

Marketing et vente de fonds de placement

Gérants indépendants, où vous situez-vous?

Alors que la Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux révisée (LPCC) et son ordonnance d'application (OPCC) sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2013 et qu'à l'heure où nous écrivons ces lignes la circulaire FINMA sur la distribution est toujours à l'état de projet, les gérants indépendants, les conseillers en placement et nombre d'autres intervenants du marché des fonds de placement en Suisse et à l'étranger cherchent leur voie sur la manière de promouvoir et de vendre des fonds de placement sur le marché suisse.



PAR FRÉDÉRIQUE BENSAÏHEL ET MICHEL ABT
FBT AVOCATS

Les échéances approchent et les intermédiaires financiers, suisses et étrangers, doivent se positionner rapidement en se posant la question de savoir quelles règles s'appliquent à eux, en vertu de la nouvelle réglementation. Le démarchage des investisseurs qualifiés qui était possible, de manière non réglementée avant la révision de la loi, n'aura plus cours. A défaut de se mettre en conformité avec la nouvelle réglementation, les intermédiaires financiers courent le risque de s'inscrire en violation d'une loi dont la FINMA seule assure l'exécution. Requérir une licence de distributeur implique certes des coûts, mais peut aussi ouvrir de nouvelles avenues au gérant de fortune indépendant en lui permettant, en plus de distribuer des fonds à ses clients hors de tout

mandat, de développer une activité de promotion de fonds pour des tiers, notamment des gérants de fonds étrangers. Tour d'horizon des principes de la nouvelle réglementation et quelques réponses aux questions cruciales.

La distribution de fonds de placement

La «distribution» est définie dans la loi révisée comme toute proposition ou publicité pour des placements collectifs qui ne s'adresse pas exclusivement à des investisseurs assujettis à la surveillance de la FINMA (par quoi il faut comprendre les banques, les négociants en valeurs mobilières, les directions de fonds, les gestionnaires de fonds, les banques centrales et les assurances soumises à la surveillance de la FINMA;

“ Requérir une licence de distributeur implique certes des coûts, mais peut aussi ouvrir de nouvelles avenues au gérant de fortune indépendant en lui permettant, en plus de distribuer des fonds à ses clients hors de tout mandat, de développer une activité de promotion de fonds pour des tiers, notamment des gérants de fonds étrangers. ”

cette liste est exhaustive et ne comprend ni les caisses de pensions, ni les sociétés dont la trésorerie est gérée à titre professionnel, ni les gérants de fortune indépendants). La proposition s'entend comme l'offre concrète de conclure un contrat. La publicité s'entend sous toute forme et tout moyen, soit notamment les envois non sollicités de tout type (fact sheets, prospectus, listes de recommandations, indication de numéro de valeur ou lieu de souscription concernant un fonds, etc.), les road shows et les salons d'investissement, les visites auprès d'intermédiaires financiers et, bien entendu, les publications dans la presse ou sur un site internet.

La loi prévoit des exceptions lorsque les activités constitutives de distribution sont effectuées à la demande d'un investisseur (mais sans intervention ni prise de contact préalable par l'intermédiaire financier), dans le cadre d'un mandat de conseil conclu sur le long terme et rémunéré ou d'un mandat de gestion de fortune. Ces mandats doivent être passés en la forme écrite avec un gestionnaire de fortune indépendant soumis à la loi sur le blanchiment d'argent et aux règles de conduite d'une organisation professionnelle reconnue par la FINMA. Le contrat de gestion de fortune doit respecter les directives adoptées par cette organisation professionnelle (ce qui exclut les mandats de gestion conclus avec des gérants de fortune indépendants qui ne sont pas soumis à des règles de conduite reconnues par la FINMA).

La notion de «distribution» dans une perspective territoriale

La distribution est régie par la loi suisse lorsqu'elle est effectuée en Suisse ou depuis la Suisse. La loi exclut toutefois de son champ d'application la distribution de fonds étrangers destinés à des investisseurs qualifiés effectuée depuis la Suisse vers l'étranger. La loi permet enfin aux distributeurs étrangers de distribuer des fonds étrangers réservés aux investisseurs qualifiés depuis l'étranger vers le marché suisse si ces distributeurs sont autorisés comme tels dans le pays de leur siège et qu'ils font l'objet d'une surveillance appropriée, par quoi il faut comprendre une surveillance équivalente à celle pratiquée par la FINMA, soit en principe la surveillance qui prévaut dans les juridictions de l'Union européenne, Jersey, Guernesey et les Etats-Unis.

