

**Circulaire de la Commission fédérale des banques:
Appel au public au sens de la législation sur les fonds de placement
(Appel au public / Fonds de placement)
du 28 mai 2003 (*Dernière modification: 25/26 janvier 2006*)**

1 But de la circulaire

La présente circulaire a pour but de concrétiser la notion d'«appel au public» et de définir dans quels cas la proposition ou la distribution de fonds de placement via Internet en Suisse ou à partir de la Suisse constitue un appel au public. 1

La présente circulaire s'adresse à toutes les banques, tous les négociants en valeurs mobilières, toutes les directions de fonds, tous les représentants de fonds de placement étrangers, tous les distributeurs et toutes les autres personnes qui proposent des fonds. 2

La notion d'«appel au public» figure dans diverses dispositions de la législation sur les fonds de placement, notamment à l'art. 2 al. 1 et 2 ainsi qu'à l'art. 4 al. 2 de la loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (LFP; RS 951.31) et à l'art. 1a de l'ordonnance sur les fonds de placement du 19 octobre 1994 (OFP; RS 951.311). Selon l'art. 2 al. 2 LFP, est réputé public tout appel qui, indépendamment de sa forme, ne s'adresse pas uniquement à un cercle restreint de personnes. 3

Dans le cadre de la modification de l'OFP entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, l'art. 1a OFP a été introduit et en parallèle l'art. 2 al. 4 OFP abrogé. Selon l'art. 1a OFP, la proposition ou la distribution de parts de fonds de placement a lieu à titre professionnel au sens des art. 22 et 45 LFP s'il y a appel au public. 4

Suite à la modification de l'ordonnance, l'appel au public implique d'une part une obligation d'obtenir une autorisation pour les fonds de placement étrangers (art. 45 LFP) et d'autre part une obligation d'obtenir une autorisation pour débiter une activité de distributeur de fonds de placement (art. 22 LFP). Le critère de l'appel au public est de fait devenu sans objet pour les fonds de placement de droit suisse. En effet, suite à l'entrée en vigueur de la loi sur les fonds de placement, seules les directions de fonds peuvent administrer des fonds de placement de sorte qu'une autorisation est toujours nécessaire indépendamment du fait de savoir s'il y a un appel au public pour les fonds de placement concernés. 5

2 Principes

2.1 Définition de la notion d'«appel»

Au sens de la présente circulaire, l'utilisation de moyens de publicité de toute nature qui servent à souscrire directement ou indirectement à des fonds de placement et à les distribuer est considérée comme un appel. Le fait qu'un client, de sa propre initiative, passe un ordre de souscription à des parts de fonds de placement ou sollicite spontanément des informations relatives à un fonds de placement n'est pas constitutif d'un appel. Lorsqu'un moyen de publicité est envoyé, l'existence d'un appel au public est présumée. 6

En principe, la nature et la forme du moyen de publicité sont indifférents. Entrent en considération notamment: les médias imprimés et électroniques de toute nature, comme les journaux et les publications périodiques, les envois non sollicités («direct mail»), les prospectus, les «fact sheets», les publications de cours et de valeurs d'inventaire, les listes de recommandation et les documents d'information adressés aux clients d'une banque ou d'un intermédiaire financier, les propositions faites à une banque ou à un intermédiaire financier de transmettre ces documents à leur clientèle, les informations sur les possibilités de souscription à des fonds de placement (par ex. indication du numéro de valeur, lieu de souscription), les conférences de presse, le «téléphone-marketing», les appels téléphoniques non sollicités («cold calling»), les présentations («road-shows»), les salons de l'investissement, les reportages sponsorisés sur les fonds de placement, les visites à domicile d'intermédiaires financiers de toute sorte, les sites Internet et les autres formes d'e-commerce, les bulletins de souscription et les possibilités de souscription via Internet, les e-mails. Au sujet du média électronique Internet, voir les ch. marginaux 20 ss. 7

2.2 Définition de la notion de «public»

La notion de «public» comprend, selon l'art. 2 al. 2 LFP, la doctrine dominante et la jurisprudence constante (cf. notamment ATF 107 Ib 358), aussi bien un élément quantitatif que qualitatif. L'appel est alors considéré comme public lorsque les exigences quantitatives définies ci-après sont remplies sans qu'il existe de relation qualifiée avec la personne qui propose ou distribue des fonds de placement. 8

2.2.1 Élément quantitatif de l'«appel au public»

Sous réserve des exceptions énoncées sous les ch. marginaux 12 ss, toute forme d'appel relatif à un fonds de placement en Suisse ou à partir de la Suisse qui s'adresse à plus de 20 personnes durant un exercice annuel dépasse le cercle restreint de personnes et est considéré comme public au sens de la présente circulaire. Il n'est pas déterminant de savoir si plus de 20 personnes sont contactées simultanément ou l'une après l'autre et si l'appel a atteint son but. 9

2.2.2 Élément qualitatif de l'«appel au public»

