

# **Placements collectifs :** *les fondamentaux, les réflexes pour le praticien et quelques nouveautés*

Conférence du Jeune Barreau  
20 janvier 2014

Alexandre de Boccard

# Plan

- I. Introduction
- II. Notion de « placement collectif »
- III. Activités soumises à autorisation
- IV. Notion de « distribution »
- V. Structures de placement collectif
- VI. Placement collectif immobilier et pratique de la FINMA
- VII. Nouveautés de la LPCC révisée
- VIII. Prochains délais

# I. Introduction

- Origine des placements collectifs.
- Besoin de protection de l'investisseur.
- Loi fédérale du 1<sup>er</sup> juillet 1966 sur les fonds de placements, remplacée par la Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), récemment révisée (e.v. 1<sup>er</sup> mars 2013).
- But actuel de la LPCC: protéger les investisseurs et assurer la transparence et le bon fonctionnement du marché des placements collectifs de capitaux (art. 1 LPCC).
- Sources principales en matière de placements collectifs: LPCC, OPCC, OPC-FINMA, Circulaires FINMA ([www.finma.ch](http://www.finma.ch)) et directives de la Swiss Funds & Asset Management Association ([www.sfama.ch](http://www.sfama.ch)).

## II. Notion de « placement collectif »

- Définition aux Art. 7 LPCC et Art. 5 al. 1 OPCC:
  - **Au moins deux investisseurs:** sauf exception des Art. 7 al. 3 et 4 et 5 al. 4 OPCC applicables aux institutions de la prévoyance professionnelle et aux assurances soumises à surveillance;
  - **Indépendants:** les avoirs sont gérés distinctement d'un point de vue juridique et de faits (sauf exception pour les sociétés du même groupe d'entreprises, Art. 5 al. 3 OPCC);
  - Effectuant **des apports** (généralement sous forme de capital);
  - **Administrés** et investis en commun **par des tiers** (notion de « *Fremdverwaltung* »).

## II. Notion de « placement collectif »

- Liste des exceptions à la qualification de placement collectif à l'Art. 2 al. 2 LPCC, notamment:
  - Société exerçant une **activité commerciale ou industrielle** (Arrêt du TF du 5 novembre 2010 n° 2C\_571/2009);
  - Société qui rassemble dans un groupe, sous une direction unique, une ou plusieurs sociétés par le biais d'une majorité de voix ou par d'autres moyens (holdings);
  - Clubs d'investissements: 20 investisseurs maximum et les investisseurs prennent leur décision eux-mêmes (absence de gestion par un tiers, « *Fremdverwaltung* »)(Art. 1a OPCC).

## II. Notion de « placement collectif »

- Conséquence de la qualification de placement collectif:
  - LPCC s'applique (Art. 2 al. 1 LPCC): y compris les dispositions pénales de l'Art. 148 LPCC en cas de défaut d'autorisation.
  - 1<sup>ère</sup> étape: analyser la structure juridique afin de déterminer s'il s'agit d'un placement collectif.

## II. Notion de « placement collectif »

- **Placement collectif suisse:** siège de la direction de fonds (Art. 28 al. 1 LPCC) ou administration principale en Suisse (42 OPCC).
- **Placement collectif étranger** (Art. 119 LPCC): siège de la direction de fonds, respectivement de la SICAV, et administration principale (Art. 42 OPCC) à l'étranger.
- 2<sup>ème</sup> étape: déterminer s'il s'agit d'un placement collectif suisse ou étranger.

# III. Activités soumises à autorisation

- LPCC s'applique aux placements collectifs suisses et aux personnes qui les administrent (ce terme comprend la gestion), les gardent ou les distribuent (Art. 2 al. 1 LPCC).
- LPCC s'applique aux placements collectifs étrangers (au sens de l'Art. 119 LPCC) distribués en Suisse et aux personnes qui;
  - Les administrent (ce terme comprend la gestion) en ou à partir de la Suisse;
  - Les distribuent en Suisse;
  - Les distribuent à partir de la Suisse, lorsque ces placements collectifs ne sont pas destinés exclusivement à des investisseurs qualifiés au sens de la LPCC ou du droit étranger correspondant (a contrario, pas d'autorisation de distributeur nécessaire si distribution exclusivement à des investisseurs qualifiés. Attention toutefois à l'exigence de nommer un représentant et un service de paiement en Suisse en vertu de l'Art. 120 al. 4 LPCC);
  - Les représentants en Suisse.
- 3<sup>ème</sup> étape: déterminer quelle entité est soumise à autorisation.



