

JANVIER 2019

Newsletter

Auteurs:
Olivier Favre
Philippe Borens



BANKING & FINANCE

Nouvelles règles de comportement pour les prestataires de services financiers

La loi fédérale sur les services financiers (LSFin) introduira à partir de janvier 2020 de nouvelles règles de comportement au “point de vente” pour les prestataires de services financiers dans le but d’aligner la législation suisse à MiFID II. Leur impact dépend de la catégorie de clients et de l’offre de services en matière de gestion de fortune, de conseil en placement ou de execution only. La consultation relative au projet d’ordonnance à la LSFin (P-OSFin) se termine le 6 février 2019.

1 INTRODUCTION

En ce qui concerne les aspects régis par la loi fédérale sur l’infrastructure des marchés financiers (LIMF), le droit suisse est déjà conforme au droit de l’UE (p.ex. en matière de réglementation des **infrastructures des marchés financiers** et des **marchés des dérivés**). L’un des objectifs de la nouvelle LSFin et de la loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin) est d’aligner la législation suisse à **MiFID II**. Cela devrait permettre aux autorités de l’UE d’accorder à la Suisse le “**statut d’équivalence**” selon les règles d’accès au marché de MiFID II pour les prestataires de services financiers de juridictions de pays tiers.

Les **nouvelles règles de comportement** pour les prestataires de services financiers dans le cadre de la LSFin comprennent notamment (i) une nouvelle **segmentation de la clientèle** en clients privés, clients professionnels et clients institutionnels au lieu de l’ancienne classification en inves-

tisseurs qualifiés et non qualifiés, (ii) de nouvelles obligations d’**information** en plus de la divulgation standardisée des risques actuellement en place, (iii) la vérification du **caractère approprié** et de l’**adéquation** pour les clients sous gestion et sous conseil, (iv) de nouvelles règles relatives à la **best-execution**, aux **conflits d’intérêts** et à l’**égalité de traitement** des investisseurs, (v) aux rétrocessions et (vi) à l’introduction d’une **obligation d’enregistrement** pour les conseillers à la clientèle.

Ces nouvelles règles de comportement selon la LSFin s’appliqueront aux **prestataires de services financiers**, c’est-à-dire aux personnes qui fournissent à titre professionnel des **services financiers** en Suisse ou à des clients en Suisse. Les entreprises d’assurance et les institutions de prévoyance seront exclues du champ d’application. La définition des services financiers englobe les activités suivantes, pour autant qu’elles soient fournies à des clients:

- > l'**acquisition** ou l'**aliénation** d'instruments financiers;
- > la réception et la transmission d'**ordres** portant sur des instruments financiers;
- > la gestion d'instruments financiers (gestion de fortune);
- > des recommandations personnalisées en lien avec des instruments financiers (conseil en placement); et
- > l'octroi de **crédits** pour exécuter des opérations sur instruments financiers.

Il n'est pas nécessaire que les prestataires soient soumis à la surveillance prudentielle de la FINMA prestataires pour tomber dans le champ des règles de comportement de la LSFIn.

Selon la LSFIn, les **instruments financiers** sont (i) les titres de participation et les titres convertibles en titres de participation, (ii) les titres de créance (y compris les obligations et autres titres de créance), (iii) les parts de placements collectifs de capitaux, (iv) les produits structurés, (v) les dérivés au sens de la LIMF et (vi) les dépôts structurés. À l'exception de (i) et (ii), le champ d'application des règles de conduite de la LSFIn n'exige **pas** que les instruments financiers soient considérés comme des **valeurs mobilières**.

2 SEGMENTATION DES CLIENTS

2.1 CATÉGORIES DE CLIENTS

Les prestataires de services financiers devront catégoriser leurs clients en clients privés, professionnels ou institutionnels, sauf s'ils considèrent tous leurs clients comme privés.

Les **clients institutionnels** sont des intermédiaires financiers soumis à surveillance prudentielle (banques, maisons de titres, directions de fonds, gestionnaires de fortunes autorisés et trustees), les entreprises d'assurance, les banques centrales et certains établissements de droit public disposant d'une trésorerie professionnelle.

Les **clients professionnels** sont, en sus des clients institutionnels, les institutions de prévoyance, les établissements de droit public et les entreprises disposant d'une trésorerie professionnelle, les grandes entreprises (soit qui franchissent deux des seuils suivants: bilan de CHF 20 millions, chiffre d'affaires de CHF 40 millions ou capital propre de CHF 2 millions) et les structures d'investissement privées disposant d'une trésorerie professionnelle pour particuliers fortunés qui peuvent faire un opting-out.

Les clients sont par défaut des **clients privés** s'ils ne sont pas des clients institutionnels ou des clients professionnels.

Dans le cadre des placements collectifs de capitaux, la classification entre investisseurs qualifiés et non qualifiés reste nécessaire.

2.2 OPTING-OUT DES CLIENTS PRIVÉS

Les **clients privés** peuvent **renoncer** à leur statut et déclarer qu'ils souhaitent être considérés comme des clients professionnels s'ils (i) disposent d'une fortune d'au moins CHF 500'000 et des connaissances nécessaires pour comprendre les risques des placements du fait de leur formation et de leur expérience professionnelle ou d'une expé-

rience comparable dans le secteur financier, ou (ii) disposent d'une fortune d'au moins CHF 2 millions.

