

Circulaire 2008/37

Délégation par la direction et la SICAV

Délégation de tâches par la direction et la SICAV

Référence : Circ.-FINMA 08/37 « Délégation par la direction et la SICAV »
 Date : 20 novembre 2008
 Entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2009
 Dernière modification : 20 novembre 2008
 Concordance : remplace la Circ.-FINMA 07/3 « Délégation par la direction et la SICAV » du 29 août 2007
 Bases légales : LFINMA art. 7 al. 1 let. b
 LPCC art. 14, 20, 28–31, 36, 51, 73, 126 ss
 OPCC art. 12, 42, 44–46, 51, 52, 63–66, 106, 107
 CO art. 716a

Destinataires																					
LB			LSA			LBVM		LPCC							LBA		Autres				
Banques	Groupes et congl. financiers	Autres intermédiaires	Assureurs	Groupes. et congl. d'assur.	Intermédiaires d'assur.	Bourses et participants	Négociants en valeurs mob.	Directions de fonds	SICAV	Sociétés en comm. de PCC	SICAF	Banques dépositaires	Gestionnaires de PCC	Distributeurs	Représentants de PCC étr.	Autres intermédiaires	OAR	IFDS	Entités surveillées par OAR	Sociétés d'audit	Agences de notation
								X	X			X									

I. Fondement légal et but de la Circulaire	Cm	1–4
II. Tâches de la direction / SICAV et de la banque dépositaire	Cm	5–11
A. Tâches de la direction et de la banque dépositaire	Cm	5–8
B. Tâches de la SICAV et de la banque dépositaire	Cm	9–11
III. Principes relatifs à la délégation de tâches	Cm	12–22
A. En général	Cm	12–17
B. Délégation des décisions en matière de placement	Cm	18
C. Sous-délégation des tâches déléguées	Cm	19–21
D. Délégation à la banque dépositaire	Cm	22
IV. Délégation de tâches par la direction	Cm	23–33
A. Tâches qui ne peuvent être déléguées	Cm	23–27
B. Tâches qui peuvent être déléguées	Cm	28–33
V. Délégation de tâches par la SICAV	Cm	34–44
A. Tâches qui ne peuvent être déléguées	Cm	34–36
B. Délégation de l'administration et de tâches supplémentaires par la SICAV à gestion externe	Cm	37–42
C. Délégation de tâches par la SICAV autogérée	Cm	43–44
VI. Société d'audit au sens de l'art. 126 ss LPCC	Cm	45

I. Fondement légal et but de la Circulaire

La Loi sur les placements collectifs du 23 juin 2006 (LPCC ; RS 951.31) prévoit deux formes de placements collectifs ouverts : le fonds de placement contractuel (fonds de placement) et la société d'investissement à capital variable (SICAV; art. 8 LPCC). Comme le prévoit la loi précitée, aussi bien la direction de fonds (direction) que la SICAV doivent être juridiquement séparées de la banque dépositaire (art. 28 et 36 LPCC), alors même que la banque dépositaire est une partie au contrat dans le cas d'un fonds de placement et seulement un mandataire agissant sur la base d'un mandat dans le cas d'une SICAV. Les personnes à la tête de la direction doivent être indépendantes de la banque dépositaire et réciproquement (séparation personnelle et fonctionnelle; art. 28 al. 5 LPCC). Ceci vaut également pour les personnes à la tête de la SICAV et de la banque dépositaire (art. 51 al. 3 LPCC). 1

La direction peut déléguer les décisions en matière de placement ainsi que d'autres tâches pour assurer une gestion appropriée (art. 31 al. 1 LPCC). Désormais elle ne peut en principe déléguer les décisions en matière de placement qu'à des gestionnaires de fortune soumis à une surveillance reconnue (art. 31 al. 3 LPCC). Le but principal de la direction est la gestion de fonds de placement (art. 29 1^{re} phrase LPCC). Outre les tâches prescrites à l'art. 30 LPCC, elle peut fournir d'autres prestations déterminées (art. 29 2^e phrase LPCC). 2