Il n'y a pas d'appel au public au sens de l'art. 2 al. 2 LFP, lorsqu'il s'agit d'un investisseur institutionnel dont la trésorerie est gérée à titre professionnel au sens de l'art. 2 al. 2 OFP (cf. ch. marginaux 12 ss) ou lorsqu'il existe une relation qualifiée avec celui qui propose ou distribue des fonds de placement (cf. ch. marginaux 16 ss). La clientèle d'une entreprise n'est pas considérée a priori comme un cercle restreint de personnes (art. 2 al. 2 LFP in fine). 10

2.3 Portefeuilles collectifs internes des banques

Selon l'art. 4 al. 2 LFP, il ne peut être fait appel au public pour les portefeuilles collectifs internes des banques. Toute forme d'«appel au public» (cf. ch. marginaux 6 ss) est par conséquent interdite aux banques. Celles-ci font participer leurs clients à un portefeuille collectif interne uniquement sur la base d'un contrat écrit de gestion de fortune (art. 4 al. 3 LFP). 11

3 Exemptions de l'obligation d'obtenir une autorisation pour les fonds de placement

3.1 Distribution de fonds de placement étrangers à des investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre professionnel

Il n'y a pas d'appel au public, lorsque des fonds de placement étrangers sont proposés et distribués exclusivement 12

- à des investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre professionnel et
- par des moyens de publicité propres au marché des institutionnels (par ex. la prise de contact personnelle, les «road shows»).

Les banques et les négociants en valeurs mobilières, les directions de fonds, les assurances, les caisses de pensions, les corporations de droit public ainsi que les entreprises industrielles et commerciales sont notamment considérés comme investisseurs institutionnels. 13

L'exigence de la trésorerie professionnelle est remplie lorsque l'investisseur institutionnel charge au moins une personne expérimentée et disposant des compétences professionnelles dans le domaine financier d'administrer continuellement ses biens financiers. 14

Les clients privés fortunés («high net worth individuals») et les gérants de fortune indépendants ne sont pas considérés comme investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre professionnel. 15

3.2 Existence d'une relation qualifiée avec celui qui propose ou distribue

3.2.1 *Gestion de fortune effectuée par des banques, des négociants en valeurs mobilières et des gérants de fortune indépendants*

Il n'y a pas d'appel au public pour la gestion de fortune effectuée par des banques, des négociants en valeurs mobilières et des gérants de fortune indépendants (ci-après: «gérants de fortune»), dans la mesure où 16

- il y a entre le client existant et le gérant de fortune un contrat de gestion de fortune écrit et rémunéré,
- le contrat correspond aux directives de l'Association suisse des banquiers concernant le mandat de gestion de fortune ou à d'autres directives offrant des standards équivalents et
- les ordres de souscription à des parts de fonds de placement pour le compte du client sont passés sur la base de ce contrat.

3.2.2 *Conseil en placement effectué par des banques et des négociants en valeurs mobilières*

Il n'y a pas d'appel au public pour le conseil en placement effectué par des banques et des négociants en valeurs mobilières (ci-après: «conseillers en placement »), dans la mesure où 16a

- il y a entre le client (personne privée fortunée) et le conseiller en placement un contrat de conseil écrit, général et de durée illimitée et
- le client démontre au conseiller en placement qu'il dispose directement ou indirectement d'actifs financiers d'une valeur totale d'au moins CHF 5 millions.

L'existence des actifs financiers exigés doit être vérifiée périodiquement par le conseiller en placement. 16b

4 Obligation d'obtenir une autorisation en tant que distributeur

L'obligation d'obtenir une autorisation en tant que distributeur au sens de l'art. 22 LFP est également nécessaire pour la proposition ou la distribution indirecte de fonds de placement. Par conséquent, la proposition ou la distribution de «comptes gérés de fonds de placement» est soumise à autorisation. Les «comptes gérés de fonds de placement» se caractérisent par le fait que, dans le cadre d'un concept donné, des fonds de placement sont utilisés et que, dans leur effet économique, ils sont comparables à un fonds de fonds ou à un fonds visant une stratégie de placement. 17

Par contre, dans la mesure où les conditions du ch. marginal 16 sont respectées, la gestion de fortune effectuée par des gérants de fortune indépendants n'implique pas l'obligation d'obtenir une autorisation. 18

Il n'y a pas d'obligation d'obtenir une autorisation au sens de l'art. 22 LFP dans le cadre de la distribution 19

- d'assurances vie liées à des fonds de placement,
- de fonds de placement destinés à des investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre professionnel au sens des ch. marginaux 12 ss.

