

L'intensification de la réglementation touche les gestionnaires de placements collectifs étrangers

■ **Stéphanie HODARA EL BEZ**, associée de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax, Genève
■ **Cecilia PEREGRINA**, avocate auprès de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax, Genève

La loi révisée sur les Placements Collectifs de capitaux qui entrera en vigueur en 2013 imposera aux gestionnaires de placements collectifs étrangers d'obtenir une autorisation de la FINMA - Comment s'y préparer?*

Suite à la crise financière de 2008, l'environnement réglementaire des gestionnaires de placements collectifs a subi de profonds changements et n'a cessé de se densifier.

En 2009, l'Union Européenne a ainsi procédé à la refonte de sa Directive OPCVM (ci-après «Directive OPCVM IV») régissant les placements collectifs en valeurs mobilières.

Puis, en novembre 2010, le Parlement européen a adopté une directive sur les gestionnaires de fonds alternatifs (ci-après «Directive AIFM»). La Directive AIFM s'applique aux gestionnaires de fonds alternatifs (fonds de private equity et hedge funds) et aux gestionnaires de fonds non conformes à la Directive OPCVM IV. Elle soumet ces gestionnaires à un régime d'autorisation et de surveillance spécifique et leur permet de bénéficier d'un passeport pour commercialiser des fonds alternatifs au sein de l'Union Européenne.

L'entrée en vigueur de la Directive AIFM en juillet 2013 entraînera des conséquences pour les gestionnaires non-européens (les gestionnaires suisses par exemple). En effet, la gestion des fonds alternatifs européens ne pourra être déléguée à ces derniers que s'ils sont soumis à une surveillance équivalente à celle prévue par cette Directive.

C'est dans ce contexte que la Suisse a entrepris la révision de sa Loi sur les Placements Collectifs de Capitaux («LPCC»).

Le projet de révision (ci-après «le Projet») prévoit ainsi notamment que tous les gestionnaires suisses de placements collectifs devront obtenir une autorisation de la FINMA, qu'ils gèrent des fonds suisses ou étrangers.

Par conséquent, les gestionnaires suisses de placements collectifs étrangers

devraient rapidement se familiariser avec la nouvelle LPCC, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le début 2013.

De surcroît, en raison de l'entrée en vigueur de la Directive AIFM, une urgence particulière s'impose aux gestionnaires de fonds alternatifs européens. En effet, dès juillet 2013, ceux-ci ne pourront continuer à offrir leurs services que s'ils ont obtenu préalablement l'agrément de la FINMA. Dès lors, afin d'anticiper cette échéance, il est primordial que les gestionnaires de fonds alternatifs européens entreprennent immédiatement les démarches nécessaires afin de s'assurer qu'ils satisfont aux exigences légales pour être en mesure de poursuivre leurs activités. A cet égard, la FINMA a précisé que pour avoir une chance réaliste d'obtenir l'autorisation nécessaire d'ici à juillet 2013, la demande en autorisation devrait être déposée avant le 30 juin 2012.

Après avoir présenté les grandes lignes de la nouvelle LPCC (I. Révision partielle de la LPCC en bref), les conditions d'obtention d'une autorisation auprès de la FINMA pour les gestionnaires de placements collectifs de capitaux et plus particulièrement pour les gestionnaires de fonds alternatifs européens seront détaillées (II. Requête en autorisation auprès de la FINMA pour les gestionnaires de placements collectifs étrangers).

I. Révision partielle de la LPCC en bref

Le Conseil fédéral a publié en date du 2 mars 2012 le Message relatif à la révision partielle de la LPCC. Le texte de la révision n'est pas encore définitif dès lors qu'il est

susceptible d'être modifié lors des débats au sein de l'Assemblée fédérale, lesquels débiteront dans le courant du mois de juin 2012.

Selon le Message du Conseil fédéral, le Projet de révision vise à combler les lacunes existant en matière de protection des investisseurs et à maintenir la compétitivité de la Suisse dans le domaine de l'administration de placements collectifs. Ce Projet adapte la législation suisse aux exigences internationales en matière d'administration, de garde et de distribution de placements collectifs de capitaux.

1. Autorisation pour les gestionnaires suisses de fonds étrangers

Sous l'angle de l'administration (en anglais «management»), le Projet de révision soumet à autorisation non seulement les gestionnaires de fonds suisses, comme requis par la LPCC en vigueur aujourd'hui, mais également les gestionnaires de fonds étrangers.

