de blanchiment ou de corruption
- gestion de relations domiciliées dans un état n'ayant pas signé un accord EAR avec la Suisse
- gestion de valeurs pour le compte de PEP
- gestion de valeurs déposées hors de Suisse
- existence de succursales ou de filiales à l'étranger
- concentration de la clientèle
- gestion des avoirs à travers un fonds non soumis à une surveillance prudentielle ou via des sociétés de domicile
- gestion avec une procuration générale et illimitée sur les avoirs
- utilisation de produits avec levier
- gestion d'un trop grand nombre de relations par rapport au personnel à disposition

⁽²⁾ Sur demande de la FINMA

⁽³⁾ Voir commentaires ci-après

➔ Concernant le point 3 prévoyant une séparation des activités de « contrôles » des tâches liées à la gestion, plusieurs possibilités semblent offertes par le législateur. D'un point de vue opérationnel, la fonction de contrôle et de gestion des risques (Compliance au sens « large ») relève de la responsabilité de la haute-direction et donc d'un dirigeant qualifié. Cette fonction inclut donc les contrôles préventifs et détectifs. Pour des raisons pratiques et en fonction de l'organisation interne choisie, il peut être envisagé de déléguer cette fonction à un ou plusieurs employés sous la supervision de ce dirigeant.

De même, en cas d'entité de taille plus « modeste » ou « bicéphale » ou sans-risque particulier, une séparation des fonctions de contrôle entre dirigeant qualifié peut également être mise en œuvre. Un exemple est donné dans les commentaires sur les ordonnances. Un dirigeant pourra encadrer l'activité de Compliance s'il ne s'occupe pas du suivi des portefeuilles. A l'inverse, le dirigeant qui s'occupe de la supervision des portefeuilles pourra s'occuper uniquement de certains contrôles en lien avec la LBA (suivi des transactions, respect du cross-border,...). Le contrôle des portefeuilles sera alors dévolu au 1^{er} dirigeant.

De la même façon, on peut imaginer qu'un contrôle croisé soit mis en place. La fonction Compliance sera alors remplie par les deux dirigeants mais leur contrôles ne porteront que sur les portefeuilles qu'ils n'administrent pas. Leur propre portefeuille étant dès lors contrôlé par leur co-dirigeant. L'objectif étant de garantir en permanence le principe des « 4 yeux ».

→ Les règles de calcul des fonds propres et autres données comptables sont définies aux articles 29 et suivants de l'OEFin, les données à utiliser relevant de la présentation normale des comptes selon le Code des Obligations (CO). A ce stade, il convient d'ores et déjà de préciser que, concernant les sociétés en surendettement, les créances et autres prêts postposés ne seront considérés qu'à hauteur de 80% dans le calcul des fonds propres.

→ Au niveau de la vérification des ratios et autres données chiffrées, le législateur n'a pas souhaité modifier les dispositions actuelles du CO concernant la révision des comptes de la société. Il n'y a donc pas l'obligation d'avoir un organe de révision statutaire avec la nouvelle législation. Néanmoins, les chiffres devront être vérifiés ! En l'état donc, les auditeurs prudents devront vraisemblablement s'assurer du respect des ratios et de la qualité des données comptables lors de leur contrôle, selon le rythme imposé par l'OS.

Ce point devra assurément être précisé car il pose de nombreux problèmes de faisabilité et semble contraire à de nombreuses normes professionnelles d'audit. Le législateur souligne la volonté de pragmatisme et de limitation des coûts pour les petites structures en mettant en avant la possibilité d'un contrôle quadriennal. Cependant il n'est techniquement pas possible, par exemple, de certifier le montant des fonds propres (qui sont le cumul de tous les exercices précédents) uniquement l'année de l'audit prudentiel. Par ailleurs, lorsque la société possède un réviseur statutaire différent du réviseur prudentiel, il conviendrait à ce dernier de s'assurer des travaux réalisés par l'organe de révision statutaire et du caractère correct de la présentation retenue. Une fois encore, en cas de divergence, de nombreux problèmes pourraient surgir. Des précisions sur ce point sont donc attendues.

2) Mesures au niveau de la gestion

Si la réforme législative implique beaucoup de changements organisationnels, il en sera tout autant concernant la gestion et l'encadrement des services offerts. Ces changements concerneront tous les prestataires de services financiers, que ce soit dans le cadre de la gestion de fortune, de l'offre d'instruments financiers ou de l'activité de trustee.