5 Internet

5.1 Appel au public via Internet

Le contenu d'un site Internet constitue un appel au public en Suisse pour un fonds de placement ou pour une activité de représentant et/ou de distributeur de fonds de placement si, en plus de correspondre aux critères définis aux ch. marginaux 6 ss, il apparaît comme visant des investisseurs dont le siège ou le domicile se situe en Suisse. Dès lors, il n'est pas déterminant que des parts de fonds puissent être souscrites en ligne. 20

Etant donné qu'Internet ne connaît pas de frontières, les éventuelles réglementations étrangères applicables doivent également être respectées. 21

Un site Internet est présumé viser des investisseurs en Suisse si des indices permettent d'établir, dans leur effet global, un rattachement à la Suisse. Lors de l'appréciation de l'effet global, on tient notamment compte de la présence des indices suivants : 22

- Le site Internet s'adresse expressément à des investisseurs ayant leur siège ou leur domicile en Suisse,
- la mention d'une adresse de contact en Suisse ou la mention de représentants, de distributeurs, de services de paiement ou d'autres intermédiaires financiers ayant leur siège ou leur domicile en Suisse,
- l'indication de valeurs d'inventaire ou de prix d'émission et de rachat en francs suisses,
- l'utilisation d'une langue nationale suisse (seulement de manière cumulative avec un ou plusieurs autres indices),
- la présence d'informations relatives à la législation suisse ou à une législation étrangère intéressant des personnes dont le siège ou le domicile se situe en Suisse (par exemple une présentation des avantages fiscaux du domicile du fonds),
- l'inclusion d'un lien hypertexte (hyperlink) renvoyant à d'autres sites Internet ou à d'autres médias (journaux, radio, télévision etc.) qui peuvent être rattachés à la Suisse.

Un site Internet ne constitue pas un appel au public en Suisse si une offre à un investisseur en Suisse est exclue expressément par un «Disclaimer» ou s'il contient une restriction d'accès qui remplissent les exigences ci-dessous. 23

5.2 Disclaimer (clause de non-responsabilité)

Le «disclaimer» doit constituer un passage obligé pour le visiteur d'un site Internet, par exemple en apparaissant automatiquement à l'écran, l'investisseur ayant l'obligation de confirmer qu'il en a pris connaissance. Il doit, soit apparaître avant que le visiteur ait eu accès au contenu du site Internet, soit au plus tard lorsque le visiteur se connecte à des sites sur lesquels il y a des informations sur des fonds de placement non autorisés en Suisse. Lorsqu'il est possible de souscrire en ligne à des parts de fonds de placement, le «disclaimer» doit également apparaître et sa prise de connaissance doit être confirmée par l'investisseur au moment où ce dernier contacte en ligne la personne qui propose des fonds pour effectuer une souscription. 24

Lorsque l'autorisation de distribution en Suisse fait défaut, le «disclaimer» doit indiquer expressément 25 que les fonds de placement concernés ne peuvent pas être distribués en Suisse. Si seuls certains sont autorisés, il convient de spécifier lesquels.

Un «disclaimer» général selon lequel le site Internet ne constitue pas un appel au public dans les pays où 26 la distribution n'a pas été autorisée ne suffit pas.

5.3 Restrictions d'accès au site Internet

Les restrictions d'accès doivent permettre la vérification du siège ou du domicile des investisseurs inté- 27 ressés. Lorsque ceux-ci ont leur siège ou domicile en Suisse, l'accès n'est permis qu'à des sites Internet qui comportent des renvois à des fonds de placement autorisés et/ou à des personnes autorisées qui proposent des fonds en Suisse.

Les personnes qui proposent des fonds sont, en principe, libres de choisir les restrictions d'accès qui leur 28 paraissent les plus appropriées (questionnaires, mots de passe, etc.), pour autant que les critères de ces restrictions d'accès soient clairs pour le visiteur. Un questionnaire en ligne n'est toutefois une restriction d'accès suffisante que lorsque le visiteur du site Internet doit spécifier le pays de son siège ou de son domicile. Les personnes qui proposent des fonds peuvent se fier aux indications des visiteurs.

Dans le cas où l'accès à un site Internet est limité à une certaine catégorie d'investisseurs (cf. ch. margi- 29 naux 12 ss), la procédure de contrôle doit assurer que les investisseurs intéressés aient répondu à toutes les questions de contrôle avant que l'accès leur soit accordé.

5.4 Sites de discussion

Le fait de s'annoncer sur un site de discussion («newsgroup», «bulletin board», «chat room», etc.) peut 30 en principe être considéré comme une initiative au sens du ch. marginal 6. Toutefois, lorsque ces sites sont accessibles au public et sont utilisés par des personnes qui proposent des fonds, leur contenu peut, en présence d'indices de rattachement à la Suisse, dans leur effet global (cf. ch. marginaux 20 ss.), constituer un appel au public au sens du ch. marginal 20.

6 Entrée en vigueur

La présente circulaire entre en vigueur le 1er juillet 2003. Les distributeurs qui, sur la base du ch. margi- 31 nal 17 de la présente circulaire doivent requérir une autorisation, doivent, dans un délai d'une année à compter de l'entrée en vigueur de la présente circulaire, déposer une requête appropriée auprès de l'autorité de surveillance ou cesser leur activité soumise à autorisation.

Entrée en vigueur des modifications du 25/26 janvier 2006 (ch. marginaux 10, 16 – 16b): 1^{er} avril 2006 32

Base légale:

- LFP: art. 1, 2, 4, 22, 45, 56, 69, 70
- OFP: art. 1a