La SICAV est une société dont le but unique est la gestion collective de capitaux (art. 36 al. 1 let. d LPCC). Il lui est en particulier interdit de fournir à des tiers d'autres prestations au sens de l'art. 29 2^e phrase LPCC (art. 52 de l'Ordonnance sur les placements collectifs [OPCC ; RS 951.311]). La possibilité de délégation pour la SICAV va plus loin que pour la direction, la SICAV pouvant en effet déléguer l'administration à une direction (autorisée) (art. 51 al. 5 LPCC). L'art. 31 al. 1–4 LPCC s'applique par analogie à la délégation des tâches (art. 66 OPCC). 3

La présente Circulaire a pour but de fournir une vue d'ensemble des nouvelles dispositions pertinentes de la loi sur les placements collectifs et de rendre compte de la pratique de la FINMA, adaptée au champ d'application élargi de la loi sur les placements collectifs par rapport à celui de la loi sur les fonds de placement abrogée. La présente Circulaire règle les tâches qui doivent impérativement être effectuées par la direction et la SICAV et les conditions auxquelles les tâches peuvent être déléguées. 4

II. Tâches de la direction / SICAV et de la banque dépositaire

A. Tâches de la direction et de la banque dépositaire

Le but principal de la direction est la gestion de fonds de placement (art. 29 1^{re} phrase LPCC). La direction a pour tâche de gérer le fonds de placement pour le compte des investisseurs, de façon indépendante et en son propre nom (art. 30 1^{re} phrase LPCC). La direction et ses mandataires agissent de manière indépendante et exclusivement dans l'intérêt des investisseurs (art. 20 al. 1 let. a LPCC). Les tâches qui incombent à la direction sont énumérées à titre exemplatif à l'art. 30 2^e phrase LPCC. L'évaluation des placements et le calcul de la valeur nette d'inventaire sont désormais expressément prévus. Outre ces tâches, les activités relevant de la gestion de fonds de placement incluent celles énumérées à l'art. 46 al. 1 OPCC. L'administration principale de la direction doit être en Suisse (art. 28 al. 1 LPCC, art. 42 OPCC). 5

La direction peut en outre fournir notamment les prestations suivantes (art. 29 2^e phrase 6

LPCC) :

- a. la gestion individuelle de la fortune de clients dans le cadre d'un mandat ¹,
- b. le conseil en investissement,
- c. la garde et l'administration technique en rapport avec des parts de placements collectifs.

Les tâches découlant de la loi de la banque dépositaire, en tant que partie au contrat, se divisent en tâches de garde (art. 73 al. 1 LPCC) et en tâches de contrôle (art. 73 al. 3 LPCC). La banque dépositaire fournit en outre d'autres prestations comme l'émission et le rachat des parts et le trafic des paiements (art. 73 al. 1 LPCC). La banque dépositaire doit par ailleurs donner son accord au contrat de fonds de placement établi par la direction avant que celui-ci ne soit soumis pour approbation à la FINMA (art. 26 al. 1 LPCC). Il en va de même en cas de modifications du contrat de fonds de placement (art. 27 al. 1 LPCC). La banque dépositaire et ses mandataires veillent exclusivement aux intérêts des investisseurs (art. 20 al. 1 let. a LPCC). 7

La banque dépositaire s'assure en particulier que la direction respecte la loi et le contrat de fonds de placement et que des placements non conformes à la loi ou au contrat de fonds de placement ne sont pas effectués. Elle dispose à l'encontre de la direction du droit et de l'obligation d'intervenir en cas de placements non conformes. Si elle a connaissance de tels placements, elle rétablit l'ordre légal, en demandant par exemple l'extourne de ces placements (art. 73 al. 3 LPCC). 8