La **fortune** comprend, selon le P-OSFin, (i) les avoirs à vue ou à terme, (ii) les valeurs mobilières y compris les placements collectifs et les produits structurés, (iii) les dérivés, (iv) les métaux précieux, (v) les assurances-vie ayant une valeur de rachat (vi) les placements fiduciaires. Les placements immobiliers et les prétentions en matière d'assurances sociales ou les avoirs de prévoyance professionnelle ne sont pas inclus. Les clients privés qui détiennent une fortune en commun doivent faire l'opting-out **en commun**.

Si un client privé agit par l'intermédiaire d'un gestionnaire de fortune, il peut déclarer par écrit que les connaissances et l'expérience du gestionnaire doivent être prises en compte.

2.3 OPTING-IN DES CLIENTS PROFESSIONNELS ET INSTITUTIONNELS

Les **clients professionnels** peuvent à l'inverse **opter pour** le statut de client privé. De même, les **clients institutionnels** peuvent opter pour le statut de client professionnel. Le prestataire de services financiers doit informer ses clients professionnels et institutionnels des possibilités d'opting-in.

"Les clients sont par défaut des clients privés s'ils ne sont pas des clients institutionnels ou professionnels."

3 DÉTERMINATION DU TYPE DE SERVICE

Pour déterminer l'étendue des obligations au point de vente, le prestataire de services financiers doit **classer** les relations avec ses clients dans les catégories (i) **contrats de gestion**, (ii) contrats de conseil et (iii) **execution only**.

4 NOUVELLES RÈGLES DE COMPORTEMENT AU "POINT DE VENTE"

4.1 ÉTENDUE PERSONNELLE

Si les nouvelles règles de comportement ne s'appliquent pas aux clients institutionnels, elles s'appliqueront pleinement aux clients privés. Les clients professionnels peuvent renoncer aux droits mentionnés aux ch. 4.2 et 4.4 ci-dessous.

4.2 FOURNITURE D'INFORMATIONS

En matière d'**informations**, un prestataire de services financiers devra informer ses clients **avant la conclusion d'un contrat ou la fourniture d'un service** sur (i) son nom et son adresse, (ii) son champ d'activité, (iii) son statut réglementaire, (iv) la possibilité d'engager une procédure de médiation auprès d'un organe de médiation reconnu et (v) les risques généraux liés aux instruments financiers. Ces informations peuvent être fournies dans une **brochure standardisée**.

De plus, les informations fournies devront également comprendre les éléments suivants :

- > **Information sur les coûts liés aux services financiers:** selon le P-OSFin, le prestataire de services financiers doit fournir une information sur les **coûts uniques** (p.ex. frais d'ouverture ou de clôture de compte) et les **coûts récurrents** (p.ex. commissions annuelles de

dépôt ou de gestion) en lien avec le service financier. Cette information doit être donnée lors de la conclusion du contrat concerné (p.ex. pour un contrat de gestion ou de conseil) ou avant la première fourniture du service financier (p.ex. lors de transactions). L'information doit être faite de la manière la plus précise possible et peut être faite - dans la mesure où cela n'est pas possible autrement - sur la base de tarifs généraux. Toutefois, selon la LSFIn, l'obligation de fournir des informations sur les coûts liés à une transaction ne s'applique que si le prestataire de services financiers recommande le produit, par exemple dans le cadre d'une relation de conseil en placement.

- > **Information sur les risques liés aux services financiers:** dans le cadre de conseils en placement, il s'agit des informations sur les instruments financiers à acquérir, en tenant compte du portefeuille du client. Dans le cadre de contrats de gestion de fortune, il s'agit des informations sur les risques découlant de la stratégie de placement.
- > **Information relative à de potentiels conflits:** l'information doit comprendre tout lien avec des tiers qui pourrait donner lieu à un conflit d'intérêts et toute mesure visant à les atténuer.
- > **Information sur l'offre du marché:** cette information doit indiquer au client si l'offre du marché prise en considération provient ou non de tiers.
- > **Feuille d'information de base:** lorsqu'un instrument financier est offert à des **clients privés**, en ligne avec l'obligation découlant dans l'UE du Règlement PRIIPs, le producteur doit **préparer une feuille d'information de base**. Cette obligation ne s'applique pas aux titres de participation (y compris les obligations convertibles) et aux **titres de créance sans caractère de dérivés** (p.ex. les obligations à taux fixe, les obligations à durée indéterminée, les obligations à taux variable classiques). Dans la mesure où une feuille d'information de base doit être préparée, le prestataire de services financiers au point de vente doit la mettre à la disposition des clients privés lorsqu'il **recommande** le produit financier. Par conséquent, la feuille d'information de base n'a pas à être mise à disposition par un prestataire de services financiers fournissant uniquement des services d'execution only, sauf lorsqu'une feuille d'information de base est déjà disponible. Si un instrument financier est uniquement offert **à des clients sous mandat de gestion**, aucune feuille d'information de base ne doit être établie.
- > **Prospectus:** Dans la mesure où un prospectus doit être établi (voir notre précédente Newsletter de janvier 2019), le prestataire de services financiers doit le mettre à disposition sur demande.

