

JURISTES & FISCALISTES

Les gestionnaires de placements collectifs face au défi du “gap analysis”

BCCC
 AVOCATS ATTORNEYS-AT-LAW

Pour réaliser des économies d'échelles et faciliter le suivi opérationnel de leurs relations clients, les gestionnaires de fortune font souvent usage de véhicules de placements étrangers, dont ils sont aussi les gérants (*asset managers*) ou les conseillers (*investment advisors*). Avec l'entrée en vigueur de la LPCC révisée au 1er mars 2013 et la nécessaire transposition de la directive AIFM avant juillet 2013 au sein des Etats membres de l'Union Européenne et des Etats tiers, cette situation n'est désormais plus viable pour de nombreux acteurs, ou du moins pas sans de très notables aménagements. Pour mémoire, la LPCC révisée étend en principe à tous les gérants suisses de placements collectifs, qu'ils soient enregistrés en Suisse ou à l'étranger, l'obligation d'obtenir une autorisation de la part de la FINMA. S'il est vrai qu'en deçà de seuils de *minimis* fixés par la loi et par la directive européenne, les gérants restent encore exempts d'autorisation, ils pourraient ne pas le rester très longtemps si l'on se fonde sur le très probable assujettissement des gérants de fortune à la future loi sur les services financiers actuellement en consultation. Quant à la tentation que pourraient avoir certains de maintenir une sorte de statu quo en intervenant comme *investment advisor* – non-réglémenté – elle n'est plus possible si le gérant reste celui qui prend les décisions d'investissements.

Il revient donc aujourd'hui à de nombreux gérants de répondre sans délais à la très délicate question de la nécessité, respectivement de l'opportunité de franchir le pas de la réglementation. Or, une telle décision repose immanquablement sur un examen coût/opportunité des gérants à effectuer au travers du prisme d'un *gap analysis*, soit l'évaluation des changements structurels, le plus souvent très conséquents, qu'un tel statut requiert. À ce titre, rappelons qu'un gérant de placement collectif suisse doit désormais se doter d'un capital de CHF 200'000.-, respectivement de CHF 500'000.- lorsqu'il gère des placements collectifs étrangers, et de fonds propres correspondant au minimum à un quart des coûts fixes du dernier exercice comptable. Parallèlement, une séparation stricte des fonctions de haute direction, de surveillance et de contrôle est requise. Ainsi la stratégie et le suivi continu des activités incombent à un conseil d'administration composé d'au moins trois membres, dont le tiers doit être indépendant et la majorité ne doit pas exercer la moindre compétence opérationnelle. Quant à la direction, elle doit elle aussi être composée d'au moins trois membres tenus d'avoir leur domicile en un lieu leur permettant d'exercer la gestion effective des affaires et d'en assumer la responsabilité. Enfin, le gérant doit désigner un *risk manager*, un contrôleur interne ainsi qu'un *compliance officer*, tous indépendants de l'opérationnel. Au total, sous réserve de délégation, une société de gestion doit donc se doter d'une structure composée de pas moins de huit personnes distinctes répondant toutes aux exigences de la loi et de la

FINMA et présentant les garanties d'une activité irréprochables. La quantité très importante de microstructures qui composent aujourd'hui ce marché laisse évidemment présager de profonds changements à plus ou moins court terme, notamment sous la forme de rapprochements entre gérants.

À noter que les gérants disposent d'un délai d'annonce à la FINMA au 31 août 2013. Ce délai n'implique toutefois aucune autre obligation immédiate pour les gérants qui décideraient de s'annoncer, leur offrant au contraire un répit «transitoire» très avantageux: en effet, il leur permet d'exercer, provisoirement du moins, une telle activité sans y avoir été formellement autorisés par la FINMA. Ils disposeront alors d'un délai formel au 1er mars 2015 pour déposer une requête formelle d'autorisation d'asset manager et adapter leur organisation aux nouvelles exigences légales et réglementaires. À l'inverse, un défaut d'annonce ne laissera d'autres choix aux gérants que de cesser immédiatement toute activité de gestion de placement collectif, tout en conditionnant toute future velléité d'exercice d'une telle activité à l'octroi préalable sine qua non du sésame de la FINMA. Une précision importante vient toutefois d'être apportée par la FINMA dans sa communication n°48 du 17 mai 2013 sur le champ d'application de ces délais transitoires: tout gestionnaire de placement collectif qui n'exercerait pas une telle activité avant le 1er mars 2013 ne bénéficie pas de ces délais transitoires et doit donc solliciter immédiatement une autorisation avant d'entreprendre cette activité. Quant aux gérants qui l'exerçaient déjà avant le 1er mars 2013, ce répit prudentiel de deux ans ne s'applique qu'aux fonds existants qu'ils gèrent. L'acceptation de nouveaux mandats, pour lesquels une obligation d'assujettissement existe, est en revanche exclue sans agrément préalable de la FINMA. En dépit de ces limitations apportées par la FINMA, dont la légitimité est discutable, à certains égards du moins - elles ne ressortent en effet ni du texte légal ratifié par le parlement fédéral, ni du message du Conseil fédéral, il ne fait guère de doute que la FINMA sera bientôt assaillie d'annonces de la part de gérants désireux de préserver cette faculté pour l'avenir.

Enfin, pour ceux des gérants qui ne seraient pas complètement refroidis par cet exercice d'introspection, les pressions internationales exercées actuellement sur la Suisse, en lien avec l'instauration d'un éventuel échange automatique d'information, de même que le résultat des deux procédures de consultation en cours au niveau fédéral concernant l'extension des obligations de diligence des intermédiaires financiers et la mise en œuvre des nouvelles recommandations du GAFI, sont autant d'éléments supplémentaires qu'il leur reviendra de prendre en compte avant d'entreprendre le chantier de la mise en conformité réglementaire.

MeThomas GOOSSENS, Associé, BCCC Avocats Sàrl, Genève, www.bccc.ch