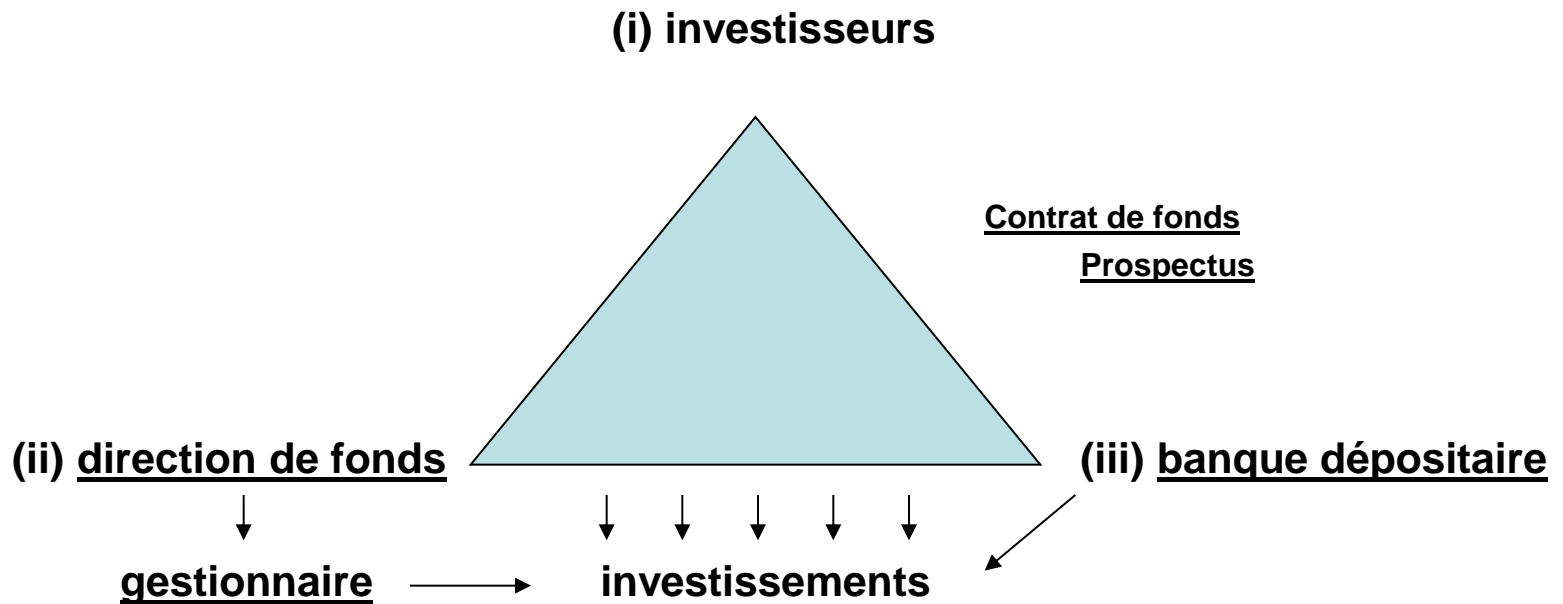
# IV. Notion de « distribution »

- Est considérée comme distribution toute proposition ou publicité pour des placements collectifs (définition négative):
  - (i) qui ne s'adressent pas exclusivement à (Art. 3 al. 2 LPCC):
    - (a) Des intermédiaires financiers soumis à une surveillance (tels les banques, négociants en valeurs mobilières); ou
    - (b) Des assurances soumises à surveillance.
  - (ii) (et) qui ne tombent pas sous l'une des exceptions de l'Art. 3 al. 2 LPCC (et 3 OPCC):
    - A la demande de l'investisseur (sans prise de contact préalable);
    - Dans le cadre de contrats de conseil (à titre onéreux sur le long terme);
    - Dans le cadre de la simple exécution de transactions (*execution only*);
    - Dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune avec un intermédiaire financier soumis à surveillance au sens de l'art. 10 al. 3 let. a LPCC;
    - Dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune avec un gestionnaire indépendant (i) soumis à la LBA, (ii) aux règles de conduite adoptées par une organisation professionnelle reconnues par la FINMA et (iii) lorsque le contrat de gestion respecte les directives adoptées par une organisation professionnelle reconnues par la FINMA.
- Circulaire FINMA 2009/1 Règles-cadre pour la reconnaissance de l'autorégulation en matière de gestion de fortune comme standard minimal.
- Circulaire FINMA 2013/9 Distribution de placements collectifs de capitaux.