B. Tâches de la SICAV et de la banque dépositaire

La SICAV gère uniquement sa fortune ou ses compartiments (art. 36 al. 1 let. d LPCC, Cm 30). La SICAV et ses mandataires agissent de manière indépendante et exclusivement dans l'intérêt des investisseurs (art. 20 al. 1 let. a LPCC). L'administration principale de la SICAV doit être en Suisse (art. 64–66 OPCC). Soit la SICAV assure son administration elle-même (SICAV autogérée), soit elle délègue celle-ci à une direction autorisée (SICAV à gestion externe, art. 51 OPCC). 9

Les tâches de la banque dépositaire, en tant que mandataire, sont en principe les mêmes que pour un fonds de placement (art. 73 LPCC, Cm 7 et 8). En vertu de la loi, aucune obligation d'assistance n'incombe à la banque dépositaire s'agissant de l'établissement (et de la modification) des statuts de la SICAV ou de l'établissement (et de la modification) du règlement de placement (art. 37 et 44 LPCC). 10

La banque dépositaire est désignée par le conseil d'administration de la SICAV (art. 64 al. 1 let. c OPCC). 11

III. Principes relatifs à la délégation de tâches

A. En général

En vue d'assurer une gestion appropriée, la délégation des tâches (décisions en matière de 12

¹ La direction ne peut placer la fortune de l'investisseur dans des parts de placements collectifs gérés par elle que si celui-ci a donné au préalable son consentement général (art. 70 al. 4 OPCC).

placement, autres tâches) et de l'administration de la SICAV est autorisée (art. 31 al. 1 LPCC, art. 65 et 66 OPCC). Les conditions suivantes doivent être respectées.

La direction et la SICAV fixent dans des contrats écrits les tâches déléguées à des tiers (y compris la banque dépositaire). Le contrat doit en particulier décrire les tâches déléguées, régler les compétences et les responsabilités, les éventuelles compétences en matière de sous-délégation, l'obligation de rendre compte des tiers et les droits de contrôle de la direction et de la SICAV. Par ailleurs, le nom des personnes à qui les décisions en matière de placement, l'administration et des autres tâches (supplémentaires) ont été déléguées, les éléments essentiels pour l'investisseur du contrat entre la direction / SICAV et les tiers ainsi que les autres activités importantes des tiers doivent figurer dans le prospectus (Annexe 1 à l'art. 106 OPCC, chiff. 2.5 et 4; Annexe 2 à l'art. 107 OPCC, chiff. 1.7). 13

Lorsque des données de clients sont concernées par la délégation des tâches (par ex., en cas de délégation de la gestion individuelle de la fortune de clients; Cm 31 let. a), les dispositions pertinentes de la Circ.-FINMA 08/7 « Outsourcing – banques » doivent être respectées. 14

La direction et la SICAV mandatent uniquement des personnes suffisamment qualifiées pour garantir une exécution irréprochable des tâches déléguées; elles assurent l'instruction et la surveillance de ces personnes et contrôlent l'exécution du mandat (art. 31 al. 2 LPCC, art. 66 OPCC). Les personnes chargées de l'instruction, de la surveillance et du contrôle doivent être suffisamment qualifiées. Les connaissances techniques des tiers chargés de tâches administratives et décisionnelles doivent figurer dans le prospectus (annexe 1 à l'art. 106 OPCC, chiff. 4.4). 15

La direction et la SICAV demeurent responsables envers la FINMA des tâches déléguées comme si elles les avaient accomplies elles-mêmes (art. 31 al. 5 LPCC, art. 65–66 OPCC). 16

La direction et la SICAV s'assurent que les délégataires et les sous-délégataires respectent les règles de conduite des art. 20–24 LPCC et 31–34 OPCC. 17

B. Délégation des décisions en matière de placement

Les décisions en matière de placement peuvent être déléguées uniquement à des gestionnaires de fortune suisses ou étrangers soumis à une surveillance reconnue. Il en va de même en cas de sous-délégation selon le Cm 19. La FINMA peut, pour de justes motifs, autoriser des dérogations (art. 31 al. 3 LPCC). 18

