

## JURISTES & FISCALISTES

### BCCC Avocats Sàrl



#### Thomas GOOSSENS

Associé

BCCC Avocats Sàrl

Genève - Lausanne

*Licencié en droit de l'Université de Fribourg en 1998 et admis au Barreau de Genève en 2001, Me Thomas Goossens rejoint BCCC Avocats Sàrl en octobre 2005, après avoir effectué un LL.M. à Kings College London et accumulé une solide expérience auprès d'études de renom à Genève et à Zurich. Associé depuis janvier 2012, il codirige le practice groupe bancaire et financier de l'Etude. Il est principalement actif dans le conseil ainsi que la représentation en justice de clients dans les domaines du droit bancaire et financier, des fonds de placements, du négoce de matières premières ainsi que du droit commercial au sens large. Me Goossens a été distingué pour ses compétences en droit bancaire et financier par le Guide indépendant Legal500 Europe en 2011 et en 2012 (Banking & Finance).*

goossens@bcc.ch

www.bccc.ch

### Gestionnaires de placements collectifs: la FINMA précise ses conditions cadres

La Finma a eu l'occasion de préciser, dans le cadre de trois communications récentes (*Communications 34, 35 et 36 des 23 janvier, 20 février et 23 mars 2012*), les conditions cadres relatives à l'obtention d'une autorisation pour les gestionnaires de placements collectifs de droits suisse et étranger (*voir le lien vers ces communications sur le site de la Finma <http://www.finma.ch/f/finma/publikationen/Pages/finmamitteilungen.aspx>*).

Cette démarche fait notamment suite à une précédente information datée du 15 février 2011 dans laquelle la Finma soulignait l'inadmissibilité des requêtes pro forma émanant de gérants indépendants, lorsque la gestion de placements collectifs constitue uniquement une part négligeable des activités. Elle permet d'éclairer les acteurs du marché sur le niveau d'exigence réel de la Finma, laquelle publie également des chiffres évocateurs: sur 10 requêtes d'autorisation traitées en 2011, seules 4 ont abouti!

La Finma revient d'abord sur la distinction fondamentale entre un asset manager et un simple advisor, ce dernier n'étant pas habilité à solliciter une autorisation au sens de la LPCC. Elle rappelle également le niveau d'exigences financières requis, à savoir un capital de CHF 200'000.- entièrement libéré en espèces et des fonds propres correspondant au minimum à un quart des coûts fixes du dernier exercice comptable. Une activité de gestion de placements collectifs n'exclut d'ailleurs pas d'autres activités dans le domaine financier, y compris la gestion de fortune individuelle et le conseil en investissement. La gestion d'un seul placement collectif suffit.

La Finma précise ensuite ses exigences structurelles et organisationnelles, notamment la séparation stricte des fonctions de haute direction, de surveillance et de contrôle, d'une part, et de gestion courante, d'autre part. Ainsi, la stratégie et le suivi continu des activités du gestionnaire, généralement constitué en société anonyme, sont fixés par le conseil d'administration, composé d'au moins trois membres. Un tiers au moins du conseil doit être indépendant alors qu'une majorité de ses membres ne saurait exercer la moindre compétence opérationnelle. Quant à la direction, elle traite des affaires courantes et doit être composée d'au moins deux personnes tenues d'avoir leur domicile en un lieu qui leur permet d'exercer la gestion effective des affaires et d'en assumer la responsabilité. Le conseil d'administration et la direction doivent satisfaire à la garantie d'une activité irréprochable, la Finma se réservant également d'examiner l'intégrité et les compétences professionnelles de tous les collaborateurs du gestionnaire. Enfin, le gestionnaire doit disposer d'un risk manager, d'un contrôleur interne et d'un compliance officer, tous indépendants de l'opérationnel.

La Finma revient aussi sur certaines questions récurrentes en pratique, telles les conditions de délégation d'activités ou les critères de mise en œuvre d'une surveillance consolidée en présence d'un groupe financier.

## JURISTES & FISCALISTES

### BCCC Avocats Sàrl

Un modèle très détaillé de requête d'autorisation figure en annexe à la communication 36 (*voir <http://www.finma.ch/f/beaufsichtigte/Documents/gesuchvorlage-bewilligung-vermoegensverwalter-kag-f.PDF>*).

En l'état actuel de la LPCC, les gérants de placements collectifs de droit étranger ne peuvent requérir un assujettissement volontaire à la Finma que s'ils ont un siège ou un domicile en Suisse, s'ils sont soumis à une autorité de surveillance étrangère et si les placements collectifs étrangers qu'ils gèrent font l'objet d'une surveillance comparable à celle de la Suisse (*laquelle est notamment reconnue pour pour des fonds répondant aux exigences de la directive OPCVM IV*).

Manifestement désireuse d'anticiper les importantes modifications réglementaires pendantes en Suisse et à l'étranger, en particulier celles liées à la mise en œuvre de la directive AIFM (*entrée en vigueur prévue en juillet 2013*), la Finma rappelle que les gestionnaires doivent décider sans délai s'ils entendent déposer une requête en autorisation fondée sur le droit actuel ou s'ils préfèrent attendre l'entrée en vigueur de la LPCC révisée en 2013. La Finma attire l'attention des acteurs du marché sur le fait que s'ils devaient opter pour cette deuxième solution, l'octroi d'une autorisation dans les délais impartis par la directive AIFM serait illusoire. Une statistique intéressante démontre d'ailleurs que la durée de traitement moyen des requêtes approuvées par la Finma en 2011 a été de 249 jours. Il y a donc bel et bien urgence pour les gestionnaires de placements collectifs à se déterminer, dès lors que la Finma devra certainement faire face à un nombre sans précédent de nouvelles requêtes une fois la LPCC modifiée en vigueur en 2013.

Tout n'est toutefois pas perdu pour les gestionnaires dont la survie dépend du respect des délais fixés par la directive AIFM: la Finma rappelle en effet qu'une fois l'autorisation accordée, celle-ci vaut pour tous les placements collectifs de capitaux dont le requérant assure la gestion, qu'ils soient suisses ou étrangers. Fort de ce constat, un gestionnaire de placement collectif, actuellement non

autorisé par la Finma, qui ne pourrait pas se permettre de prendre le risque de ne pas être encore assujéti au moment de l'entrée en vigueur de la directive AIFM, serait donc bien inspiré d'envisager de solliciter d'ores et déjà une autorisation de la Finma, pour autant qu'au moins un placement collectif dont il assure ou entend assurer la gestion réponde aux conditions d'assujettissement obligatoire ou volontaire du droit actuel.

Bien qu'imparfaite, une telle solution satisfèrait en tous cas à l'exigence de surveillance du gestionnaire fixée par la directive européenne tout en répondant également à l'incertitude liée au respect de la date butoir du mois de juillet 2013.

S'il est vrai que cette voie s'avèrerait coûteuse, elle pourrait relancer également le débat relatif à la consolidation de la profession. D'autres solutions restent éventuellement envisageables, notamment l'utilisation de sociétés de gestion agréées et le maintien de simples services de type advisory auprès du gestionnaire suisse. Attention toutefois à l'abus de droit, un advisor pouvant facilement être requalifié comme un véritable gérant de placement collectif, lequel est soumis à l'exigence d'autorisation de la directive.

S'il n'y a pas encore péril en la demeure, le message de la Finma est clair : n'attendez pas 2013 pour examiner vos opportunités!



Thomas GOOSSENS  
Associé  
BCCC Avocats Sàrl  
goossens@bccc.ch  
www.bccc.ch