



Vaste révision de la loi sur les placements collectifs

ALEXANDRE DE SENARCLENS

Au début du mois de juillet de cette année, le Département fédéral des finances a lancé une procédure de consultation pour la révision partielle de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), à savoir la loi qui régit depuis 2007 les fonds de placement en Suisse.

Au début du mois de juillet de cette année, le Département fédéral des finances a lancé une procédure de consultation pour la révision partielle de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), à savoir la loi qui régit depuis 2007 les fonds de placement en Suisse. Cette révision que le département considère, à juste titre, comme urgente vise à combler les lacunes du droit suisse suite aux récents développements du droit européen en la matière, à savoir principalement la directive AIFM. En effet, cette directive, qui doit être transposée dans les droits nationaux des membres de l'UE en 2013, soumet pour la première fois à une surveillance tous les gérants de fonds alternatifs distribués dans l'UE. Lorsqu'elle sera entrée en force, cette réglementation restreindra l'accès aux marchés financiers européens pour les prestataires de pays tiers ou leurs produits qui ne respecteraient pas ces nouvelles prescriptions.

La législation suisse doit donc évoluer rapidement pour ne pas voir tout un pan de son activité financière migrer vers l'UE. Les modifications proposées, qui devraient entrer en vigueur avant la fin de l'année 2012, concernent l'activité d'administration (gestion), de garde et de distribution des fonds de placement. Voyons ici les principaux changements qui attendent l'industrie des fonds de placement en Suisse.

En vertu du droit en vigueur, le gestionnaire de fonds de placement étrangers dont le siège est en Suisse n'est pas obligatoirement soumis à une autorisation de l'autorité de surveillance suisse (Finma). Mais il peut le faire de façon volontaire à certaines conditions restrictives.

Dans le projet de loi, le gestionnaire de fonds de placement étrangers devra, comme le gestionnaire de fonds suisses, être autorisé et supervisé. Il n'aura cependant la possibilité de gérer les avoirs du fonds étranger que s'il existe entre la Finma et l'autorité de surveillance étrangère du pays de domicile du fonds de placement concerné une convention de coopération et d'échange de renseignements.

En outre, le projet durcit les conditions d'autorisation pour les gestionnaires qui devront disposer à tout moment d'une organisation adaptée pour leur type d'activité. En particulier, une personne physique ne pourra plus assurer la fonction de gestionnaire d'un fonds de placement.

Le projet de loi admet cependant une certaine souplesse lorsque l'administration des avoirs est déléguée par une entité d'ores et déjà supervisée (direction de fonds, Sicav, Sicaf ou un gestionnaire de fonds de placement autorisé). Dans ce cas de figure, la Finma devrait montrer un niveau d'exigences moins élevé pour le gestionnaire délégué.

Lors de la crise financière de 2008, les banques dépositaires ont été en général critiquées pour leur passivité et leur manque d'indépendance par rapport au gestionnaire, et ce en particulier dans le cadre de l'affaire Madoff. La directive AIFM répond aujourd'hui à cette critique en accroissant la responsabilité de la banque dépositaire par rapport aux actes du gestionnaire.

Le projet de loi suit cette tendance en précisant de façon énigmatique que la banque dépositaire doit disposer «d'une organisation adaptée à son activité en tant que banque dépositaire de placements collectifs» et laisse au Conseil fédéral le soin de fixer les exigences applicables à cette activité pour garantir, selon le commentaire qui accompagne le projet, la «souplesse nécessaire» pour suivre l'évolution «incessante des normes internationales».

Ainsi, il est prévu de revoir à la hausse la responsabilité de la banque dépositaire qui aurait à répondre du dommage causé par un tiers auquel elle a délégué l'exécution d'une tâche, à moins qu'elle ne prouve avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance tous les soins commandés par les circonstances. A ce stade toutefois, ces critères de responsabilité sont moins élevés que ce que prévoit la directive AIFM.

Dans le droit actuel, la distribution de fonds de placement étrangers à des investisseurs qualifiés (banque, assurance, entreprise...) n'est pas réglementée. Le législateur suisse considèrerait que ces investisseurs avaient suffisamment de connaissances dans le domaine financier pour choisir d'acquérir des parts de fonds de placement étrangers peu régulés et qu'ils n'avaient donc pas besoin d'être protégés par le droit suisse.

Au vu du renforcement des normes internationales en la matière, dont la directive AIFM, le projet de loi propose de modifier le droit actuel afin que la Suisse ne devienne pas un îlot au sein de l'UE où des promoteurs de fonds étrangers continueraient à distribuer librement en Suisse, à des investisseurs qualifiés, des produits non réglementés.

Ainsi, le projet de loi suggère que le fonds étranger non autorisé en Suisse soit obligé d'avoir un représentant légal en Suisse auquel l'investisseur suisse pourrait s'adresser en cas de difficultés ou de questions. Ce représentant, lui-même autorisé et supervisé par la Finma, se portera garant que les placements collectifs qu'il distribue, ainsi que les gestionnaires et les dépositaires impliqués, remplissent les exigences de la loi suisse ou d'une régulation étrangère équivalente. Si elle est votée, cette mesure devrait accélérer la disparition des fonds off-shore pour lesquels ces conditions ne pourraient en l'état pas être remplies.

Enfin, le projet de loi limite la notion d'«investisseur qualifié» en proposant que les investisseurs, qui ont conclu un contrat de gestion avec un intermédiaire financier, soient également protégés. Ils ne seront donc plus considérés comme des «investisseurs qualifiés». Il est également prévu que le Conseil fédéral puisse exiger des conditions supplémentaires, notamment l'obligation de compétences techniques, pour avoir la qualité d'«investisseur qualifié».

Par ce projet de loi, le Département fédéral des finances veut ainsi préserver la compétitivité de la Suisse dans le domaine des fonds de placement en intégrant les principales règles développées dans l'UE. Pour certains sujets, le projet préfère inviter le Conseil fédéral à réglementer, par voie d'ordonnance, pour assurer une réactivité du droit suisse aux développements du droit européen. En effet, la directive AIFM votée le 8 juin dernier prévoit un cadre légal général, mais invite l'Autorité européenne des marchés financiers à développer une réglementation pour définir plus précisément certaines conditions posées par la directive, dont en particulier les modalités de coopération «appropriées» avec les autorités des pays tiers (pour la Suisse, la Finma). Le sujet de la directive AIFM et de ses implications sur le droit suisse n'est donc pas près de s'épuiser.