

OLIVIER DUNANT  
LUC HAFNER  
MICHELE WASSMER  
NICOLAS PIERARD  
MARC FISCHER  
PATRICK BLASER  
NICOLAS KILLEN  
MICHEL BARBEY  
LOUIS BOISSIER  
LAURENT KYD  
ALEXANDRE DE WECK  
STEPHANIE LA ROCHE  
LUCA BOZZO  
SONIA RYSER  
PAUL HANNA  
NICOLAS CANDAUX  
PIERRE BYDZOVSKY  
ARNAUD CYWIE

CONSEILS:  
ALFRED GIROD  
EXPERT FISCAL DIPLOME

CHRISTINE DE MONTMOLLIN  
PIERRE TURRETTINI  
ANNE-SOPHIE COLLOMB  
AMBROISE CROISY  
LUKAS VAN DOBBEN  
ALEXANDRE GALLOPIN  
VINCENT GUIGNET  
HADRIEN MANGEAT  
VANESSA FROSSARD  
YANNICK FERNANDEZ  
ANNE LAURE BANDLE  
NORA BATTISTI  
TOBIAS SIEVERT  
MARINE GEISLER  
ELODIE FRITSCHY-KUGLER

Le 6 février 2019  
5211241/180479

Secrétariat d'État aux questions financières  
internationales SFI  
Bundesgasse 3  
3003 Berne

Par courriel uniquement ([rechtsdienst@sif.admin.ch](mailto:rechtsdienst@sif.admin.ch))

**Réponse à la consultation - Ordonnance sur les services financiers (OSFin),  
ordonnance sur les établissements financiers (OEFin), ordonnance sur les  
organismes de surveillance (OOS).**

Madame, Monsieur,

L'Etude Borel & Barbey est une étude importante du Canton de Genève et dispose d'un département dédié aux institutions financières. A ce titre, nos clients sont directement touchés par les projets d'ordonnances susvisées.

Vous trouverez ci-dessous nos commentaires concernant les projets d'ordonnances et en annexe les textes des ordonnances avec nos suggestions rédactionnelles ([Annexe 1](#)).

**I Ordonnance sur les services financiers (OSFin)**

**1 Champ d'application – Clients ayant transféré leur domicile en suisse (2 al. 2 lit. d OSFin)**

Les clients de prestataires de services financiers sont mobiles et ainsi susceptibles de changer de domicile à titre provisoire ou à titre permanent. Requérir d'un prestataire de services financiers étranger qui a démarché régulièrement ses clients à l'étranger, qu'il fasse enregistrer ses conseillers à la clientèle dans le registre des conseillers des art. 28 et ss LSFIn lorsqu'un ou plusieurs clients transfèrent leur domicile en Suisse et que les services fournis sont identiques nous semble excessif. Aussi, nous suggérons d'inclure cette dispense dans l'art. 2 al. 2 lit. d OSFin.

## **2 Champ d'application – Exclusion des trustees du champ d'application de la LSFIn (2 al. 4 OSFin)**

Pour les spécialistes des questions « trustales », les trustees ne fournissent pas des activités de gestion de fortune à des tiers puisqu'ils gèrent le patrimoine dont ils sont devenus propriétaires conformément au trust deed et à la loi applicable au trust et, de ce fait, ne doivent pas être considérés comme des prestataires de services financiers.

Le rapport explicatif du Conseil fédéral (ad art. 13 OEFIn, p. 85) dans le cadre d'un obiter dictum précise que :

*« L'activité de trustee ... Ne répondant en revanche pas aux critères de la «gestion de fortune» visée à l'art. 3, let. c, ch. 3, LSFIn, elle n'est pas soumise à cette loi. »*

La sécurité du droit recommande que l'exclusion des trustees du champ d'application de la LSFIn soit à tout le moins expressément prévue par l'OSFin dans un nouvel art. 2 al. 4 OSFin.

Nous tenons à préciser que, s'agissant des trustees, notre Etude a contribué à la prise de position de la SATC.