Les gestionnaires auront un délai de six mois dès l'entrée en vigueur de la nouvelle LPCC pour s'annoncer auprès de la FINMA, et de deux ans pour satisfaire aux nouvelles exigences légales et déposer une requête en autorisation, étant rappelé que dans le cas particulier des gestionnaires suisses de fonds alternatifs européens, ces derniers devront obtenir l'autorisation de la FINMA d'ici à juillet 2013, de sorte que la requête en autorisation devrait être déposée dans le courant de l'été 2012 (voir chapitre II. ci-dessous).

Il faut préciser que seul le gestionnaire de placements collectifs de



Stéphanie Hodara El Bez est avocate aux barreaux de Genève et New York et est associée de l'Etude Altenburger Ltd legal + tax. Elle est responsable du Team Banking & Finance du bureau genevois de cette Etude. Elle conseille des banques, des négociants en valeurs mobilières, des gestionnaires de placements collectifs et des gérants indépendants dans les domaines contractuels et réglementaires. Elle les assiste également dans le cadre de procédures nationales et internationales. Elle enseigne également le droit commercial dans le cadre de la formation des Clercs d'avocats et de notaires.



Cecilia Peregrina est avocate au barreau de Genève et est titulaire d'un LL.M en droit bancaire et financier de l'Université de Boston. Elle travaille en tant que collaboratrice dans le team Banking & Finance de l'Etude Altenburger Ltd legal + tax. Elle s'est spécialisée dans le domaine réglementaire applicable aux gestionnaires indépendants et aux placements collectifs de capitaux. Elle assiste également des intermédiaires financiers et leurs clients dans le cadre de procédures civiles et pénales.

capitaux est soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation et peut en obtenir une. Celui qui exerce uniquement une activité de conseiller en placement n'est pas soumis à cette obligation. La délimitation entre ces deux notions n'est pourtant pas toujours évidente. Il faut déterminer, en fonction des circonstances, si le gérant prend les décisions d'investissement de manière indépendante et peut exécuter ces décisions pour le compte de ses clients.

En outre, le Projet de révision prévoit un renforcement des exigences applicables aux titulaires d'autorisations de manière à adapter la LPCC aux normes internationales. Il introduit notamment des prescriptions plus strictes en matière de fonds propres, de responsabilité en cas de délégation et de gestion des conflits d'intérêts.

2. Renforcement des obligations de la Banque dépositaire
S'agissant des exigences en matière de garde, le Projet prévoit que la Banque dépositaire ne peut déléguer la garde de la fortune collective à un tiers que si ce dernier est soumis à une surveillance en Suisse ou à l'étranger. L'investisseur doit par ailleurs être averti des risques liés à cette délégation. En outre, la Banque dépositaire devra à l'avenir répondre du dommage causé par un tiers auquel elle a délégué l'exécution de sa tâche, à moins qu'elle ne prouve avoir pris tous les soins

recommandés par les circonstances en matière de choix, d'instruction et de surveillance.

3. Nouvelle définition de l'investisseur qualifié et nouvelles exigences particulièrement strictes en matière de distribution

En vertu du Projet, un placement collectif étranger ne pourra être distribué en Suisse ou à partir de la Suisse à des investisseurs qualifiés ou à des investisseurs non qualifiés, que si ce fonds a mandaté au préalable un représentant suisse, lequel doit notamment régulièrement vérifier si le placement collectif étranger est soumis à une réglementation équivalant à la LPCC. En outre, la distribution du placement collectif étranger ne sera autorisée que si une convention de coopération a été conclue entre la FINMA et les autorités étrangères de surveillance concernées par la distribution.

Ces deux exigences risquent de restreindre considérablement le nombre de produits distribués en Suisse.

Par ailleurs, la définition de l'investisseur qualifié a été remaniée. Ainsi, les particuliers fortunés (disposant de placements financiers d'au moins CHF 2 millions) ne seront plus automatiquement considérés comme des investisseurs qualifiés mais ils devront notamment disposer de compétences techniques en matière financière.

Enfin, les clients ayant conféré un mandat de gestion de fortune à une banque ou à un gestionnaire de fortune indépendant ne seront plus automatiquement considérés comme des investisseurs qualifiés. En revanche, en vertu du Projet, l'acquisition de placements collectifs dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire ne sera pas considérée comme de la distribution soumise à la LPCC.

Les modifications prévues par le Projet peuvent avoir de lourdes conséquences sur l'activité de certains intermédiaires financiers (notamment ceux pratiquant le conseil en placement) qui devront examiner de près la question de savoir s'ils doivent obtenir une autorisation en tant que distributeur et déterminer l'impact de la nouvelle notion d'investisseur qualifié sur leurs activités.