4.3 ADÉQUATION ET CARACTÈRE APPROPRIÉ

Les prestataires de services financiers offrant des **services de gestion** de fortune doivent procéder à une vérification de l'**adéquation**. Ceci vaut également lorsque le service consiste en du **conseil en placement** en tenant compte du portefeuille du client. Lorsque les conseils en placement se limitent à des transactions isolées, seule une vérification du caractère approprié est requise.

Dans le cadre de la vérification du caractère approprié, le prestataire de services financiers doit examiner les connaissances et l'expérience de ses clients afin de vérifier si l'instrument financier recommandé est approprié. La vérification de l'adéquation doit également tenir compte de la situation financière du client et de ses objectifs de placement.

Pour les clients ayant des **relations execution only** - contrairement à MiFID II, où ce n'est le cas que pour des instruments financiers non complexes - aucune vérification de l'adéquation ou du caractère approprié n'est requise. Le prestataire de services financiers doit informer ses clients qu'aucune vérification de ce type ne sera effectuée.

"Les informations au client devront inclure les indications relatives aux coûts."

4.4 OBLIGATIONS DE DOCUMENTATION

Un prestataire de services financiers doit **documenter** les services financiers convenus avec les clients et les informations recueillies sur le client.

5 BEST EXECUTION

Les prestataires de services financiers assurent lors de l'exécution des ordres de clients le **meilleur résultat possible** en ce qui concerne les coûts, la rapidité et les autres conditions. Ils définissent ceci dans une **best execution policy** à revoir annuellement.

6 RÉTROCESSIONS

Les rétrocessions comprennent tout paiement ou autre avantage ou service qu'un prestataire de services financiers reçoit de tiers dans le cadre de services financiers. Selon le droit actuel, de tels versements appartiennent au client, à moins qu'il n'y ait valablement renoncé. Une renonciation valable exige que le client connaisse au moins la fourchette de tels versements.

7 REGISTRE DES CONSEILLERS

Les **conseillers à la clientèle** d'un prestataire de services financiers non soumis à la surveillance de la FINMA ou d'un organisme de surveillance au sens de la loi sur la surveillance des marchés financiers (p.ex. conseillers en placement suisses ou prestataires de services financiers étrangers sans présence en Suisse) seront soumis à l'obligation d'être **enregistrés en Suisse**. Une exemption limitée est prévue pour les conseillers à la clientèle d'un prestataire étranger si (i) le prestataire fait partie d'un groupe financier soumis à la surveillance consolidée de la FINMA et (ii) les conseillers à la clientèle traitent en Suisse uniquement avec des clients professionnels ou institutionnels. Étant donné la portée limitée de l'exemption, l'exigence d'enregistrement s'appliquera à de nombreux prestataires financiers étrangers.

8 PERSPECTIVES

Il reste à savoir si l'alignement du droit suisse au droit de l'UE dans le cadre de la LSFIn sera suffisant pour obtenir le **"statut d'équivalence"** selon les règles d'accès au marché de MiFID II pour les prestataires de services financiers de juridictions de pays tiers. Sur certains points essentiels, le

droit suisse adopte une approche **plus libérale** que le droit communautaire, p.ex. dans le cadre des **rétrocessions** ou en n'exigeant pas la séparation de la recherche et la manière dont la recherche devrait être financée. Le droit suisse est aussi plus libéral dans le cadre de la gouvernance des produits. L'entrée en vigueur de la réglementation suisse est prévue pour le 1^{er} janvier 2020. Les prestataires de services financiers bénéficieront d'un délai transitoire d'une année pour effectuer la classification des clients et assurer le respect des nouvelles règles de comportement au point de vente (ch. 2 et 4 ci-dessus). Les conseillers à la clientèle assujettis à l'obligation d'enregistrement (ch. 7 ci-dessus) devront déposer leur demande d'enregistrement d'ici au 1^{er} juillet 2020.

Contacts

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:



Caroline Clemetson

Associée à Genève et Zurich
caroline.clemetson@swlegal.ch



Olivier Favre

Associé à Zurich
olivier.favre@swlegal.ch



Tarek Houdrouge

Associé à Genève
tarek.houdrouge@swlegal.ch



Philippe Borens

Associé à Zurich
philippe.borens@swlegal.ch



Grégoire Wuest

Associé à Genève
gregoire.wuest@swlegal.ch



SHELLENBERG WITTMER SA / Avocats

ZURICH / Löwenstrasse 19 / Case postale 2201 / 8021 Zurich / Suisse / T+41 44 215 5252

GENÈVE / 15bis, rue des Alpes / Case postale 2088 / 1211 Genève 1 / Suisse / T+41 22 707 8000

SINGAPOUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapour 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch

Cette Newsletter est disponible en français, anglais et allemand sur notre site internet www.swlegal.ch.