La LPCC et son ordonnance d'application entrent en vigueur

Quelles conséquences pour les gérants indépendants?

Après un processus législatif de deux ans, la loi fédérale révisée sur les placements collectifs de capitaux (LPCC) et son ordonnance d'application sont entrées en vigueur le 1er mars 2013. Ce nouveau régime, qui permet aux gérants suisses de fonds étrangers de pouvoir continuer à gérer des fonds européens et des fonds distribués dans l'Union européenne, assure une meilleure protection de l'investisseur et maintient la compétitivité de la place financière suisse.

PAR **FRÉDÉRIQUE BENSAHEL**
AVOCATE, FBT AVOCATS SA
WWW.FBT.CH

Déclenchée par l'adoption de la directive AIFM, la LPCC révisée voit le jour près de deux ans après la publication du premier projet de loi par le Département fédéral des finances. Moins restrictif que dans sa première mouture, le texte adopté satisfait globalement les milieux concernés. Ses dispositions d'application (Ordonnance sur les placements collectifs, OPCC) viennent d'être définitivement adoptées sans réelle surprise pour l'industrie, qui s'est fortement investie dans le processus législatif.

En résumé, la loi assujettit tous les gérants de fonds à la surveillance de la FINMA. Les gérants de fonds étrangers, jusqu'à présent exemptés, sont obligatoirement assujettis à la loi si la valeur des actifs qu'ils gèrent de manière collective est supérieure à 100 millions de francs, levier compris, ou à 500 millions de francs pour les fonds de fonds de private equity.

De nouvelles conditions s'appliquent à la responsabilité et à l'organisation de la banque dépositaire de fonds. Il s'agit d'un premier pas vers l'équivalence aux nouvelles exigences européennes. Par ailleurs, la loi révisée prévoit l'obligation d'informer les investisseurs, dans le cadre du prospectus du fonds, sur les risques de délégation de la garde des actifs du fonds à un sous-dépositaire non soumis à surveillance.

La distribution subit une refonte importante. D'un régime extrêmement libéral, la loi révisée introduit un régime un peu moins souple qui encadre également la distribution aux investisseurs qualifiés. L'activité de distribution est définie comme toute proposition ou publicité adressée à des personnes qui ne sont pas soumises à la surveillance de la FINMA. Les activités suivantes sortent toutefois du champ d'application des règles en matière de distribution:

- les propositions ou publicités effectuées dans le cadre d'un mandat de gestion écrit avec un intermédiaire financier surveillé par la FINMA ou avec un gérant de fortune indépendant;
- les propositions ou publicités effectuées dans le cadre d'un mandat de conseil conclu à titre onéreux sur le long terme avec un intermédiaire financier surveillé par la FINMA ou avec un gérant de fortune indépendant;
- la mise à disposition d'informations et l'acquisition de fonds effectuées à la demande de l'investisseur, sans intervention ni prise de contact préalable de la part d'un intermédiaire financier.

En dehors de ce cadre bien défini, toute démarche de sollicitation est considérée comme de la distribution, avec la conséquence que l'intermédiaire financier qui l'effectue doit être au bénéfice d'une autorisation de distributeur. Le gérant indépendant qui pratique de la distribution au sens de la loi révisée dispose d'un délai qui échoit au 31 août 2013 pour s'annoncer comme distributeur auprès de la FINMA. En outre, il doit s'organiser comme distributeur et déposer une requête en autorisation avant le 28 février 2015.

Les gérants indépendants qui agissent comme distributeurs doivent:

- informer les investisseurs spontanément et de manière exhaustive, conforme à la réalité et compréhensible, sur les rémunérations pour la distribution de fonds sous la forme de commissions et de courtages, ou d'autres avantages pécuniaires;
- consigner par écrit les besoins du client dont ils doivent faire l'inventaire, ainsi que les raisons qui motivent la recommandation d'acquérir un fonds de placement en particulier. Cet inventaire doit être remis au client à sa demande. L'obligation d'inventaire n'entre en vigueur que le 1er janvier 2014.