## **3 Remise de documents (97 al. 2 OSFin)**

Limiter uniquement aux banques le droit de réclamer une indemnité suite à une demande réitérée d'un client d'obtenir une copie de dossier ne se justifie pas ; il faut l'étendre à tous les établissements financiers.

## **II Ordonnance sur les établissements financiers (OEFIn)**

### **1 Liens familiaux – filleuls (2 al 3 lit. g OEFIn et art. 7 al. 5, lit. g. OBA)**

Faire bénéficier les filleuls de l'exemption à la LEFin au titre des Liens familiaux nous semble problématique et superflu. En effets, seuls des registres paroissiaux ou autre documents de baptême non détenus par des autorités civiles ou administratives démontrent l'existence d'un lien entre une marraine ou un parrain et un(e) filleul(e). Aussi cette disposition devrait être supprimée.

La même remarque s'applique mutatis mutandis à la modification proposée de l'art. 7 al. 5, let g. OBA qui considèrent les filleuls comme des personnes proches.

### **2 Assujettissement des private trust companies familiale à la LEFin (2 al. 7 OEFIn)**

Certains settlors, plutôt que de confier leurs avoirs à un trustee professionnel, préfèrent constituer une société qui agira comme trustee du trust qu'ils entendent constituer en tant que settlor. Ce sont ce que l'industrie appelle communément des « private trust companies » (« PTC »).

Le client, sa famille, le protector du trust, un purpose trust, une fondation ou un autre mandataire peut ultimement contrôler la PTC ce qui directement ou indirectement assure un certain contrôle du trustee.

Par ailleurs, ces entités peuvent permettre aux membres de la famille de pouvoir participer à la gestion du trust en tant qu'administrateurs de la PTC sans pour autant être considérés automatiquement comme un trustee de fait puisque d'autres administrateurs de la PTC participent également au processus de gestion et que les décisions sont prises collectivement.

Selon le message du Conseil fédéral, l'art. 2, al. 2, lit. a, LEFin s'applique également aux membres de la famille qui exercent une activité pour le *family office* de leur famille et aux employés qui, sans présenter de lien de parenté avec la famille concernée, sont chargés de gérer un *family office* administrant exclusivement les valeurs patrimoniales de la famille et contrôlé par les membres de cette dernière. Le rapport explicatif du Conseil fédéral le rappelle s'agissant de la portée de l'art. 2. al. 3 OEFin.

A l'instar de l'exemption prévue pour les *family office*, une private trust company suisse chargée de gérer un trust familial et contrôlé par la famille concernée (au sens de l'art. 2. al. 3 OEFin) devrait être exclue du champ d'application de la LEFin.

### **3 Trustee administrant une private trust company – dispense d'une autorisation complémentaire pour la private trust company (4 al. 3 OEFin)**

Un trustee autorisé au sens de l'art. 5 al. 1 LEFin devrait être en mesure de gérer ou administrer une private trust company suisse sans avoir à demander une seconde autorisation au sens de l'art. 5 al. 1 LEFin pour la private trust company. Cela étant, la dispense d'autorisation n'exclut pas l'application des dispositions de la LEFin qui s'applique au demeurant au trustee pour ses activités.

### **4 Participations qualifiées – Personnes liées – Renvoi à l'art. 121 LIMF (7 al. 5 OEFin)**

L'article 7 al. 5 OEFin stipule que « *les personnes liées entre elles économiquement ou d'une autre manière qui détiennent ensemble plus de 10% du capital ou des droits de vote de l'établissement financier sont considérés comme détenant une participation qualifiée au sens de l'art. 11 al. 4 LEFin.* »

A notre sens, le concept de « *personnes liées entre elles économiquement ou d'une autre manière* » reste relativement large et susceptible d'interprétation. Un renvoi à la LIMF, soit à son article 121 (Obligation de déclarer incombant aux groupes organisés), et la réglementation boursière suisse, telle que précisée par la SIX Exchange Regulation AG, nous semble plus approprié car assurant une uniformité en droit suisse.

