

Critères subjectifs de définition

Pourquoi les réglementations inappropriées génèrent une concurrence déloyale.

RENATE WEY

Responsable du département juridique de Mirabaud & Cie SA



DATES IMPORTANTES POUR LA RÉGLEMENTATION SUISSE	
04.11.2015	Adoption du message du Conseil fédéral LSFin et LEFin
18.11.2015	Adoption du message du CF sur l'EAR entre la Suisse et l'Australie
25.11.2015	Adoption du message du CF sur l'EAR entre la Suisse et l'UE
18.12.2015	Approbation de la Loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR)
01.01.2016	Entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) /Entrée en vigueur LIMF
20.01.2016	Ouverture de la procédure de consultation sur EAR entre la Suisse et les dépendances de la Couronne britanniques (Jersey, Guernesey et Ile de Man) ainsi que l'Islande et la Norvège
29.01.2016	Ouverture de la procédure de consultation sur l'EAR entre la Suisse et le Japon
05.02.2016	Ouverture de la procédure de consultation sur l'EAR entre la Suisse et le Canada
19.02.2016	Ouverture de la procédure de consultation sur l'EAR entre la Suisse et la Corée du Sud
09.04.2016	Expiration du délai référendaire de la LEAR
01.01.2017	Entrée en vigueur des bases légales pour la mise en œuvre de l'EAR en Suisse
2018	Premier échange de données sous la LEAR
2018	Entrée en vigueur LSFin et LEFin
Source: KPMG	

L'industrie bancaire et financière suisse s'est développée au XX^e siècle en s'appuyant sur des lois-cadres, qui laissaient davantage de flexibilité aux entreprises, notamment dans la mise en œuvre dans leurs directives internes. Au fil des années, il s'est avéré que ces lois-cadres manquaient parfois de précision, et qu'elles laissaient trop de place à la libre interprétation. Cette «liberté» a conduit certaines sociétés à des excès qui ont valu à la Suisse d'être pointée du doigt et de subir des pressions internationales.

Législation. Aujourd'hui, la situation a bien changé. Le Conseil fédéral, le pou-

voir législatif, tout comme la FINMA, en tant qu'autorité de surveillance, ont la volonté d'instaurer une réglementation plus détaillée pour répondre aux normes européennes et à celles de l'OCDE, tant au niveau organisationnel qu'opérationnel. Cependant, la Suisse a de la peine à accepter telles quelles les réglementations européennes. N'étant pas membre de l'Union européenne, et attachée à son autonomie, elle préfère disposer de ses propres textes et documents légaux.

Si la Confédération s'inspire de ce qui se fait à l'étranger, elle a tendance à être perfectionniste à l'extrême, apportant ainsi aux nouvelles réglementations un côté «swiss finish». Cela se traduit concrètement depuis ces dernières années par une

intensification de la réglementation avec la difficulté supplémentaire d'adapter les règles internationales à l'environnement helvétique, ce qui rend parfois la tâche très complexe, notamment pour les banques. Si pour les entreprises pures «swiss player» avec une clientèle locale, ces nouvelles législations sont plus aisément applicables, ce n'est pas le cas pour des établissements dont la clientèle est aussi étrangère.

Les critères de définition ne sont pas les mêmes entre la Suisse et le pays de résidence de la clientèle. Dès lors, les banques helvétiques se retrouvent parfois coincées entre deux cadres légaux distincts.

Problématique Voici un exemple qui illustre cette dichotomie: aujourd'hui, le législateur a choisi d'intégrer MIFID I et MIFID II dans la LSFIN. Contrairement à nos voisins européens, notre réglementation ne fait pas les mêmes distinctions entre les produits complexes et non complexes. Par conséquent, dans le cadre d'un mandat de conseil au sein de la communauté européenne, les gestionnaires suisses vont toujours se retrouver à cheval entre deux réglementations: l'europeenne qui s'appliquera au client domicilié à l'étranger et la législation suisse, découlant du for juridique désigné dans le mandat de conseil. Ainsi, en cas de conflit entre le client et sa banque, il y a de fortes chances que le client saisisse les juridictions de son pays de domicile et cela malgré la mention du for juridique suisse. On constate en effet dans la pratique que la clause du for a de moins en moins d'impact, celle-ci étant imposée de manière unilatérale dans les conditions générales. Les conséquences de cette tendance sont importantes pour les banques suisses.

Ces dernières peuvent potentiellement se retrouver devant un juge européen qui aura davantage tendance à s'appuyer sur le droit européen que sur la législation suisse. Prenons encore l'exemple des fonds de droit luxembourgeois: si ces derniers ne peuvent être distribués qu'à des

investisseurs expérimentés, la définition «d'investisseur qualifié» n'est pas la même au Luxembourg qu'en Suisse. Les banques sont en permanence confrontées à ces différenciations de notions et de terminologie, bien souvent à leur détriment.

Depuis quelques années, on constate l'orientation de la FINMA vers une réglementation et des directives beaucoup

plus strictes, l'adoption de circulaires plus détaillées, qui, malheureusement, ne correspondent pas toujours à la réalité du terrain. Ces circulaires ont dans les faits pratiquement force de loi, même si elles n'en sont pas. Là où le bât blesse, c'est que les entreprises, notamment les banques, ne peuvent participer au processus d'élaboration de ces circulaires que de manière limitée. Par conséquent, elles doivent parfois composer avec des directives qui posent des difficultés de mise en œuvre, car celles-ci n'ont pas pris en compte des spécificités pratiques.