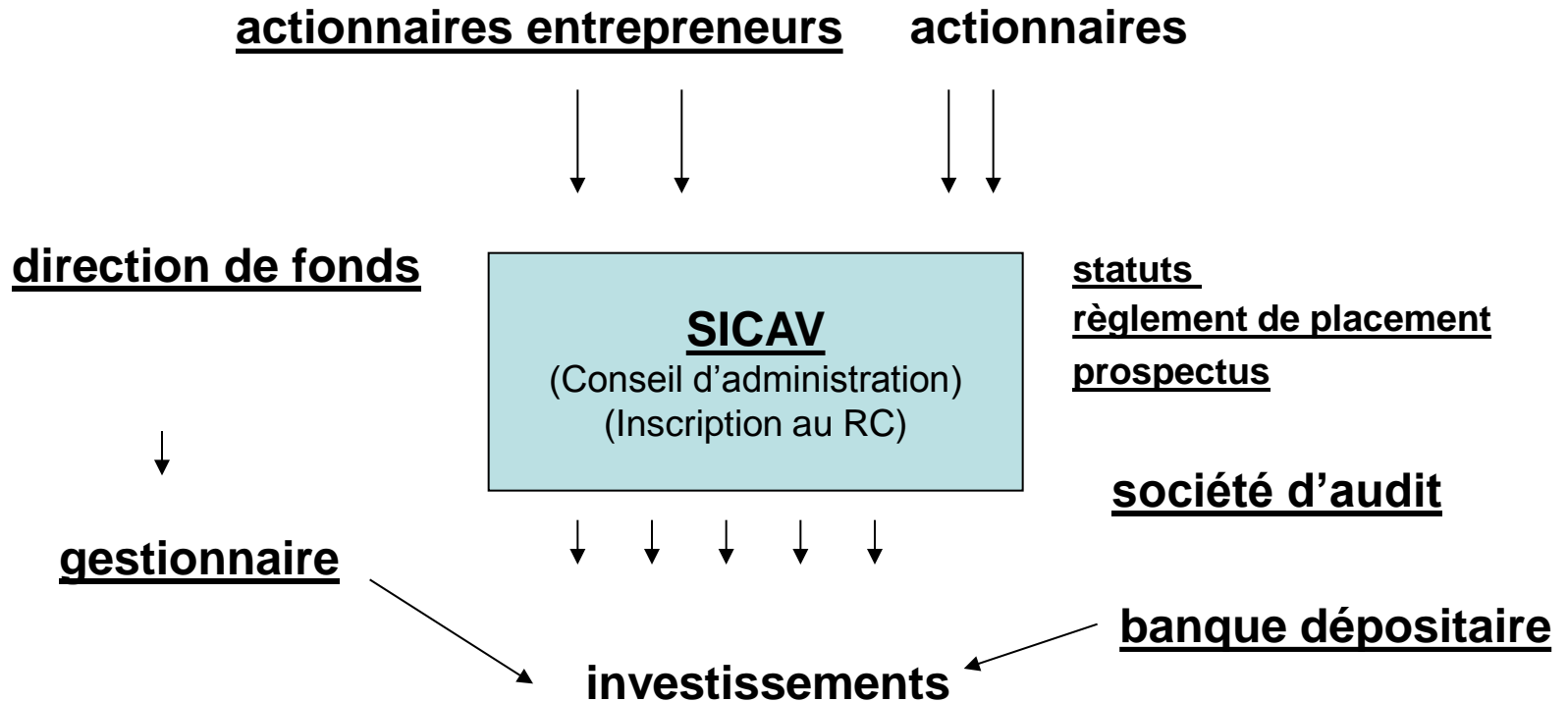
# V. Structures de placement collectif

- Placements ouverts (droit au remboursement)
  - **Fonds contractuel** (Art. 25 ss LPCC et 35 ss OPCC): contrat de fonds tripartite entre direction de fonds, banque dépositaire et investisseur.
  - **SICAV** (Art. 36 ss LPCC et 51 ss OPCC): société d'investissement à capital variable.
- Placements fermés
  - **SCPC** (Art. 98 ss LPCC et 117 ss OPCC): Société en commandite de placements collectifs. La société effectue ses placements dans le capital-risque (art. 103 al. 1 LPCC): convient notamment aux promotions immobilières.
  - **SICAF** (art. 110 ss LPCC et art. 122 ss OPCC): société d'investissement à capital fixe.

# Fonds contractuel



# SICAV



# VI. Placement collectif immobilier et pratique de la FINMA

- Nouvel Art. 121 al. 3 et 4 OPCC
- Sont uniquement autorisés les projets immobiliers, de construction et d'infrastructure de personnes qui ne sont pas directement ou indirectement liées:
  - aux associés indéfiniment responsables;
  - aux personnes responsables de l'administration et de la direction des affaires; ou
  - aux investisseurs (al. 3).
- Communication FINMA 16 (2010) du 1<sup>er</sup> décembre 2010.
- Communication FINMA 49 (2013) du 23 août 2013:
  - Pratique stricte de la FINMA en matière de gestion par un tiers (Fremdverwaltung): Les investisseurs ne doivent pas intervenir dans le processus de construction et doivent mandater des tiers indépendants dans l'accomplissement de chaque phase du processus de construction (avant-projet, projet de construction, procédure de permis de construire, plan d'exécution, mise en service).

# VII. Nouveautés de la LPCC révisée

- Notion de « distribution » remplace celle d' « appel au public ».
- Le placement collectif de droit étranger qui est uniquement distribué à des investisseurs qualifiés n'a pas besoin d'approbation, mais doit nommer un représentant et service de paiement (nouvelle exigence).
