

## LA REUNION MENSUELLE DU GSCGI

2021, Jan. 21 — Les Risques au cœur de l'autorisation FINMA; Focus sur les Risques 'Cross-border' et 'Suitability'.  
*...article de Cosima F. Barone*



**Thomas Hirschi**  
Chef de la division Asset Management  
FINMA



**Kenneth Ukoh**  
Chef de l'unité GFI & Trustee  
FINMA



**Alessandro Bizzozero**  
Fondateur & Partner  
BRP SA

La première réunion mensuelle de 2021 du Groupement a eu lieu en mode webinaire, au lieu de l'habituel déjeuner-conférence en présentiel, car il était important de respecter les restrictions sanitaires COVID-19 fédérales et du Canton de la République de Genève. Grâce à la technologie, nous avons pu ne pas priver les Membres du GSCGI et la place financière romande en général de cette conférence fort intéressante. En effet, les thèmes traités ont attiré des nombreux professionnels, Membres et non-Membres du GSCGI.

En cette occasion, le Groupement a eu le plaisir d'accueillir des orateurs d'exception: **THOMAS HIRSCHI** et **KENNETH UKOH** de la FINMA et **ALESSANDRO BIZZOZERO** de BRP SA. Nous les remercions vivement de leurs interventions précises et informatives autour du thème des risques auxquels le GFI et *Trustees* devront faire tout particulièrement attention à trois niveaux: (1) leur organisation et processus de contrôle, (2) la demande en autorisation FINMA et enfin (3) la surveillance dite 'prudentielle'. En effet, la mise en application de nouvelles lois de finance (LSFin-LEFin et leurs ordonnances) représente un important changement de paradigme dans l'univers de la gestion de fortune indépendante de notre pays, bien que les lois sur la LBA (1997) et les Règles-cadres (2009) en ont été les précurseurs.

Thomas Hirschi démarre son intervention en témoignant la ferme intention de la FINMA de dialoguer avec les acteurs indépendants de la place financière, car désormais l'autorisation étant octroyée par la FINMA, cela implique une interaction avec le GFI et *Trustees* plus importante que par le passé (régime 'OAR').

Au Groupement, nous sommes contents de cette ouverture au dialogue et de la disponibilité ainsi manifestée par la FINMA envers les Gestionnaires de fortune indépendants (et *Trustees*) et considérons cette approche de communication bien utile tant pour les candidats à autorisation/FINMA que pour l'autorité de surveillance, lui permettant ainsi une connaissance directe des assujettis et forçant une vision plus complète des multiples spécificités de la place financière suisse.

Thomas Hirschi, en introduisant la Division de l'Asset Management dont il est en charge, ainsi que les diverses unités qui ont été spécifiquement créées dont celle dirigée par Kenneth Ukoh (Gestionnaires de fortune et *trustees*), il mentionne également l'unité 'Surveillance instituts et produits' en charge de la surveillance 'intensive' des GFI et *Trustees*, tout en rappelant que la surveillance 'courante' sera assurée par le Organe de Surveillance (OS).

Thomas Hirschi dit que la FINMA a reçu l'annonce de 2'521 gestionnaires de fortune et *Trustees*, dont une grande majorité va probablement déposer la demande en autorisation FINMA en 2022, soit à la fin de la période de transition, et il renouvelle l'appel aux GFI et *Trustees* de ne pas attendre la dernière minute et éviter ainsi pour l'autorité de surveillance le phénomène de 'bottleneck' qui pourrait se présenter en décembre 2022. Les GFI et *Trustees*, par leur gestion d'actifs estimés entre CHF 475 et 600 milliards, représente 11% du marché ... dit-il, en soulignant que ce niveau est important, reparti entre des structures de différentes tailles et de divers modèles d'affaires. C'est bien pour cela que la FINMA mettra l'accent sur l'examen des risques afin que la licence-FINMA représente véritablement un label de qualité pour les GFI et *Trustees* à mettre en avant avec la clientèle, permettant également une reconnaissance

