

Circulaire 2008/8

Appel au public – placements collectifs

Appel au public au sens de la législation sur les placements collectifs de capitaux

Référence : Circ.-FINMA 08/8 « Appel au public – placements collectifs »
 Date : 20 novembre 2008
 Entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2009
 Dernière modification : 20 novembre 2008
 Concordance : remplace la Circ. -CFB 03/1 « Appel au public / Placements collectifs » du 28 mai 2003
 Bases légales : LFINMA art. 7 al. 1 let. b
 LPCC art. 1, 3, 4, 5, 19, 120, 123, 148, 149
 OPCC art. 3, 4, 30

| 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 | X | X | X | | X | X | X | X | | | | | | |

| | | |
|---|----|-------|
| I. But de la circulaire | Cm | 1–5 |
| II. Fondements | Cm | 6–19 |
| A. Définition de la notion d'«appel» | Cm | 6–8 |
| B. Définition de la notion de «public» | Cm | 9–19 |
| a) Absence d'appel au public envers les investisseurs qualifiés | Cm | 10–12 |
| b) Notion de «particulier fortuné» | Cm | 13–19 |
| III. Obligation d'obtenir une approbation pour les placements collectifs étrangers | Cm | 20 |
| IV. Portefeuilles collectifs internes | Cm | 21 |
| V. Obligation d'obtenir une autorisation en tant que distributeur | Cm | 22–23 |
| VI. Internet | Cm | 24–34 |
| A. Appel au public via Internet | Cm | 24–27 |
| B. Disclaimer (clause de non-responsabilité) | Cm | 28–30 |
| C. Restrictions d'accès au site Internet | Cm | 31–33 |
| D. Sites de discussion | Cm | 34 |
| VII. Dispositions transitoires | Cm | 35 |

I. 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 placements collectifs de capitaux en Suisse ou à partir de la Suisse constitue un appel au public. 1

La présente circulaire s'adresse aux banques, négociants en valeurs mobilières, directions de fonds de placement, SICAV, sociétés en commandite de placements collectifs, SICAF, gestionnaires de placements collectifs, représentants de placements collectifs étrangers, distributeurs de placements collectifs ainsi qu'à toutes les autres personnes qui proposent ou distribuent des placements collectifs. 2

La notion d'«appel au public» figure dans diverses dispositions de la législation sur les placements collectifs de capitaux (avec une terminologie variable), notamment aux art. 3, 4 al. 1 let. c, 5 al. 1, 19 al. 1, 120 al. 1, 123 al. 1, 148 al. 1 let. d et 149 al. 1 let. c et e de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (LPCC; RS 951.31), ainsi qu'aux art. 3, 4 et 30 de l'ordonnance sur les placements collectifs de capitaux du 22 novembre 2006 (OPCC; RS 951.311). Selon l'art. 3 LPCC, on entend par appel au public toute publicité qui s'adresse au public. 3

L'appel au public implique d'une part l'octroi d'une approbation de la FINMA pour les placements collectifs étrangers distribués en Suisse ou à partir de la Suisse (art. 120 LPCC) et, d'autre part, l'octroi d'une autorisation pour débiter une activité de distributeur de placements collectifs (art. 19 LPCC). Le critère de l'appel au public est en revanche sans objet pour les placements collectifs de droit suisse dans la mesure où une approbation est toujours nécessaire indépendamment du fait de savoir s'il y a un appel au public pour les placements collectifs concernés. 4

La définition de l'appel au public, telle que prévue dans la présente circulaire, est également valable pour les portefeuilles collectifs internes (art. 4 LPCC) et les produits structurés (art. 5 LPCC et 3 al. 3 et 4 OPCC), bien que les autres dispositions de la législation sur les placements collectifs de capitaux ne soient pas applicables à ces derniers. 5

II. Fondements

A. Définition de la notion d'«appel»

Au sens de la présente circulaire, l'utilisation de moyens de publicité de toute nature dont le contenu est employé pour souscrire à des placements collectifs déterminés et pour 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 placements collectifs ou sollicite spontanément des informations relatives à un placement collectif déterminé n'est pas constitutif d'un appel. Il n'y a pas d'appel lorsqu'un ordre de souscription est passé pour le compte d'un client sur la base d'un contrat écrit de gestion de fortune, pour autant que ce contrat ait été conclu avec un intermédiaire financier soumis à une surveillance au sens de l'art. 10 al. 3 let. a LPCC ou avec un gestionnaire de fortune indépendant remplissant les conditions de l'art. 6 al. 2 OPCC. 6

En principe, la nature et la forme du moyen de publicité sont indifférentes. 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 listes de recommandation et les documents d'information adressés aux 7

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 placements collectifs (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 placements collectifs, 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.