II. Requête en autorisation auprès de la FINMA pour les gestionnaires de placements collectifs étrangers

Même si l'issue de la révision de la LPCC est encore incertaine, la FINMA a décidé d'anticiper les importantes modifications réglementaires pendants en Suisse et à l'étranger ainsi que l'afflux des requêtes en autorisation qui seront déposées compte tenu de ces modifications.

Dans ses Communications 34, 35 et 36, la FINMA s'adresse en particulier aux sociétés qui doivent obtenir une autorisation en Suisse en qualité de gestionnaire de placements collectifs de capitaux étrangers en raison de modifications réglementaires à l'étranger, notamment suite à l'adoption de la Directive AIFM.

L'entrée en vigueur de la Directive AIFM dès juillet 2013 aura en effet pour conséquence que la gestion des fonds alternatifs européens ne pourra être déléguée à des gestionnaires suisses que s'ils sont soumis à une surveillance équivalente à celle prévue par cette Directive. La FINMA attire donc l'attention des sociétés concernées sur le fait qu'elles doivent décider sans délai si elles entendent déposer une requête en autorisation fondée sur le droit en vigueur ou si elles préfèrent attendre la révision en cours de la LPCC, sachant que dans ce dernier cas, l'autorisation risque de ne pas être octroyée dans les délais requis.

Pour faciliter la procédure d'assujettissement, la FINMA a précisé

ses exigences en relation avec le contenu et la forme des requêtes en autorisation dans ses Communications 34, 35 et 36.

1. Délais

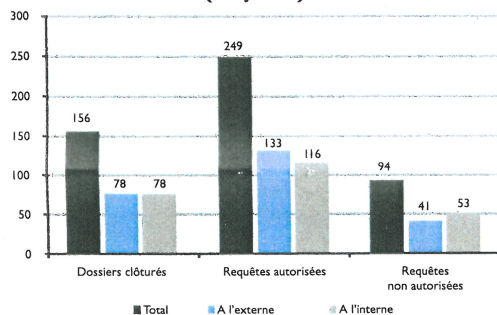
Selon les indications de la FINMA, la demande en autorisation devrait idéalement être déposée avant le 30 juin 2012 pour avoir une chance réaliste d'être obtenue dans les délais. Ainsi, les gestionnaires souhaitant poursuivre sans discontinuité leur activité de gestion de fonds alternatifs européens ne pourront pas attendre l'entrée en vigueur de la nouvelle LPCC mais devront d'ores et déjà obtenir une autorisation selon la loi en vigueur. Il est important de relever à cet égard que les statistiques fournies par la FINMA démontrent que la durée moyenne de traitement d'une requête est de 249 jours.

lectif ou société en commandite (la forme juridique la plus fréquemment utilisée étant la société anonyme). Il doit de plus démontrer qu'il gère au moins un placement collectif de capitaux.

Enfin, le gestionnaire doit établir, d'une part, que le droit étranger qui lui est applicable exige qu'il soit soumis à une autorité de surveillance et, d'autre part, que le placement collectif qu'il gère est soumis à une surveillance équivalente à celle de la Suisse.

A cet égard, si la FINMA indique que la surveillance de fonds approuvés en vertu de la Directive OPCVM IV doit être considérée comme comparable à celle de la Suisse, elle ne fournit pas plus de précisions sur ces exigences. Ainsi, il appartient au gestionnaire requérant de démontrer que ces deux conditions sont remplies dans le cas d'espèce.

Durée moyenne de traitement d'une requête (en jours)



Source: <http://www.finma.ch/finma/sichtbare/Documente/pt-informationsveranstaltung-w-ka-fpdf>

2. Conditions d'autorisation

La FINMA a précisé à de nombreuses reprises que le gestionnaire doit remplir toutes les conditions d'autorisation au moment du dépôt de la requête. Ainsi, la FINMA n'entrera en matière sur la demande que si le gestionnaire peut démontrer, à tout le moins *prima facie*, qu'il remplit les conditions de base et les conditions financières, personnelles et organisationnelles, et s'il a remis à l'autorité l'ensemble des pièces justificatives requises.

2.1. Conditions de base

Le gestionnaire doit avoir son siège en Suisse.