La loi révisée contient enfin de nouvelles obligations pour les fonds étrangers distribués en Suisse à des investisseurs qualifiés. Ces fonds doivent, à compter du 1er mars 2015, disposer d'un représentant et d'un service de paiement en Suisse. La distribution de ces fonds doit, dans le même délai, faire l'objet d'un contrat écrit de distribution soumis au droit suisse conclu entre le représentant suisse du fonds et le distributeur. La conclusion d'un contrat de distribution directement entre le promoteur étranger et le gérant de fortune indépendant n'est donc plus envisageable en cas d'activité de distribution.

La définition de l'investisseur qualifié évolue également selon la loi révisée. Si la catégorie des investisseurs institutionnels (banques, négociants en valeurs mobilières, caisses de pensions, etc.) reste globalement la même, la définition du particulier fortuné est largement revue.

Les particuliers fortunés ne sont plus automatiquement considérés comme des investisseurs qualifiés mais doivent demander à l'être (opting in). Ils doivent par ailleurs:

- confirmer par écrit qu'ils disposent d'une fortune d'au moins 5 millions de francs, ou
- apporter la preuve d'une fortune de 500 000 francs et de connaissances nécessaires pour comprendre les risques liés aux placements. Ces connaissances peuvent résulter de leur formation et de leur expérience professionnelle ou d'une expérience comparable dans le secteur financier.

Ces nouvelles exigences s'appliquent à compter du 1er juin 2013.

Les investisseurs qui ont passé un contrat de gestion de fortune avec un intermédiaire financier soumis à surveillance ou avec un gérant indépendant restent des investisseurs qualifiés mais ont désormais la possibilité de déclarer par écrit qu'ils ne souhaitent pas ou plus être considérés comme tels (opting out). L'intermédiaire financier au bénéfice d'un mandat de gestion doit attirer leur attention sur les risques liés au statut d'investisseur qualifié et les informer de la possibilité d'y renoncer. Cette obligation du gérant indépendant entre en vigueur le 1er juin 2013.

> ***"L'industrie attend de la FINMA qu'elle permette un démarchage du gérant de fortune indépendant pour les clients auprès desquels il n'effectue pas de distribution (mandat de gestion et mandat de conseil)."***

Le gérant indépendant n'accède pas au statut d'investisseur qualifié selon la loi et l'ordonnance révisées. La Circulaire FINMA sur la distribution, attendue par l'industrie, devrait apporter un correctif à cette situation très insatisfaisante en pratique. En l'état, toute démarche de sollicitation envers un gérant indépendant est considérée comme de la distribution, si bien que l'intermédiaire financier qui l'effectue doit nécessairement être au bénéfice d'une autorisation de distributeur délivrée par la FINMA ou par une autorité de surveillance étrangère dont la FINMA considère qu'elle pratique une surveillance appropriée. La condition de la surveillance appropriée ne sera pas remplie pour un gérant de fonds caïmanais ou des Iles Vierges Britanniques ce qui, dans les faits, pourrait réduire de manière très importante la palette des fonds que le gérant indépendant pourrait offrir à ses clients. L'industrie attend de la FINMA qu'elle rétablisse la situation qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la loi révisée, soit qu'elle permette un démarchage du gérant de fortune indépendant pour les clients auprès desquels il n'effectue pas de distribution (mandant de gestion et mandat de conseil).

Pour conclure, précisons que le statut d'investisseur qualifié n'a pas d'incidence sur la question de savoir si leur sollicitation équivaut à une activité de distribution, sauf lorsque cette sollicitation vise des investisseurs qualifiés soumis à surveillance, cette dernière activité n'étant pas considérée comme une activité de distribution. Le statut d'investisseur qualifié est par contre pertinent pour déterminer si un intermédiaire financier étranger soumis à une surveillance jugée équivalente à la surveillance suisse peut procéder à des actes de sollicitation depuis l'étranger sans être au bénéfice d'une autorisation suisse de distributeur. Ce statut dicte également la question de l'accès aux fonds suisses réservés aux investisseurs qualifiés. •