C. Sous-délégation des tâches déléguées

Sous réserve d'une disposition contraire ci-après et avec l'accord de la direction ou de la SICAV, le mandataire est autorisé à sous-déléguer, sans droit de substitution, les tâches déléguées (par ex. sous-délégation des décisions en matière de placement à une filiale étrangère spécialisée du gestionnaire de fortune). 19

En cas de sous-délégation des tâches déléguées, la surveillance du/des sous-délégataire(s) peut être déléguée au délégataire. L'information régulière et détaillée du mandant par le délégataire doit être garantie (cf. Cm 13). 20

La restriction à la sous-délégation selon le Cm 19 ne vaut pas pour la sous-délégation à l'intérieur d'un groupe financier ou d'un conglomérat financier soumis à une surveillance consolidée adéquate d'une autorité de surveillance des marchés financiers. 21

D. Délégation à la banque dépositaire

En cas de délégation à la banque dépositaire, il convient de s'assurer que la délégation n'entraîne aucun conflit d'intérêts entre la direction ou la SICAV d'une part et la banque dépositaire de l'autre. L'indépendance réciproque doit être assurée afin de garantir la sauvegarde des intérêts des investisseurs. La séparation fonctionnelle doit en particulier être garantie, ce qui signifie que les collaborateurs de la banque dépositaire ne peuvent accomplir en même temps des tâches qui sont déléguées à la banque dépositaire et des tâches de garde et de contrôle (y compris les prestations supplémentaires, Cm 7) attribuées à cette dernière en vertu de la loi (art. 73 LPCC). 22

IV. Délégation de tâches par la direction

A. Tâches qui ne peuvent être déléguées

La direction doit impérativement être une société anonyme dont le siège et l'administration principale sont en Suisse (art. 28 al. 1 LPCC). Le conseil d'administration gère les affaires de la société dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion (art. 716 al. 2 du Code des Obligations [CO ; RS 220], art. 28 al. 4 et 5 LPCC). 23

Les tâches suivantes ne peuvent être déléguées et doivent par conséquent être accomplies par le conseil d'administration : 24

- a. les attributions inaliénables et intransmissibles conformément à l'art. 716a CO,
- b. l'établissement du règlement d'organisation (art. 28 al. 4 LPCC),
- c. la garantie qu'un système de contrôle interne (SCI) efficace est établi, mis en œuvre et maintenu,
- d. la détermination de la stratégie et de la politique d'affaires,
- e. la détermination des principes de la politique de placement,
- f. la détermination des directives concernant l'utilisation de dérivés, le prêt de valeurs mobilières et les opérations de pension (art. 2 al. 3, 12 al. 3 et 27 al. 2 OPC-FINMA),
- g. la décision concernant l'ouverture et la fermeture de succursales,
- h. la nomination et la révocation de la société d'audit selon la loi sur les placements collectifs et le traitement de ses rapports (art. 126 al. 1 let. a LPCC).

Par ailleurs, le conseil d'administration doit décider sur : 25

- a. les prestations que la direction entend fournir conformément à l'art. 29 LPCC,
- b. l'exercice des tâches au sens de l'art. 46 al. 1 OPCC,
- c. l'exécution de l'administration de SICAV (art. 51 al. 5 LPCC),

- d. la création de filiales et l'acquisition de participations dans des sociétés dont le but principal est d'exercer des activités relevant de la gestion de placements collectifs (art. 46 al. 1 let. b OPCC), leur dissolution, respectivement leur cession,
- e. l'acquisition et la cession de biens immobiliers pour la direction.

B. Tâches qui peuvent être déléguées

Les tâches suivantes ne peuvent être déléguées par le conseil d'administration qu'à un éventuel organe de gestion de la direction : 26

- a. la mise en œuvre du système de contrôle interne (SCI) dans le cadre de la décision du conseil d'administration,
- b. la mise en place du plan comptable pour les propres fonds de placement et pour les SICAV,
- c. l'évaluation des placements,
- d. la détermination du contenu du prospectus, du prospectus simplifié, des rapports annuel et semestriel et des autres publications destinées aux investisseurs,
- e. la décision concernant la création de filiales dont le but unique est la détention de placements pour le placement collectif (art. 68 al. 1 OPCC) et leur dissolution,
- f. la décision concernant l'émission et le rachat des parts,
- g. le respect des obligations d'annonce,
- h. la conclusion de contrats de distribution,
- i. la nomination des experts chargés des estimations,
- j. le choix, l'instruction et la surveillance des mandataires.