En consultant davantage de professionnels de la finance ayant travaillé au sein d'établissements bancaires suisses, la FINMA bénéficierait de leur expérience pratique et l'application des circulaires serait plus aisée pour ses destinataires.

La FINMA jouit par ailleurs d'une plus grande autonomie pour élaborer ses circulaires que la Confédération pour instaurer de nouveaux textes légaux. Pourtant, les retombées de ces circulaires sont très importantes pour toutes les entreprises, tant les exigences de la FINMA sont poussées. Elles vont, par exemple, jusqu'à cadrer le fonctionnement interne des établissements, lister les nombreuses tâches à accomplir, intervenir dans la composition du Conseil d'administration et même dans leur manière de régler des éventuels différends. Les contraintes imposées par ces directives sont très étendues et ne correspondent pas toujours à l'ADN de certaines entreprises et à leur manière de fonctionner. Toutefois, les sociétés soumises à la FINMA n'ont pas d'autre choix que de se conformer à ces réglementations, décidées presque unilatéralement.

Standards. Ce cadre très, voire trop, strict pose un réel problème d'égalité de traitement, notamment vis-à-vis des gestionnaires de fortune indépendants (GFI) qui bénéficient – et ce malgré les nouvelles directives qui entreront en vigueur

en 2017 – d'un environnement réglementaire moins contraignant. Si les GFI sont soumis à la supervision d'organismes d'autorégulation (OAR), ils ont le choix entre différentes autorités de contrôle. Dès lors, un mécanisme de concurrence s'instaure entre elles et pousse certains régulateurs à être moins stricts dans l'application et le contrôle des normes; ce qui implique une concurrence déloyale vis-à-vis des gérants de fortune opérant au sein d'une banque étant, eux, supervisés par la FINMA contrairement aux GFI. Cepen-

Le cadre très strict pose un réel problème d'égalité de traitement. Notamment vis-à-vis des gestionnaires de fortune indépendants.

dant, lorsqu'un client décide de confier la gestion de son patrimoine à un GFI, il devrait pouvoir s'attendre aux mêmes standards et aux mêmes contrôles du respect des normes légales que s'il avait déposé ses avoirs dans un établissement bancaire en faveur duquel il aurait signé un mandat de gestion.

Option. Dès lors, la question du régulateur indépendant pour les GFI se pose: ne devraient-ils pas, à terme, être eux aussi soumis à la supervision de la FINMA? Ou alors, les organismes d'autorégulation des GFI ne devraient-ils pas être rattachés à la FINMA? Si ces pistes de réflexion sont intéressantes, elles posent cependant deux problématiques majeures. D'une part, pour entreprendre une telle réorganisation, il faudrait que la FINMA – qui opère depuis Berne – soit prête à déléguer les contrôles effectifs et la bonne application

de ses circulaires à des bureaux répartis dans plusieurs cantons. Cette décentralisation conduirait probablement à une moins bonne surveillance des standards FINMA. L'option d'une intégration des OAR existants au sein de la FINMA à Berne poserait quant à elle la question du besoin de ressources supplémentaires, notamment l'engagement de personnel qualifié.

Evolution. Au-delà de la gestion des organismes de surveillance, qui procèdent d'ailleurs à davantage de contrôles que leurs voisins européens, la Suisse est surtout et encore victime de son passé. Dans certaines affaires relayées dans la presse, on constate que le régulateur, le procureur et l'opinion publique ont tendance à juger la situation à l'aune des règles actuelles. Pourtant, certains dossiers relèvent de la fin des années nonante ou du début des années 2000, époque où les réglementations en vigueur n'étaient pas aussi précises et détaillées, mais à laquelle elles étaient surtout différentes. S'appuyer sur les standards d'aujourd'hui pour juger des situations passées n'est bénéfique ni pour les entreprises suisses ni pour l'image de notre pays à l'international. Il est très difficile de faire comprendre à l'opinion publique que le secteur bancaire a fortement évolué ces quinze dernières années et qu'il est devenu beaucoup plus professionnel et davantage réglementé.

Par ailleurs, la Suisse a fourni de nombreux efforts pour adopter les standards internationaux, en signant notamment les accords FATCA. Pourtant, les professionnels suisses de la gestion de fortune sont encore très isolés par rapport à l'accès aux marchés européens et internationaux. Lors de ses négociations et de ses rencontres avec les pays voisins, la Suisse n'est malheureusement pas reconnue en tant qu'état équivalent aux États européens, qui eux bénéficient de cet accès aux marchés. Cette situation pénalise fortement notre pays. Ce n'est en outre pas non plus dans l'intérêt du consommateur-client de

Date: 16.09.2016

AGEFI
magazine

se voir limiter dans le choix de sa banque et de son gestionnaire de fortune. Une compétition équitable apporterait une saine et nécessaire «garantie de professionnalisme». ///

La FINMA bénéficie d'une plus grande autonomie pour élaborer ses circulaires que la Confédération lorsqu'il s'agit de produire de nouveaux textes légaux.