Des investisseurs qualifiés

Il s'agit des investisseurs qualifiés soumis à la surveillance de la FINMA (voir ci-dessus, appelés parfois investisseurs super-qualifiés), ainsi que des caisses de pensions, des sociétés dont la trésorerie est gérée à titre professionnel, des particuliers fortunés qui ont demandé à être considérés comme tels (*opt in*), des clients qui ont conclu un mandat de gestion avec un gérant indépendant et qui n'ont pas demandé à ne pas être considérés comme des investisseurs qualifiés (*opt out*). Le projet de circulaire FINMA prévoit que les activités de distribution déployées envers les gérants de fortune indépendants sont considérées comme de la distribution à des investisseurs qualifiés pour autant que le gérant s'oblige à n'utiliser les informations reçues que pour les clients considérés comme des investisseurs qualifiés.

Les intermédiaires financiers qui distribuent des fonds de placement doivent-ils être assujettis à la FINMA?

Oui, nécessairement, dans la mesure où ils ne se limitent pas à distribuer des fonds suisses réservés à des investisseurs qualifiés. Ils doivent demander une licence de distributeur (à moins d'être libérés de cette exigence parce qu'ils sont déjà soumis à la surveillance de la FINMA, comme le sont les banques, les négociants en valeurs mobilières, les assurances, les directions de fonds, les représentants et, enfin, les gérants de fonds).

A quelles conditions les fonds étrangers peuvent-ils faire l'objet d'une distribution en Suisse?

Les fonds étrangers peuvent être distribués en Suisse à des investisseurs non qualifiés s'ils sont approuvés par la FINMA. Les fonds étrangers non approuvés par la FINMA peuvent être distribués en Suisse à des investisseurs qualifiés mais doivent mandater, avant le 1^{er} mars 2015, un représentant et un service de paiement en Suisse.

Changements induits par la nouvelle réglementation, ce qu'il faut retenir:

- > **Le gérant de fortune indépendant** qui place des fonds de placement dans les mandats de gestion, qui propose des fonds à des clients sous mandat de conseil, ou à la demande de ces derniers, n'effectue pas de distribution et n'a pas besoin de licence de distributeur; toutefois, le gérant de fortune indépendant ne pourra plus offrir de fonds réservés aux investisseurs qualifiés aux clients sous mandat de gestion ou sous mandat de conseil qui ne seraient pas investisseurs qualifiés (en raison d'un *opt out* ou à défaut d'un *opt in*).
- > **Le gérant de fortune indépendant** qui effectue de la publicité ou qui propose des fonds (suisses non réservés à des investisseurs qualifiés ou tout fonds étranger, approuvé ou non approuvé par la FINMA) en dehors des exceptions prévues par la loi, exerce une activité de distribution assujettie, même s'il ne s'adresse qu'à des investisseurs qualifiés comme des caisses de pensions ou des particuliers fortunés. Dans la mesure où le gérant indépendant a mené cette activité avant l'entrée en vigueur de la loi, il peut la poursuivre à la condition qu'il s'annonce en qualité de distributeur auprès de la FINMA en principe avant le 1^{er} septembre 2013 et qu'il dépose une requête en vue de l'obtention d'une licence de distributeur avant le 28 février 2015. A défaut, la FINMA considérera que le gérant de fortune exerce une activité non autorisée avec les conséquences administratives et pénales liées à cette infraction.
- > A compter du 1^{er} mars 2015, **les intermédiaires financiers étrangers** (comme les fonds de placement, les distributeurs, les investment managers ou les investment advisors) **qui distribuent des fonds étrangers en Suisse à des investisseurs qualifiés** ne pourront poursuivre leur activité que s'ils sont autorisés comme distributeurs dans le pays de leur siège et qu'ils font l'objet d'une surveillance appropriée dans le sens décrit ci-dessus. Ils devront, par ailleurs, s'assurer que les fonds qu'ils distribuent en Suisse ont conclu un contrat de représentation avec un représentant autorisé par la FINMA avec lequel ils se lieront par un contrat de distribution soumis au droit suisse. Moyennant le respect de ces conditions, ils pourront continuer à démarcher les gérants indépendants dans la mesure où ces derniers s'engagent à n'utiliser les informations reçues que pour les clients considérés comme investisseurs qualifiés.
- > A compter du 1^{er} mars 2015, **les intermédiaires financiers étrangers dont le siège se trouve dans des juridictions dites offshore** (îles Caïmans, îles Vierges britanniques, etc.) **qui distribuent des fonds étrangers en Suisse à des investisseurs qualifiés** ne pourront poursuivre cette activité auprès des intermédiaires financiers en Suisse non soumis à la surveillance de la FINMA. Ils devront nécessairement mandater un distributeur autorisé en Suisse qui conclura un contrat de distribution avec le représentant suisse des fonds étrangers. Le démarchage effectué par ces intermédiaires financiers étrangers directement auprès des gérants de fortune indépendants ne sera plus envisageable. Seul le distributeur suisse pourra promouvoir les fonds étrangers auprès des gérants indépendants. •