En toute hypothèse, une harmonisation des diverses dispositions traitant de cette question devrait être réalisée. A cet égard, la loi sur les banques (art. 3 al. 2 lit. c) prévoit que sont des détenteurs de participations qualifiées, les personnes physiques ou morales qui détiennent dans une banque, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de vote, ou qui de toute autre manière peuvent exercer une influence notable sur la gestion de la banque.

Quant à la LPCC, elle prévoit (art. 14 al. 3 lit. c) que sont des détenteurs de participations qualifiés les détenteurs d'une participation directe ou indirecte d'au moins 10 % du capital ou des droits de vote ou ceux qui peuvent de toute autre manière exercer une influence déterminante sur la gestion des affaires : les personnes ayant des intérêts économiques communs lorsqu'elles atteignent ensemble ce taux minimal.

## **5 Droit d'être assujéti à un organisme de surveillance (13 OEFin)**

Nous comprenons que la formulation du titre de cette disposition s'apparente aux principes prévalant en matière de droit des associations des art. 60 et ss CC qui imposent que, lorsqu'un candidat remplit les conditions d'adhésion, il doit être accepté.

Dans tous les cas, Il serait peu cohérent que la demande d'adhésion à un organisme de surveillance d'un gestionnaire de fortune s'apparente à une demande d'autorisation au sens des art. 5 et ss LEFin puisque cela créerait un régime dual d'autorisation. L'organisme de surveillance devra dès lors, dans le cadre d'une demande d'adhésion d'un établissement financier, se limiter à l'examen des conditions fixées par ses statuts ou son règlement sans empiéter sur les prérogatives de la FINMA afin d'éviter un régime d'autorisation en cascade.

L'art. 13 OEFin pourrait ancrer expressément les considérations précitées.

## **6 Conseil d'administration indépendant (15 al. 5 OEFin)**

L'art. 15 al. 5 OEFin prévoit deux conditions cumulatives pour que la FINMA puisse astreindre un gestionnaire de fortune ou un trustee à se doter d'un conseil d'administration indépendant. Selon notre connaissance du marché, le seuil quantitatif de CHF 5 millions, qui sur la base d'études que nous avons réalisées nous semble adéquat, devrait être franchis par 20% ou plus des gestionnaires de fortune et trustee visant à obtenir une autorisation de la FINMA au sens de l'art. 5 al. 1 LEFin.

Par contre, le second critère d'ordre qualitatif de l'art. 15 al. 5 lit. b OEFin, « *l'étendue et le genre de l'activité le requièrent* » mériterait d'être illustré pour déterminer dans quelles circonstances un conseil d'administration indépendant pourrait amener une plus-value sur un plan prudentiel.

## **7 Dépôts faits par le gestionnaire (16 al. 1 et al. 3 OEFin)**

La formulation l'alinéa 1 ne nous semble pas heureuse car ce n'est pas le gestionnaire de fortune qui dépose les actifs mais son client.

Par ailleurs, nous peinons à voir dans la pratique dans quelle situation l'alinéa 3 pourrait trouver une application, si ce n'est dans les cas où le gestionnaire pourrait donner des ordres directs à un broker pour le compte de la banque (selon Communication CFB N° 3 du 31.03.1998), aussi nous suggérons de l'abroger.

## 8 Tâches du trustee (16 al. 5 OEFin)

Le renvoi fait par l'art. 16 al. 5 OEFin à l'art. 16 al. 3 OEFin ne fait pas de sens pour un trustee ; l'abrogation de l'art. 16 al. 3 OEFin que nous suggérons sous chiffre 7 ci-dessus règle cette problématique.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que les obligations du trustee sont avant tout fixées dans la documentation contractuelle, à savoir le trust deed qui crée le trust et son droit applicable régissant les obligations « contractuelles » du trustee. La LEFin vise à assujettir les trustees à une surveillance prudentielle en leur imposant certes une organisation et des règles de comportements lesquelles toutefois ne doivent pas créer un conflit de normes avec les règles prévues par le trust deed. Une réserve correspondante doit donc être formulée à l'art. 16 al. 5 OEFin.