*...cont'd on page 25 to 27*

## LA REUNION MENSUELLE DU GSCGI

### 2021, Jan. 21 — Les Risques au coeur de l'autorisation FINMA; Focus sur les Risques 'Cross-border' et 'Suitability'.

...article de Cosima F. Barone

internationale de la surveillance prudentielle (avec ses défis et opportunités) mise en place en Suisse. (voir infographie ci-dessous)



Kenneth Ukoh, ouvrant son intervention avec les informations utiles concernant les Organes de Surveillance (OS), les Organes d'enregistrement des Conseillers à la clientèle et les Organes de contrôle (vérification préalable des prospectus), précise que l'Ordonnance OEFIN-FINMA est entrée en vigueur le 1er janvier 2021. En outre, il rappelle les délais transitoires dont bénéficient les Gestionnaires de fortune et *Trustees* qui étaient en activité à la fin 2019, soit jusqu'au 31.12.2022 à condition d'avoir obtenu l'assujettissement au préalable auprès de l'OS de leur choix. Il ajoute que les GFI et *Trustees*, ayant démarré leur activité en 2020, devront être affiliés à un OS et soumettre leur demande en autorisation FINMA au plus tard le 6 juillet 2021. En suite, avant de parler des risques, il présente l'infographie ci-après qui illustre bien clairement la nouvelle structure de surveillance et interaction de la FINMA avec les OS et les GFI et *Trustees*.

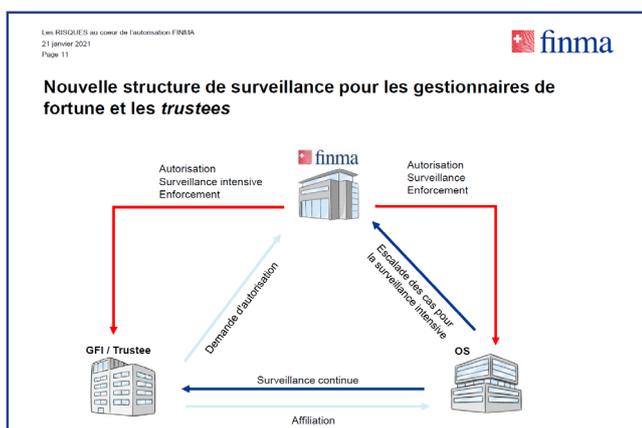
Il apparaît de façon distincte que la FINMA octroie les licences, a tout pouvoir de 'surveillance active' pour les situations dans lesquelles ce sera nécessaire, de sanctions et d'*enforcement*, alors que les OS seront responsables de la 'surveillance continue'.

L'autorisation FINMA se base sur 5 principes majeurs, dit Kenneth Ukoh: (1) affiliation à un OS, (2) une bonne organisation en adéquation avec les modèles d'affaires, (3) garantie d'activité irréprochable, (4) garanties financières (capital minimum, fonds propres et éventuellement une assurance RC professionnelle), et (5) gestion des risques. Ce dernier principe est bien le thème de la conférence de ce jour, tellement il est important d'avoir identifié les risques inhérents au modèle d'affaires et le niveau de tolérance. Kenneth Ukoh précise que la responsabilité des GFI et *Trustees* inclue également leur aptitude à mesurer et gérer ces risques, tout en exerçant une surveillance continue afin d'être ainsi '*compliant*' avec toutes les prescriptions légales internes les concernant. Par exemple, l'organisation occupe un point central: avoir une direction qualifiée, veiller à la séparation des tâches en matière de gestion des risque ou de contrôle interne de celle de la gestion, bien qu'il soit admis, sous certaines conditions (modèle d'affaires à risques modérés), que la même personne soit le générateur de revenu (gestion de fortune) et le responsable '*compliance*'.

