SERVICES ET ETABLISSEMENTS FINANCIERS

PROJETS D'OEFIN ET D'OSFIN

Sommaire

- 01 - Édito
- 02 - OEFin
- 03 - OSFin

01

Édito

Nous sommes ravis de reprendre contact avec nos lecteurs avec ce numéro spécial sur les projets d'ordonnances sur les établissements financiers (OEFin) et sur les services financiers (OSFin).

Attendus avec impatience, voire anxiété, par les prestataires de services financiers (selon la terminologie consacrée), ces deux projets ne devraient susciter ni espoir, ni déception, en ce qu'ils ne révolutionnent pas le dispositif mis en place par les lois. Tout au plus, y voit-on plus clair au niveau des conditions d'organisation et d'autorisation des intermédiaires financiers et sur les obligations d'informations envers les clients.

SOLUTION vous propose un bref récapitulatif des deux paquets LEFin et LSFin avec un zoom sur les projets d'ordonnances. Ce sujet est passionnant et la mise en œuvre de ces nouvelles règles le sera tout autant. Toute l'équipe de Geneva Compliance Group se tient à votre disposition pour approfondir cette thématique ou pour accompagner votre société dans la transition vers 2020.

Le Conseil fédéral a publié le 24 octobre 2018 les projets OEFin et OSFin. Ces textes viennent compléter le dispositif mis en place courant 2018 avec la loi sur les établissements financiers et celle sur les services financiers (LSFin) et s'inscrivent dans la continuité des lois. L'entrée en vigueur de ces textes est prévue pour le 1er janvier 2020.

La LEFin et l'OEFin contiennent les dispositions d'autorisation, d'organisation et de surveillance régissant l'activité des établissements financiers. La LSFin et l'OSFin règlent quant à elles les exigences en matière de fourniture de services financiers et d'offre d'instruments financiers aux clients.

GENEVA COMPLIANCE GROUP SA
Rue de Candolle 12 - 1205 Genève

INFO@GENEVACOMPLIANCE.COM | WWW.GENEVACOMPLIANCE.COM | +41 22 735 35 55

02

OEFin

En matière d'autorisation, d'organisation et de surveillance, les modifications apportées par LEFin et OEFin concernent principalement les gérants de fortune indépendants (GFI) et les *trustees* qui, en principe, n'étaient jusqu'à présent pas assujettis à la FINMA.

La demande d'autorisation à la FINMA devra contenir les éléments suivants :

- l'organisation, en particulier la gestion et le contrôle de l'entreprise ainsi que la gestion des risques ;
- le lieu de la direction effective ;
- la garantie d'une activité irréprochable ;
- les tâches et leur éventuelle délégation ;
- le capital minimal et les garanties ;
- les fonds propres ;
- l'organe de médiation ; et
- l'organisme de surveillance et la société d'audit.

L'organisation du GFI ou du *trustee* devra définir de façon précise le champ d'activité et son rayon géographique, correspondant aux ressources financières et à l'organisation de la société, de sorte que les risques principaux puissent être détectés, évalués, suivis et surveillés.

GFI et *trustees* devront disposer d'une gestion des risques adéquate et d'un contrôle interne efficace *(Compliance)*. La LEFin indique que ces tâches ne pourront pas être assurées par une personne prenant part aux activités qu'elle surveille, tandis que le projet d'ordonnance précise qu'elles ne doivent pas obligatoirement être indépendantes, à condition que certains seuils ne soient pas dépassés (société n'ayant pas plus de cinq collaborateurs ou réalisant un produit brut annuel inférieur à 1.5 million de francs) et que le modèle d'affaires présente peu de risques. Dans tous les cas, la possibilité d'externaliser la fonction *Compliance* à un partenaire qualifié est confirmé par le projet d'ordonnance.

Le rapport explicatif du Conseil fédéral donne un exemple, peu explicite, de la façon dont deux dirigeants ou plus d'une société pourraient se répartir les tâches de gestion et de contrôle :

> *«La répartition précitée pourra par exemple être effectuée selon les modalités suivantes : un dirigeant qui assurera également le suivi des clients, mais ne sera pas chargé de surveiller le portefeuille pourra surveiller les risques et effectuer des contrôles, tandis qu'un dirigeant également chargé de surveiller le portefeuille pourra remplir des tâches relevant de la compliance dans les domaines du blanchiment d'argent et des affaires transfrontalières.»*

Rédigé en bon français fédéral, cet exemple nous paraît peu clair en l'état pour définir d'une organisation interne dispensant de remplir le critère d'indépendance fixé par l'art. 21.3. LEFin. La période de consultation sera utile pour permettre de mieux comprendre les modalités d'application de l'art. 19.2. du projet OEFin. À titre de comparaison, le règlement délégué MiFID n'est pas plus précis sur le sujet en indiquant qu'une entreprise d'investissement peut être dispensée de certaines obligations de gestion des risque et de contrôle interne si elle est en mesure de démontrer que, compte tenu de la nature, de l'échelle et de la complexité de son activité, ainsi que de la nature et de l'éventail de ses services et activités d'investissement, les obligations en question ne sont pas proportionnées et que sa fonction de vérification de la conformité continue à être efficace; l'évaluation doit être régulièrement réexaminée.