- Un intermédiaire financier ne peut distribuer des placements collectifs étrangers destinés exclusivement à des investisseurs qualifiés que s'il est soumis, en Suisse ou dans son pays de domicile, à un régime de surveillance approprié (Art. 19 al. 1bis LPCC). Auparavant, cette activité n'était pas soumise à autorisation.
- Gestionnaires de placements collectifs de droit étranger soumis à autorisation (exception de l'art. 2 al. 2 let h LPCC). Auparavant, cette activité n'était pas soumise à autorisation.
- Les décisions en matière de placement peuvent être déléguées uniquement à des gestionnaires de placements collectifs soumis à une surveillance reconnue (Art. 18b al. 3 LPCC). Lorsque le droit étranger prévoit une convention de coopération et d'échange de renseignements avec les autorités de surveillance étrangères (réciprocité), le gestionnaire ne peut déléguer des décisions en matière de placement que si une telle convention a été conclue entre la FINMA et les autorités de surveillance étrangères concernées par ces décisions (Art. 18b al. 4 LPCC). Convention avec la France et l'Irlande.

# VII. Nouveautés de la LPCC révisée

- Nouvelle définition d' « investisseurs qualifiés » (Art. 10 al. 3 LPCC et 6 OPCC): nouveaux seuils, connaissance/expérience de l'investisseur.
- Déclaration d'*opting in* (Art. 10 al. 3 bis LPCC).
- Déclaration d'*opting out* (Art. 10 al. 3 ter LPCC).
- Obligation de l'intermédiaire financier et du gestionnaire indépendant d'informer les investisseurs qualifiés sur les risques qui découlent de cette qualification et de la possibilité d'*opting out* (Art. 6 al. 2 OPCC) (contrat de gestion).
- En matière de rétrocession, la déclaration de renonciation du client devra figurer dans le contrat de gestion, et non dans les conditions générales (suppression des termes « *ou ses annexes* » dans la Circulaire FINMA 2009/1).
- Obligation d'inventaire (Art. 24 al. 3 LPCC et 34a OPCC): e.v. 1<sup>er</sup> janvier 2014 (contrat de gestion).