On comprend bien, en écoutant Kenneth Ukoh, que l'autorisation FINMA est fondée sur l'examen des risques car divers autres aspects spécifiques des structures des GFI et *Trustees*, seront scrutés, tels que les clients (type, nombre et domicile), le volume des actifs sous gestion, les stratégies de placement et les produits financiers utilisés (*suitability*), et enfin les activités secondaires qui pourraient comporter des risques supplémentaires. Par conséquent, un modèle d'affaires peu risqué fera face à des exigences modérés (organisation allégée), alors que les modèles d'affaires particulièrement risqués pourraient, dans des cas extrêmes, ne pas obtenir l'autorisation FINMA. Il est donc recommandé de ne pas ignorer combien étroitement les risques et les exigences sont liés. (voir infographie en page 34)

En conclusion de sa présentation, Kenneth Ukoh précise l'importance capitale du respect des règles de conduite mises en place pour la protection des clients, qui se déclinent de 4 façons principales: (1) '*suitability*', (2) '*cross-border*', (3) obligations LBA, et (4) comportement sur le marché. Les gestionnaires de fortune ont bien connaissance des règles de conduite auxquelles ils sont

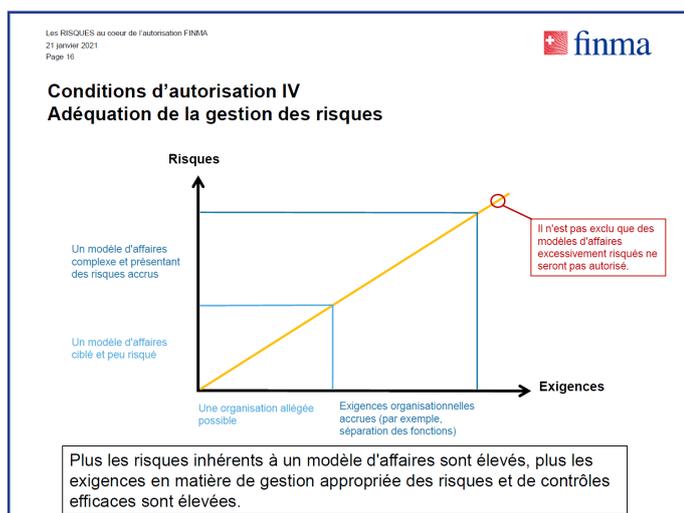
...cont'd on page 26 to 27



## LA REUNION MENSUELLE DU GSCGI

2021, Jan. 21 — Les Risques au coeur de l'autorisation FINMA; Focus sur les Risques 'Cross-border' et 'Suitability'.

...article de Cosima F. Barone



soumis depuis 2009, ainsi que de l'obligation de diligence selon la loi sur le blanchiment d'argent. Les thèmes 'cross-border' et 'suitability' faisant l'objet de la présentation de BRP SA, Kenneth Ukoh termine sa présentation non sans rappeler la disponibilité de la FINMA à répondre à toute question adressée aux emails suivants:

...à caractère général ? → FIDLEG-FINIG@finma.ch  
...concernant EHP ou l'informatique ? → www.finma.ch/ehp-support

Ayant terminé leur présentation, Thomas Hirschi et Kenneth Ukoh restent aimablement disponibles pour la session questions/réponses prévue en fin de conférence.

\* \* \*

Alessandro Bizzozero prend alors la parole pour présenter aux participants les risques dit de 'cross-border' et de 'suitability' dont on ne saurait ignorer l'importance sans sérieuses conséquences et complications. En effet, Alessandro Bizzozero souligne l'importance de ces risques dans l'activité de gestion de fortune pour clientèle étrangère. Il rappelle que, suite à quelques scandales en 2009-2010, ces thèmes ont été propulsés au-devant de la scène et continue de susciter des débats notamment en matière de régulation au niveau mondial.

Sa présentation fait le point en premier sur les risques 'cross-border' qui se décline sous 4 aspects: (1) réglementaire, (2) civil, (3) fiscal et (4) concurrentiel.