	Obligations	Conséquences	Délai de mise en conformité
Classification des clients	Les clients doivent être classifiés en fonction de leur nature : - clients privés, - clients professionnels, - clients institutionnels	Selon leur nature, le niveau de vérification et d'information à dispenser aux clients sera différent. La classification est l'étape essentielle pour l'activité de gestion, car elle détermine pour l'avenir de la relation le niveau de diligences à effectuer. A défaut de qualification, tous les clients seront considérés comme clients privés.	Deux ans à compter du 01.01.2020, les intermédiaires financiers choisiront à quelle date les nouvelles règles sont applicables dans cet intervalle. Toutes les règles doivent être appliquées au même moment.
Formalisation de la documentation de base	La classification des clients nécessitera une formalisation précise, prévoyant une information détaillée du client sur les tenants et aboutissants de celle-ci et toute renonciation éventuelle à un statut devra se faire sur la base d'une renonciation formelle et éclairée (opting out ⁽¹⁾).	De nouveaux formulaires clients sont à élaborer, ceux-ci devront permettre : - de valider la nature juridique des clients, - de recenser leur activité, les connaissances et l'expérience de ceux-ci, - de les positionner dans une classe spécifique - de formaliser tout éventuel "opting out" pour les personnes éligibles, après que l'impact de cette renonciation ait bien été exposé.	Immédiat, compte tenu du délai de transition court.
Informations légales sur les services offerts	L'intermédiaire financier doit détailler et fournir au client avec son offre de service : - les données légales de la société, - les risques liés aux instruments financiers, - le service proposé, - les relations avec les tiers concernant les services offerts, - l'offre de marché utilisé dans la sélection des instruments financiers. En cas de recommandation sur un instrument financier spécifique, la documentation légale y relative doit être mise à disposition du client.	L'offre de service est généralement matérialisée par le mandat, dès lors ces données devraient être reprises dans le contrat ou dans un document spécifique à condition que toutes ces informations soient mises à dispositions du client suffisamment de temps avant la signature du contrat (ce qui supposerait de pouvoir prouver ce délai entre envoi et signature, délai qui reste à préciser par les OS). Une information spécifique aux risques devra être dispensée, a priori, l'information type brochure des risques de l'ASB pourrait suffire pour la gestion traditionnelle. En cas d'activité / instruments spécifiques, une information particulière semble donc nécessaire. Les relations avec des tiers et autres prestataires ou parties liées concernent les opérations pouvant avoir un impact sur le coût de la prestation ⁽²⁾ ou qui pourraient générer un conflit d'intérêt.	Deux ans à compter du 01.01.2020, les intermédiaires financiers choisiront à quelle date les nouvelles règles sont applicables dans cet intervalle. Toutes les règles doivent être appliquées au même moment.
Informations contractuelle en lien avec les services offerts	Les clients ont droit à une information et des comptes-rendus réguliers. Sur demande des clients, les intermédiaires doivent rendre compte : - du résultat des services rendus, - de la composition, de l'évaluation et de l'évolution du portefeuille, - des coûts globaux liés aux services. Le format de ces comptes rendus sera homogénéisé et fixé par le Conseil fédéral.	Ce point vient renforcer les règles cadres et les dispositions concernant la reddition de compte auprès des clients. Un format minimum doit encore être précisé néanmoins la documentation à prévoir devrait inclure à la fois les documents bancaires usuels (relevés de performances), une présentation du service rendu et des résultats obtenus de même que les coûts directs et indirects (rétrocessions), récurrents ou non, liés au service de même que les tiers impliqués.	Deux ans à compter du 01.01.2020. Toutefois, dans un souci de transparence et d'efficacité, les intermédiaires ont tout intérêt à travailler sur des modèles types de comptes-rendus dès à présent.
Vérification sur le caractère approprié et/ou adéquat	La vérification du caractère approprié et de l'adéquation des services financiers. Le caractère approprié s'évalue lorsque le prestataire fournit des prestations de conseil / recommandation isolée. L'adéquation se mesure lorsque le prestataire fournit un service portant sur la fortune globale (ou la partie confiée en gestion) du client. Ces vérifications ne sont pas nécessaires lorsque le service est de type transmission d'ordre sans conseil / execution only mais seulement après que l'intermédiaire financier ait informé le client qu'aucune vérification n'est effectuée. De même, ces vérifications tout comme l'information légale et contractuelle présentée ci-avant peuvent être écartées par le client professionnel. Cette renonciation / dispense d'information doit être documentée de manière formelle (renonciation expresse).	Comme au point précédent, il s'agit d'un renforcement des règles cadres déjà appliquées par une grande majorité des gérants et d'une extension aux activités de simple conseil. La vérification du caractère approprié consistera à contrôler et documenter pour chaque transaction isolée, la connaissance et l'expérience du client sur l'instrument financier envisagé. L'adéquation consiste à vérifier la situation financière des clients, l'objectif des placements ainsi que sa connaissance et son expérience (stratégie de placement et profils de risques sous l'ancienne réglementation des règles cadres), la documentation doit prévoir : - la nature et le montant des revenus réguliers du client, ses engagements actuels et futurs. - l'objectif de placement en terme de durée, de but (conservation, accroissement) et la propension au risque du client - les éventuelles restrictions de placement	Deux ans à compter du 01.01.2020, les intermédiaires financiers choisiront à quelle date les nouvelles règles sont applicables dans cet intervalle. Toutes les règles doivent être appliquées au même moment.
Gestion des conflits d'intérêts	La société doit documenter les mesures destinées à identifier les éventuels conflits et à les encadrer. L'intermédiaire financier doit également concevoir une politique de rémunération qui ne porte pas atteinte aux intérêts du client. La société doit mettre en place un dispositif de surveillance et d'autorisation des opérations sur titres par ses collaborateurs.	L'ensemble de ces éléments doivent être documentés dans les directives internes de la société, communiquées à l'ensemble de ses collaborateurs. Ces règles encadrent également le volet rémunérations reçues de tiers. Il n'y a pas de changement majeur par rapport aux règles cadres, celles-ci restent autorisées : - si le client y a renoncé expressément après une information préalable (type et ampleur, critères de calcul et fourchettes) - si l'ensemble des rétrocessions sont restituées aux clients.	Déjà applicable pour le volet rétrocession. Les autres éléments (surveillance des collaborateurs et directives internes) sont à implémentés d'ici 2 ans.