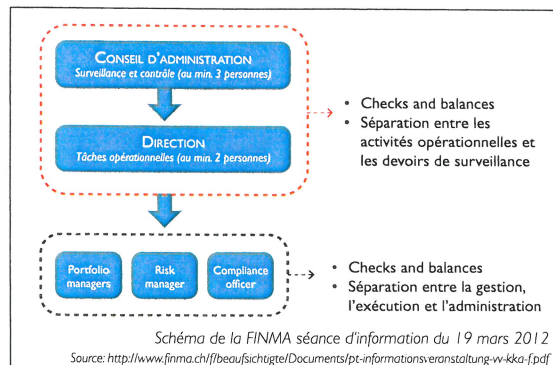
En outre, si l'actuelle LPCC prévoit qu'un gestionnaire pourrait théoriquement exercer en tant que raison individuelle, on voit que, dans la pratique, il est requis des gestionnaires qu'ils soit organisés sous forme de société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée, société en nom col-

2.2. Conditions financières

Le gestionnaire doit présenter certaines garanties financières. Il doit ainsi avoir un capital minimal libéré en espèces d'au moins CHF 200'000.--. Il doit en outre disposer de fonds propres correspondant au minimum à un quart des coûts fixes de son dernier exercice comptable.

2.3. Conditions personnelles

Le titulaire d'autorisation doit disposer de personnel qualifié, jouissant des compétences requises dans ses domaines d'activité. De plus, les personnes responsables de l'administration et de la direction des affaires doivent offrir la garantie d'une activité irréprochable, faire preuve d'une bonne réputation et présenter les qualifications professionnelles nécessaires. La FINMA examinera ainsi avec attention les dossiers constitués par le requérant au sujet des membres de la direction et du conseil d'administration, des responsables de services/départements, du *risk manager* et du *compliance officer*.



2.4 Conditions organisationnelles

Ces conditions sont souvent celles qui posent le plus de difficultés en pratique. En effet, la LPCC prévoit une organisation relativement lourde et stricte.

La LPCC exige une séparation entre les activités de gestion courante d'une part, et les tâches de haute direction, de surveillance et de contrôle d'autre part.

En conséquence, afin de respecter ces conditions, le gestionnaire de placements collectifs doit en principe présenter l'organisation minimale suivante:

- **Conseil d'administration:** agit en tant que haute direction de la société et est composé de 3 personnes au minimum, dont la majorité n'exerce pas de tâches opérationnelles.

- **Direction:** traite les affaires courantes de l'entreprise conformément aux instructions du Conseil d'administration et est composée de 2 personnes au minimum. Les membres de la Direction doivent être domiciliés en un lieu qui leur permet d'exercer la gestion effective des affaires, soit près du siège effectif de l'entreprise.

- **Risk manager:** cette fonction doit être indépendante de la fonction décisionnelle en matière de placement. Elle nécessite de l'expérience et des qualifications professionnelles particulières.

- **Compliance Officer:** cette fonction requiert de l'expérience, des compétences professionnelles adaptées et une grande indépendance.

- **Portfolio managers:** ils doivent être qualifiés, ce d'autant que les produits financiers disponibles actuellement sur le marché sont souvent difficiles à comprendre.

La loi exige que le titulaire d'autorisation décrive de façon détaillée l'ensemble de son organisation et pose le principe de l'interdiction du cumul des fonctions dans un règlement d'organisation.

Conclusions

Les gestionnaires de placements collectifs étrangers, actuellement non autorisés, seraient donc bien inspirés de solliciter rapidement une autorisation auprès de la FINMA car son obtention est nécessaire à la continuation de leurs activités.

Les gestionnaires concernés devront au préalable s'assurer qu'ils remplissent les conditions d'autorisation et que les placements collectifs dont ils entendent assurer la gestion répondent aux exigences de la législation en vigueur.

Les requêtes en autorisation demandent une grande préparation et le traitement des dossiers auprès de la FINMA peut prendre plus de 8 mois. Il est donc conseillé aux gestionnaires de commencer leurs préparatifs dans les meilleurs délais.

Source: Newsletter du mois d'avril 2012 rédigée par le team Banking & Finance de l'Etude Altenburger Ltd legal + tax

ALTENBURGER

ALTENBURGER LTD legal + tax est une étude d'avocats suisse dont les bureaux sont situés à Genève et à Zurich. Depuis plus de trente ans, ALTENBURGER a acquis une réputation solide dans le domaine du droit des affaires. Elle peut se targuer d'être à la pointe de la pratique juridique et dispose d'une équipe d'avocats et de fiscalistes expérimentés et motivés qui se distinguent également par leur multilinguisme et par leur ouverture d'esprit. ALTENBURGER est reconnue pour ses compétences en droit bancaire, droit fiscal et droit commercial. Elle est également spécialisée en droit des assurances et active dans des procédures commerciales nationales et internationales. De plus, elle est l'une des références en Suisse dans la pratique des modes alternatifs de résolution des conflits, en particulier la médiation.