## 9 Dirigeant qualifié – Formation (18 al. 1 lit b OEFin)

Le projet d'OEFin parle de formation « *équivalent à l'expérience nécessaire pour effectuer un audit des gestionnaires de fortune et des trustees* ». Cette notion, corroborée par la version allemande de l'OEFin, ne correspond à aucun standard connu.

En premier lieu, on ne comprend pas vraiment pourquoi une capacité à effectuer l'audit d'un gestionnaire de fortune ou d'un trustee fasse de quelqu'un un dirigeant qualifié puisque c'est la capacité à diriger un gestionnaire de fortune qui est pertinente et non la fonction d'audit.

Il faudrait plutôt, dans une perspective d'autorégulation, attribuer à l'industrie, aux organisations professionnelles (p.ex. Swiss Finance Institute, IAF, IFGP, STEP etc...), voire très éventuellement aux organismes de surveillance, la compétence de déterminer ensemble des standards de formation adéquats, lesquels devront ensuite être reconnus par la FINMA.

## 10 Gestion des risques et contrôle interne – indépendance (19 al. 2 OEFin)

L'art. 19 al. 2 OEFin prévoit deux conditions cumulatives pour que le gestionnaire de fortune ou le trustee soit dispensé d'avoir une gestion des risques et un contrôle interne indépendant des activités génératrices de revenus. Selon notre connaissance du marché, le seuil quantitatif de CHF 1.5 million, qui sur la base d'études que nous avons réalisées nous semble adéquat, devrait être franchis par la très grande majorité des gestionnaires de fortune et trustee visant à obtenir une autorisation de la FINMA au sens de l'art. 5 al. 1 LEFin.

Par contre, le second critère d'ordre qualitatif de l'art. 19 al. 2 let. b OEFin, « *l'étendue et le genre de l'activité le requièrent* » mériterait d'être illustré. L'existence d'une activité à l'étranger au sens de 15 LEFin pourrait être un de ces critères qualitatifs.

L'exemple figurant dans le rapport explicatif du Conseil fédéral pour le gestionnaire de fortune qui n'atteint pas les seuils requis, ne reflète pas la réalité des petits établissements financiers et ainsi n'est pas illustratif. En effet, il est plus fréquent de voir dans ces entreprises des dirigeants ou gérants qui assurent concomitamment le suivi des clients et la surveillance de leurs portefeuilles. Aussi, pour un régime de contrôle adéquat dans le cas où il peut être dérogé au principe de l'indépendance, il serait plus pertinent de parler du

dirigeant/gérant X qui pourrait par exemple surveiller les risques et effectuer des contrôles sur les portefeuilles gérés par le dirigeant/gérant Y et inversement.

### **11 Représentations de prestataires de services financiers étrangers – Exonération de l'obligation de demander une autorisation (75bis OEFin nouveau)**

S'il est avéré que la juridiction étrangère dispose d'une surveillance et/ou des exigences équivalentes à celles qui prévalent en Suisse pour les établissements financiers, et qu'il est établi qu'un établissement financier suisse peut sans restrictions établir une représentation dans la juridiction concernée, l'ouverture d'une représentation en Suisse par l'établissement financier étranger ne devrait pas requérir d'autorisation de la FINMA.

Il devrait ainsi être possible de conclure à une reconnaissance mutuelle de l'équivalence des réglementations sans attendre la conclusion de traités (art. 58 al. 3 LFin).