⁽¹⁾ *Opting out, les clients privés fortunés peuvent renoncer à être considérés comme simple client et décider que les règles applicables aux clients professionnels leur soit appliquées. Un client fortuné sera considéré comme tel :*

- *s'il dispose de connaissance et d'une expérience suffisante du secteur financier et CHF 500'000.- de fortune de référence*

ou

- *s'il dispose d'une fortune référence de CHF 2 mios sans compétences particulières.*

L'immobilier n'entre pas dans la fortune de référence.

De même, les clients professionnels peuvent opter pour être considérés comme clients institutionnels.

Les clients professionnels comprennent, en résumé, tous les intermédiaires financiers soumis à la LBA (banques, assurances,...) auxquels sont ajoutés toutes les entités (publiques ou privées) disposant d'une trésorerie professionnelle et les grandes entreprises (sociétés dépassant 2 sur 3 seuils, à savoir, total du bilan > CHF 20 mios, total chiffre d'affaires > CHF 40 mios, capital propre > CHF 2 mios).

Inversement, des clients institutionnels ou professionnels peuvent effectuer un opting in et demander à être considérés comme appartenant à la catégorie inférieure.

3) Un besoin latent de support juridique

Comme nous avons pu le constater, des changements organisationnels et au niveau de la gestion sont à attendre. Une chose est sûre, les nouvelles législations vont requérir une documentation formelle renforcée.

La première étape consiste à redéfinir son organisation et sa fonction de contrôle mais aussi de formaliser ce changement dans un règlement interne détaillé.

La seconde étape consiste à déployer un set documentaire formalisant la classification des clients et l'acceptation de celle-ci par ces derniers après une information éclairée mais aussi la vérification du caractère approprié et de l'adéquation des services financiers proposés.

A ce stade, il est difficile de dire si les documents actuels des intermédiaires financiers pourront être complétés par des addendums ou si tous les documents doivent être refaits. Cependant, il est d'ores et déjà fortement probables qu'il ne faille pas attendre d'aide de la part des OS, ces derniers n'ayant désormais qu'une fonction de contrôle et non plus le « volet » association professionnelle. De même, dans le cadre d'un audit prudentiel, le réviseur ne devrait pas pouvoir non plus accompagner ses clients dans l'élaboration de ces documents car il se placerait dans une situation de violation du principe d'indépendance et potentiellement dans le cadre d'une auto-révision de ses propres conseils, ce qui est contraire aux normes professionnelles.

Nous espérons que les anciens OAR, qui devraient perdurer sous une forme ou une autre, joueront ce rôle de conseil pour leurs anciens et nouveaux membres. Nous espérons qu'ils diffuseront des modèles pour permettre cette mise en conformité. A défaut, une grande partie de ces démarches devront être effectuées auprès d'un conseil juridique. Comme toujours, CF Compagnie fiduciaire est là pour vous accompagner dans ce processus de transition et mettre à disposition son réseau de partenaires pour accomplir toutes ces démarches de mises en conformité.