Dans le cadre de la garantie de l'activité irréprochable, la demande d'autorisation devra contenir pour les personnes physiques détenant directement ou indirectement 10 % du capital ou des droits de vote (participations qualifiées) :

- la nationalité, le domicile, les participations qualifiées détenues dans d'autres sociétés et les procédures judiciaires ou administratives en cours ;
- un curriculum vitae signé ;
- des certificats de travail et des références ; et
- un extrait du casier judiciaire et du Registre des poursuites.

Pour les sociétés, il faudra inclure les statuts, l'extrait du Registre du commerce, une description des activités, de la structure et de la situation financière, et l'indication des éventuelles procédures judiciaires en cours.

Le capital minimal devra s'élever à 100'000 francs et être entièrement libéré en espèce.

Les fonds propres doivent s'élever constamment à au moins un quart des frais fixes des derniers comptes annuels, jusqu'à concurrence de 10 millions de francs. OEFin définit comme frais fixes les charges de personnel, les charges d'exploitation, les amortissements de l'actif immobilisé et les charges dues aux correctifs de valeur, aux provisions et aux pertes. De l'autre côté de la balance, on entend par fonds propres essentiellement le capital-actions, les réserves, le bénéfice reporté et les réserves latentes.

Enfin, le gérant de fortune ou le *trustee* doivent être affiliés à un organe de médiation et à un organisme de surveillance, et nommer une société d'audit agréée par l'Association suisse des réviseurs (ASR). Des sociétés se sont déjà organisées comme OS en Suisse romande et Suisse alémanique ; cependant, à notre connaissance, la FINMA n'a pas encore publié de liste officielle.

En matière de délai transitoire, les gérants de fortune et *trustee* disposeront, à compter du 1er janvier 2020, de six mois pour s'annoncer à la FINMA et de trois ans pour satisfaire aux obligations précitées et obtenir une autorisation.

03

OSFin

LSFin et OSFin s'appliquent aux services financiers fournis à titre professionnel en Suisse ou à des clients en Suisse.

Afin de pouvoir fournir des services financiers, les prestataires de services financiers devront remplir des obligations organisationnelles, à savoir disposer de prescriptions internes adaptées à leur taille, aux services et aux risques, veiller à la sélection et à la formation continue des collaborateurs et exclure toute incitation financière pouvant conduire à un conflit avec les intérêts des clients. Ces aspects devront être contenus dans des processus opérationnels contraignants et soumis à des contrôles internes.

Parmi les mesures organisationnelles touchant les clients, les prestataires de services financiers devront classer les clients en clients privés, professionnels ou institutionnels. Un client privé bénéficiera du niveau de protection légale le plus élevé, alors qu'un client identifié comme client professionnel ou client institutionnel bénéficiera d'une protection moindre, ce dernier étant considéré comme ayant de meilleures connaissances et une plus grande expérience en relation avec la fourniture de services financiers ou d'instruments financiers.

Les clients privés fortunés et les structures d'investissement privées instituées pour ceux-ci peuvent déclarer qu'ils souhaitent être considérés comme des clients professionnels *(opting-out)*, pour autant qu'ils disposent des connaissances et de l'expérience professionnelle, et d'une fortune d'au moins 500'000 francs. Un client privé disposant d'une fortune d'au moins 2 million de francs peut aussi effectuer un *opting-out*. OSFin apporte des précisions quant à la définition de fortune en excluant du calcul de la fortune les placements directs dans l'immobilier et les prétentions en matière d'assurances sociales et de prévoyance professionnelle.

Concernant la vérification du caractère approprié et de l'adéquation dans le cadre d'un service de conseil en placement ou de gestion de fortune, OSFin n'apporte guère de précisions, hormis la mention explicite que le prestataire de services financiers tient compte, en matière d'adéquation, de l'expérience et des connaissances du client, de sa situation financière compte tenu de l'origine et du montant des revenus réguliers de ce dernier, de sa fortune et de ses engagements financiers actuels et futurs, de ses objectifs de placement compte tenu des indications fournies sur la durée et sur le but du placement, sur sa capacité de risque et sur sa propension au risque, ainsi que des éventuelles restrictions de placement.

En matière d'information vis-à-vis des clients, LSFin et OSFIn prévoient des obligations étendues. Les prestataires de services financiers devront communiquer aux clients leurs adresses et contacts, l'autorisation dont ils disposent, les noms et adresses de l'autorité de surveillance et de l'organisme de surveillance auxquels ils sont affiliés. Les caractéristiques et le fonctionnement des services financiers devront aussi être communiqués aux clients, de même que les principaux droits et obligations de ceux-ci.

GENEVA COMPLIANCE GROUP

Parmi les thèmes qui ne sont pas couverts par le projet OEFin, il est intéressant de relever l'absence de disposition concernant le contenu ou standard minimal de formation des conseillers à la clientèle. Après le Parlement, c'est au tour du Conseil fédéral de se dessaisir de ce point. Si le projet reste en l'état, la question sera de savoir si la FINMA décidera d'établir un standard ou si l'appréciation du niveau de formation restera de l'appréciation des prestataires eux-mêmes.

Les délais de transition LSFin/OEFin sont d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la loi et de l'ordonnance.

Une équipe à votre écoute

GUILLAUME
DE BOCCARD

ASSOCIÉ
gdb@genevacompliance.com

ROMAIN
BLANC

SENIOR MANAGER
rb@genevacompliance.com