### **12 Obligation de désigner un représentant et un service de paiement (art. 128 et art. 129a OPCC)**

Ces deux dispositions paraissent contradictoires puisque l'une (art. 128 OPCC) prévoit l'obligation de désigner un représentant et un service de paiement pour les fonds étrangers lorsque l'offre s'adresse à des investisseurs non qualifiés, alors que l'art. 129a OPCC mentionne une exception (superfétatoire ?) à cette obligation lorsque l'offre s'adresse aux investisseurs qualifiés (et professionnels) de l'art. 5 al. 1 LFin ayant conclu un contrat de conseil.

Si cet article 129a OPCC est maintenu (pour tenir compte de la nouvelle rédaction de l'article 120 al. 4 LPPC), il convient que l'exception s'applique également dans le cadre d'une relation de gestion de fortune et non uniquement dans le cadre d'une relation de conseil.

Il apparaît inutile et propre à semer la confusion d'établir diverses catégories d'investisseurs qualifiés auxquels des règles différentes s'appliqueraient. Le nouvel art. 10 LPCC dispose pourtant clairement que les clients professionnels au sens de l'art. 5 al. 1 LFin sont des investisseurs qualifiés.

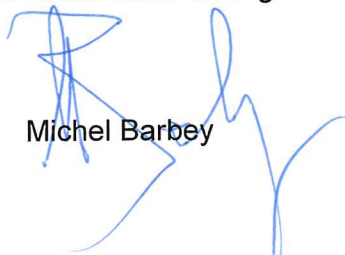
## **III Ordonnance sur les organismes de surveillance (OOS)**

### **1 Agrément des sociétés d'audit (art. 13 OOS)**

A l'instar de ce qui est prévu pour les établissements financiers autres que les gestionnaires de fortune individuels et des trustees, l'OOS devrait conférer à l'ASR la compétence de l'agrément des sociétés d'audit plutôt que d'en attribuer la compétence à chacun des organismes de surveillance.

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués.

  
Michèle Wassmer

  
Michel Barbey

## I Ordonnance sur les services financiers (OSFin)

**Art. 2** Champ d'application  
(art. 3, let. a, c et d, LSFIn)

### 2 al. 2 lit a

- a. Les services financiers fournis par des prestataires étrangers dans le cadre d'une relation clientèle établie à l'initiative expresse du client ou d'une relation établie avant que le client ne transfère son domicile en Suisse.

### 2 al. 4 (nouveau)

<sup>4</sup> Les Trustees ne sont pas considérés comme des prestataires de services financiers puisque leur activité n'englobe pas la gestion de fortune, définie à l'art. 3, let. c, ch.3, de la loi.

## Art. 97

<sup>1</sup> Si un client demande une copie de son dossier en application de l'art. 72 LSFIn, la copie lui est remise sur un support de données durable.

<sup>2</sup> Si le client demande de nouveau la même copie sans raison suffisante, la banque l'établissement financier peut exiger une indemnité.

## II Ordonnance sur les établissements financiers (OEFIn)

**Art. 2** Champ d'application  
(art. 2 LEFin)

<sup>2</sup> Sont réputées avoir des liens économiques les sociétés ou entités d'un groupe d'entreprises qui fournissent des services financiers exclusivement à d'autres sociétés ou entités du même groupe.

<sup>3</sup> Sont réputées avoir des liens familiaux les personnes suivantes:

~~g. les filleuls.~~

<sup>7</sup> Les sociétés agissant uniquement comme trustee de trusts dont les bénéficiaires ont des liens familiaux tels que définis à l'art. 2 al. 3 avec la personne ayant constitué ou contrôlant la société, sont exclus du champ d'application de la loi. La dispense pour ces *private trust companies* vaut également si les bénéficiaires comprennent des associations, fondations, trusts ou sociétés suisses ou étrangers ayant un but d'utilité publique.

**Art. 4** Demande d'autorisation et obligation d'obtenir une autorisation  
(art. 5 LEFin)

<sup>3</sup> Un trustee autorisé par la FINMA est dispensé de demander une autorisation complémentaire au sens de l'art. 5 al. 1 LEFin pour toute private trust company qu'il administre.