Le risque 'cross-border' réglementaire, par exemple, peut concerner le fait d'exercer dans un pays tiers, de violer les règles locales sur le placement 'un produit, ainsi qu de violer

le règles local ayant trait à la protection de l'investisseur. Il souligne que ces risques peuvent être cumulatifs et/ou alternatif tout en donnant l'exemple de la Belgique, où la simple violation des règles sur l'accès au marché local peut rendre nul tout contrat conclu avec les clients, entraînant alors des conséquences de type civil. Alessandro Bizzozero alerte sur la diversité des règles applicables par les divers pays en général, mais également à l'interne d'un seul pays et des pratiques des régulateurs. Il mentionne l'exemple de Corée du Sud en spécifiant que dans le cas d'un client domicilié dans ce pays il y a l'exigence d'avoir une licence dans le pays même si toute l'action se déroule en dehors du pays. Il faut donc faire attention à ces risques, que l'approche soit d'ordre territorial ou personnel. Ils restent cependant des opportunités qui pourrait exercer une tolérance quantitative ou sur la qualité du client (exemples: Israël et UK), ou selon la passivité de la démarche. D'autres situations pourraient ne pas nécessiter une licence dans le pays étranger suivant la spécificité de la démarche (services bancaires ou d'investissement). Et enfin, on peut être confrontés à différents ordres juridiques dans un même État (exemple: UK) et devoir faire face non seulement à de sanctions émises (administratives ou pénales) par le régulateur local, mais également en Suisse par la FINMA pour violation des règles étrangères sur l'accès au marché ou dans le cas ou notre autorité de contrôle prêterait son concours dans le cadre d'une demande d'entraide administrative pour aider le régulateur étranger dans sa procédure (exemple: demande de la CONSOB italienne/TAF B-6371/2018).

1. Risques cross-border

brp

- > Le **Régulateur local** peut prendre des sanctions envers l'établissement suisse et/ou ses collaborateurs en procédure administrative ou pénale
- > La **FINMA** peut également intervenir
  - o Sanctionner l'établissement financier pour violation des règles étrangères sur l'accès au marché, car l'établissement suisse ne respecte pas le principe d'une saine gestion des risques (Décisions FINMA des Bull. FINMA 1 sur la violation de la condition d'une organisation approprié/GAI suite à la violation du droit étranger)
  - o Prêter son concours dans le cadre d'une demande d'entraide administrative pour aider le régulateur étranger à prouver que l'établissement a agit dans le pays tiers en violation des règles locales sur l'accès au marché (Demande de la CONSOB italienne (TAF B-6371/2018))

www.brpsa.com 21 janvier 2021 6

Le risque 'cross-border' civil, dit Alessandro Bizzozero, consiste dans la création d'un 'for' (exemple: for du consommateur) dans le pays du client étranger, qui en d'autres termes permettrait qu'un juge local, s'étant déclaré

...cont'd on page 27

## LA REUNION MENSUELLE DU GSCGI

### 2021, Jan. 21 — Les Risques au coeur de l'autorisation FINMA; Focus sur les Risques 'Cross-border' et 'Suitability'.

...article de Cosima F. Barone

compétent, applique alors le droit local sur la protection du consommateur et de l'investisseur et non pas, au contraire, le droit suisse convenu dans le contrat avec le client. Il est fortement recommandé de ne pas ignorer que, dans certains pays, les règles de protection du consommateur et de l'investisseur sont plus strictes de celles en vigueur en Suisse (art. 15 Convention de Lugano / art. 6 du Règlement de Rome). Il mentionne à titre d'exemple l'obligation dans certains pays de rédiger les contrats dans la langue locale, au risque d'en permettre l'annulabilité par un juge.

Le risque 'cross-border' fiscal (pour l'établissement) peut être activé dès lors que l'autorité fiscale du pays cible considère que le prestataire de services étranger dispose d'un établissement stable dans le pays, du fait de la présence récurrente de ses collaborateurs sur sol national. Le collaborateur lui-même pourrait être attiré à la fiscalité où il se trouve (comme en Belgique même dans le cas de télétravail). Même si l'action se déroule entièrement en Suisse, cela peut impliquer l'assujettissement fiscal du prestataire de services dans le pays tiers, si la loi fiscale du pays du client soumet à fiscalisation les revenus générés sur ce client (par exemple l'Italie pour les intérêts générés sur des crédits octroyés à des personnes domiciliées dans le pays). L'Italie est par ailleurs le pays le plus agressif en matière fiscale envers des établissements financiers étrangers. Les amendes fiscales qui en résultent, dont les montants peuvent être importants, visent non seulement les établissements bancaires mais également les GFI. Il faut, donc, être bien prudent ... suggère Alessandro Bizzozero.