Sont considérées comme des autres tâches qui peuvent être déléguées à l'organe de gestion de la direction : 27

- a. la décision concernant la création, la dissolution et le regroupement de fonds de placement et SICAV, dans le cadre des principes de la politique de placement qui ont été fixés,
- b. la décision concernant la création, la suppression et le regroupement de classes de parts,
- c. la détermination du contenu du contrat de fonds de placement,
- d. la détermination de la distribution du bénéfice du fonds de placement,
- e. la représentation de placements collectifs étrangers (art. 46 al. 1 let. a OPCC).

Sont notamment considérées comme des autres tâches qui peuvent être déléguées à des tiers : 28

- a. le calcul de la valeur nette d'inventaire,
 - b. la détermination des prix d'émission et de rachat (art. 42 let. b chiff. 4 OPCC),
 - c. l'établissement de la comptabilité (art. 42 let. b chiff. 7 OPCC),
 - d. l'exploitation du système IT,
 - e. les autres tâches administratives et logistiques de la direction (décomptes fiscaux pour le fonds, remboursement des impôts à la source, etc.).
- Les conseils juridiques et fiscaux peuvent aussi être délégués à des tiers. 29
- Sont en outre considérées comme des autres tâches qui peuvent être déléguées à des tiers : 30
- a. la gestion des risques (« risk management »),
 - b. la compliance.
- Sont également considérées comme des autres tâches qui peuvent être déléguées à des tiers : 31
- a. la gestion individuelle de la fortune de clients dans le cadre d'un contrat (art. 29 2^{ème} phrase let. a LPCC),
 - b. le conseil en investissement (art. 29 2^e phrase let. b LPCC),
 - c. la garde et l'administration technique en rapport avec des parts de placements collectifs, respectivement la gestion de comptes de parts (art. 29 2^e phrase let. c LPCC, art. 46 al. 1 let. c OPCC),
 - d. la distribution de placements collectifs (art. 46 al. 1 let. d OPCC),
 - e. les prestations administratives fournies en rapport avec les placements collectifs et les fortunes analogues, comme les portefeuilles collectifs internes, les fondations de placement et les sociétés d'investissement (art. 46 al. 1 let. e OPCC).
- Les tâches des Cm 28–31 peuvent également être déléguées à l'étranger, à l'exception : 32
- a. de la détermination des prix d'émission et de rachat (art. 42 let. b chiff. 4 OPCC),
 - b. de l'établissement de la comptabilité (art. 42 let. b chiff. 7 OPCC),
 - c. de la gestion des risques (« risk management »),
 - d. de la compliance.
- La gestion des risques (« risk management ») peut seulement être déléguée à l'intérieur d'un groupe ayant une direction unique. 33

V. Délégation de tâches par la SICAV

A. Tâches qui ne peuvent être déléguées

Conformément à l'art. 51 al. 2 LPCC, les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer la direction des affaires et la représentation à certains de ses membres ou à des tiers, entièrement ou partiellement, conformément à son règlement d'organisation. 34

Les tâches suivantes de la SICAV autogérée ou à gestion externe ne peuvent être déléguées et doivent par conséquent être accomplies par le conseil d'administration : 35

- a. les tâches du Cm 24 (avec les adaptations nécessaires),
- b. la désignation et le changement de banque dépositaire (art. 64 al. 1 let. c OPCC),
- c. la décision concernant l'acquisition et la cession d'une fortune immobilière indispensable à l'exercice direct des activités de la SICAV (art. 68 al. 2 OPCC).