**Art. 7** Garantie d'une activité irréprochable  
(art. 11 LEFin)

<sup>5</sup> ~~Les personnes liées entre elles économiquement ou d'une autre manière formant un groupe organisé au sens de l'art. 121 LIMF qui détiennent ensemble au moins 10 % du capital ou des droits de vote de l'établissement financier sont considérées comme détenant une participation qualifiée au sens de l'art. 11, al. 4, LEFin.~~

**Art. 16** Tâches  
(art. 19 LEFin)

<sup>1</sup> Le gestionnaire de fortune n'accepte pas de dépôts au sens de la LB, il dépose séparément pour s'assurer que chaque client dépose les valeurs patrimoniales qui lui sont confiées auprès d'une banque au sens de la LB ou d'une maison de titres au sens de la LEFin et les gère en vertu de procurations données en la forme écrite ou sous toute autre forme permettant d'en établir la preuve par un texte.

~~3 Le gestionnaire de fortune n'est pas tenu de déposer séparément les avoirs des clients sur les comptes ou les dépôts des banques ou des maisons de titres comme prévu à l'al. 1, si la banque ou la maison de titres assure elle-même l'attribution des avoirs à chacun des clients concernés.~~

<sup>5</sup> ~~Les al. 3 et~~ L'alinéa 4 s'appliquent par analogie aux trustees. De plus, ceux-ci doivent:

- a. dans les limites du trust deed, servir au mieux les intérêts des bénéficiaires et agir avec les connaissances techniques, la diligence et la conscience professionnelle requises;
- b. prendre les mesures organisationnelles qui s'imposent pour éviter les conflits d'intérêts ou les désavantages qui pourraient résulter de ces conflits pour les bénéficiaires.

**Art. 18** Dirigeants qualifiés  
(art. 20 LEFin)

<sup>1</sup> Un dirigeant qualifié remplit les exigences en matière de formation et d'expérience professionnelle au moment de la reprise de la direction s'il peut justifier:

...

- b. d'une formation en matière de gestion de fortune pour des tiers ou dans le cadre de trusts qui soit conforme aux minimas établis par la profession, lesquels auront été reconnus par la FINMA soit équivalente à l'expérience



~~nécessaire pour effectuer un audit des gestionnaires de fortune et des trustees.~~

**Art. 75bis** Dispense d'autorisation des représentations (nouveau)

(art. 58 al. 3 LEFin)

Dans la mesure où l'état étranger dans lequel l'établissement financier à son siège assujetti celui-ci une surveillance équivalente à celle prévue par la présente loi et dans la mesure où l'état étranger dispense les représentations d'établissement financiers suisses de demander une autorisation, l'établissement financier étranger peut ouvrir une représentation en Suisse sans requérir l'autorisation de la FINMA et sans attendre que les deux états concluent un traité international.

**10. Ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs**

**Art. 129a** Exceptions

(art. 120, al. 4, LPCC)

Les placements collectifs étrangers offerts à des investisseurs qualifiés au sens de l'art. 5, al. 1, de la loi du 15 juin 2018 sur les services financiers (LSFin) dans le cadre d'un mandat de gestion au sens de l'art. 3, let. c, ch. 3 ou d'une relation de conseil en placement axée sur le long terme au sens de l'art. 3, let. c, ch. 4, s conditions fixées à l'art. 120, al. 2, let. d, de la loi.

**12. Ordonnance du 11 novembre 2015 sur le blanchiment d'argent**

**Art. 7, al. 5, let. g**

<sup>4</sup> Sont considérés comme des personnes proches:

~~g. les filleuls.~~

**III Ordonnance sur les organismes de surveillance (OOS)**

**Art. 12** Audit

- 1 L'organisme de surveillance peut effectuer lui-même l'audit des assujettis ou faire appel à des sociétés d'audit.
- 2 S'il fait appel à des sociétés d'audit, il a recours à des sociétés d'audit disposant des accréditations de l'ASR pour effectuer l'audit d'établissements financiers.

**Art. 13, 14, 15** biffer