Le risque 'cross-border' concurrentiel concerne la capacité de servir un client étranger en tenant compte de ses besoins fiscaux 'locaux', soit en termes des produits financiers choisis et de leur impact fiscal pour le client, mais tout autant en lui fournissant les données pour qu'il puisse faire aisément sa déclaration fiscale. Le périmètre de capacité dans ce cas est encore plus large, car tant le gestionnaire de fortune que la banque dépositaire doivent prêter leur concours au client afin qu'il récupère les impôts à la source sur les dividendes et les intérêts, conformément aux traités de double-imposition. Il en va de même, rappelle Alessandro Bizzozero, en termes de responsabilité quant à la conformité fiscale (banque dépositaire et GFI) lorsque les actifs sont détenus via des structures utiles aux clients. Alessandro Bizzozero, ayant épuisé le thème 'cross border' se penche alors sur le deuxième sujet, celui de la 'suitability' des produits financiers qu'un GFI utilise pour la gestion des actifs du client et/ou le conseil de ces

produits. Ensuite vient l'analyse des conditions liées à l'utilisation de ces produits financiers, s'ils sont adéquats pour le client (*suitability*) et quel impact fiscal produiront pour ce dernier.

Conseiller ou gérer? Il faut savoir que le mandat de conseil doit être très précis quant aux 'asset class' admises dans ce dernier au risque de sortir de la 'passivité' du contrat et d'être considéré actif, ceci est particulièrement important pour des clients européens vu l'interprétation de plus en plus restrictive par l'ESMA. Qu'il s'agisse de conseil ou de gestion, il faut s'assurer si le produit doit ou ne pas être enregistré dans le pays du client et s'assurer de son impact fiscal, il faut également avoir bien en main la documentation légale sur le produit financier exigée par la réglementation du pays du client (KIIDs). Bien entendu, ces documents doivent être dans la langue locale du client.

Les prestataires de services financiers suisses devront probablement, dans certaines situations, faire deux fois le test 'appropriateness' et 'suitability' au sens strict, soit respecter les règles de la LSF in Suisse et, dans, également respecter les règles du pays du client. Tel pourrait être le cas, dit Alessandro Bizzozero, lorsque (a) l'établissement dispose d'une licence cross-border dans le pays tiers (exemple: Freistellung 2 pour les banques en Allemagne) et (b) en cas de violation des règles sur l'accès au marché car on aurait ainsi créé *de-facto* une succursale dans le pays tiers.

Enfin l'aspect fiscal a une importante capitale. Il faut veiller à toujours se poser cette question avant toute décision de conseil ou de gestion: Quel est l'impact fiscal pour le client? En particulier, il faut éviter d'utiliser tout produit financier susceptible d'avoir un impact fiscal négatif pour le client (exemple: pour un client italien il ne faut pas investir dans des produits incorporés dans des pays black listés). Autour de cet aspect de fiscalité, Alessandro Bizzozero rappelle qu'il faut prendre en considération non pas le pays du client contractuel, mais le pays du 'ultimate tax payer', défini selon le droit de résidence de ce dernier.

\*\*\*

Cette séance a été extrêmement riche en informations utiles pour le GFI, 'Trustees' et Conseillers en placement, ce dont nous remercions vivement les orateurs d'exception: **THOMAS HIRSCHI** et **KENNETH UKOH** de la FINMA et **ALESSANDRO BIZZOZERO** de BRP SA. Tant les présentations que les questions/réponses qui ont suivi, ont été absolument remarquablement menées par les orateurs!