Pour le surplus, les tâches suivantes de la SICAV à gestion externe ne peuvent être déléguées et doivent par conséquent être accomplies par le conseil d'administration : 36

- a. la décision concernant la délégation de l'administration de la SICAV à une direction (art. 65 al. 1 OPCC),
- b. les droits de contrôle du conseil d'administration sur la direction (art. 65 al. 1 let. d OPCC).

B. Délégation de l'administration et de tâches supplémentaires par la SICAV à gestion externe

Une SICAV à gestion externe ne peut déléguer l'administration qu'à une direction autorisée (art. 51 al. 5 LPCC). Les parties doivent définir leurs droits et obligations dans un contrat écrit (art. 65 al. 1 OPCC), notamment : 37

- a. les tâches déléguées,
- b. les éventuelles compétences en matière de sous-délégation,
- c. l'obligation de rendre compte de la direction,
- d. les droits de contrôle du conseil d'administration.

Lorsque la SICAV à gestion externe délègue l'administration à une direction, il convient de s'assurer que la direction dispose, en rapport avec les tâches qui ne lui ont pas été déléguées (par ex. les décisions en matière de placement), des droits de contrôle suffisants pour pouvoir exercer de manière irréprochable sa fonction en tant qu'administratrice de la SICAV. 38

Dans le cadre de la délégation de l'administration, les tâches énumérées aux Cm 28 et 30 doivent notamment être déléguées à une direction (avec les adaptations nécessaires). 39

Avec l'accord de la SICAV, la direction peut déléguer les tâches du Cm 39 comme ses propres tâches (Cm 12 ss). Avec l'accord de la SICAV et de la direction, les délégataires peuvent sous-déléguer, sans droit de substitution, les tâches déléguées (Cm 19 ss). Les Cm 32 et 33 40

s'appliquent avec les adaptations nécessaires.

Les tâches suivantes doivent aussi être déléguées à une direction : 41

- a. l'établissement du règlement de placement des nouveaux compartiments,
- b. la décision concernant l'évaluation des placements,
- c. la décision concernant l'émission et le rachat des parts,
- d. l'établissement de l'ensemble des publications obligatoires telles que le prospectus, le prospectus simplifié (art. 64 al. 1 let. e OPCC), les rapports annuel et semestriel,
- e. la reddition des comptes,
- f. la mise en place du système de contrôle interne (SCI; art. 64 al. 3 OPCC),
- g. le respect des obligations d'annonce,
- h. la surveillance des éventuels sous-mandataires.

La direction ne peut pas sous-déléguer les tâches du Cm 41. 42

C. Délégation de tâches par la SICAV autogérée

Les tâches suivantes de la SICAV autogérée ne peuvent être déléguées par le conseil d'administration qu'à un éventuel organe de gestion de la SICAV : 43

- a. les tâches des Cm 26 et 30 (avec les adaptations nécessaires),
- b. la décision concernant la création de nouveaux compartiments, pour autant que les statuts le prévoient (art. 64 al. 1 let. d OPCC),
- c. la décision concernant la création, la suppression et le regroupement de classes de parts, pour autant que les statuts le prévoient (art. 61 OPCC),
- d. l'établissement du règlement de placement des nouveaux compartiments,
- e. la modification du règlement de placement des compartiments existants, pour autant qu'elle ne soit pas réservée à l'assemblée générale en vertu de l'art. 63 al. 3 OPCC.

La SICAV autogérée ne peut déléguer l'administration à un tiers que dans un cadre restreint (art. 64 al. 3 OPCC, e contrario). Les tâches qui peuvent être déléguées sont celles des Cm 28 et 29 (avec les adaptations nécessaires). Le Cm 32 s'applique avec les adaptations nécessaires. 44

VI. Société d'audit au sens de l'art. 126 ss LPCC

L'organe de révision de la direction et de la SICAV vérifie le respect de la présente Circulaire et consigne le résultat de ses travaux dans le rapport d'audit de la direction et de la SICAV. 45