# VII. Nouveautés de la LPCC révisée

- Obligation d'inventaire (Art. 24 al. 3 LPCC et 34a OPCC): e.v. 1<sup>er</sup> janvier 2014:
  - Obligation de consigner les besoins des clients et les raisons motivant la recommandation d'acquérir et de remettre un inventaire au client:
  - La Circulaire FINMA 2009/1 détaille cette obligation:
    - le gérant de fortune doit établir un profil de risque en tenant compte des expériences et des connaissances du client en définissant sa propension [subjective] au risque et sa capacité [objective] à absorber les risques. Référence aux tests « MiFID ».
    - le gérant de fortune doit revoir périodiquement les stratégies de placement et l'adéquation au profil de risque du client.
    - le gérant de fortune doit s'assurer que les placements effectués concordent en permanence avec le profil de risque ainsi que les objectifs et restrictions de placement.



# VIII. Prochains délais

- Dispositions transitoires: Art. 154 ss LPCC et 144a ss OPCC.
- Délai au 28 février 2014 pour les banques, négociants, assurances et gestionnaires qui opèrent en qualité de représentants de placements collectifs de droit étranger pour présenter une demande d'autorisation (Art. 144c al. 1 OPCC).
- Si aucun accord de coopération n'a été conclue entre la FINMA et les autorités étrangères, les directions de fonds, respectivement les SICAV, qui ont délégué les compétences décisionnels (de placements collectifs suisses) à l'étranger doivent s'annoncer sans délai et remettre à la FINMA une déclaration selon laquelle l'autorité étrangère s'engage à coopérer et échanger des renseignements avec la FINMA, d'ici au 28 février 2014.
- La délégation des décisions en matière de placement doit répondre aux nouvelles exigences d'ici au 28 février 2015.
- Les titulaires d'une autorisation doivent satisfaire aux obligations en matière d'organisation ainsi que de gestion des risques, système de contrôle interne et de compliance (mise en conformité) d'ici au 28 février 2014 (Art. 144c al. 3 OPCC).

# VIII. Prochains délais

- Les gestionnaires de placements collectifs étrangers qui débutent leur activité après le 1<sup>er</sup> mars 2013 et dont les valeurs patrimoniales gérées excèdent les valeurs seuils de l'Art. 2 al. 2 let. h LPCC doivent se conformer sans délai aux dispositions légales.
- Les gestionnaires de placements collectifs de droit étranger ont jusqu'au 28 février 2014 pour satisfaire aux nouvelles exigences de capital (gestionnaire, Art. 144c al. 3 OPCC).
- Les gestionnaires de placements collectifs étrangers exerçant déjà au 1<sup>er</sup> mars 2013 ont jusqu'au 28 février 2015 pour satisfaire aux nouvelles exigences FINMA et déposer une requête en autorisation auprès de la FINMA (Art. 158c al. 2 LPCC).

## VIII. Prochains délais

- Les distributeurs débutant leur activité après le 1<sup>er</sup> mars 2013 doivent se conformer sans délai aux dispositions légales.
- Les distributeurs de placements collectifs de droit étranger à des investisseurs qualifiés en Suisse déjà actifs au 1<sup>er</sup> mars 2013 ont jusqu'au 28 février 2015 pour satisfaire aux exigences légales et déposer une requête auprès de la FINMA (Art. 144c al. 5 OPCC).
- La Communication FINMA 48 (2013) – 17 mai 2013 précise certains délais transitoires.

# VIII. Prochains délais

- Projet de Loi fédérale sur les services financiers (FIDLEG).
- Autorisation par la FINMA des gestionnaires de fortune indépendants?
- Interdiction des rétrocessions pour les gestionnaires indépendants?
- Calendrier MiFID 2.

\* \* \* \*

Alexandre de Boccard

**OCHSNER & ASSOCIÉS**

2, Quai Gustave-Ador

1207 Genève

Email: alexandre.deboccard@ochsnerassociés.ch

Tél.: +41 22 786 88 66

Fax.: +41 22 786 88 67

[www.ochsnerassociés.ch](http://www.ochsnerassociés.ch)