Ne constituent pas de la publicité les publications dans les médias de prix, de cours et de valeurs d'inventaire de placements collectifs étrangers par des intermédiaires financiers soumis à une surveillance (notamment les banques, les négociants en valeurs mobilières, les directions de fonds, les représentants de placements collectifs étrangers et les gestionnaires de placements collectifs), ainsi que les publications de leurs données fiscales pour autant que la publication ne contienne aucune coordonnée de contact (art. 3 LPCC et 3 al. 2 OPCC). La publication de données sur des systèmes d'information électroniques (par ex. Bloomberg, Reuters) ne constitue pas un appel au public, indépendamment de l'existence de coordonnées de contact, pour autant qu'il soit garanti que la publication ne s'adresse qu'à des investisseurs qualifiés. 8

Au sujet du média électronique Internet, voir les Cm 24 ss ci-dessous.

B. Définition de la notion de «public»

Tout appel (cf. Cm 6 ss) qui ne s'adresse pas uniquement à des investisseurs qualifiés au sens des art. 10 al. 3 et 4 LPCC et 6 al. 2 OPCC est considéré comme public. 9

a) Absence d'appel au public envers les investisseurs qualifiés

Il n'y a pas d'appel au public, lorsque la publicité s'adresse exclusivement 10

- a. à des investisseurs qualifiés et
- b. seuls des moyens de publicité usuels pour le marché des investisseurs qualifiés sont utilisés (par ex. la prise de contact personnelle, les «road shows»).

Selon l'art. 10 al. 3 LPCC, on entend par investisseurs qualifiés : 11

- a. les intermédiaires financiers soumis à une surveillance, tels que les banques, les négociants en valeurs mobilières, les directions de fonds (directions), et les gestionnaires de placements collectifs,
- b. les assurances soumises à une surveillance,
- c. les corporations de droit public et les institutions de la prévoyance professionnelle dont la trésorerie est gérée à titre professionnel,
- d. les entreprises dont la trésorerie est gérée à titre professionnel,
- e. les particuliers fortunés,
- f. les investisseurs qui ont conclu un contrat écrit de gestion de fortune avec un intermédiaire financier soumis à une surveillance (tels que les banques, les négociants en valeurs mobi-

lières, les directions de fonds (directions), et les gestionnaires de placements collectifs).

Selon l'art. 6 al. 2 OPCC en lien avec l'art. 10 al. 4 LPCC, on entend également par investisseurs qualifiés : 12

les gestionnaires indépendants et les investisseurs avec lesquels ils ont conclu un contrat écrit de gestion de fortune :

- a. si le gestionnaire est soumis à la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA) en qualité d'intermédiaire financier (art. 2 al. 3 let. e LBA),
- b. si le gestionnaire est soumis aux règles de conduite édictées par une organisation professionnelle qui sont reconnues comme exigences minimales par la FINMA, et
- c. si le contrat de gestion de fortune est conforme aux directives reconnues d'une organisation professionnelle.

b) Notion de «particulier fortuné»

Est considéré comme un particulier fortuné celui qui confirme par écrit disposer, directement ou indirectement, de placements financiers d'une valeur totale d'au moins 2 millions de francs nets. 13

Sont considérés notamment comme des placements financiers les avoirs en banque (à vue et à terme), les dépôts fiduciaires, les valeurs mobilières (y compris les placements collectifs et les produits structurés), les dérivés, les métaux précieux et les assurances-vie ayant une valeur de rachat. 14

Ne sont notamment pas considérés comme des placements financiers, les placements directs dans l'immobilier et les prétentions en matière d'assurances sociales (y compris les avoirs des 2^e et 3^e piliers). 15

La confirmation de l'existence des placements financiers doit être donnée au plus tard au moment où le placement collectif est proposé ou distribué. 16

L'existence des placements financiers exigés doit être vérifiée par celui qui propose ou distribue lorsqu'il y a un doute quant à la réalisation des conditions nécessaires pour être considéré comme un particulier fortuné. 17

Il peut être renoncé à une confirmation par écrit lorsque les placements financiers exigés sont déposés auprès de la banque ou du négociant en valeurs mobilières qui propose ou distribue. 18

Les véhicules de détention patrimoniale constitués pour des particuliers peuvent être traités comme des particuliers fortunés s'ils détiennent des placements financiers d'un montant de 2 millions de francs nets. 19

III. Obligation d'obtenir une approbation pour les placements collectifs étrangers

Si un appel au public est effectué pour un placement collectif étranger en Suisse ou à partir de la Suisse, l'approbation de la FINMA est requise pour les documents tels que le prospectus de 20

vente, les statuts ou le contrat de fonds (art. 120 al. 1 LPCC).

IV. Portefeuilles collectifs internes

Selon l'art. 4 al. 1 let. c LPCC, il ne peut être effectué d'appel au public pour les portefeuilles collectifs internes constitués par les banques et les négociants en valeurs mobilières. Toute forme d'«appel au public» (cf. Cm 6 ss) est par conséquent interdite aux banques et négociants en valeurs mobilières pour les portefeuilles collectifs internes. La participation des clients à un portefeuille collectif interne est subordonnée à l'établissement d'un contrat de gestion passé en la forme écrite (art. 4 al. 1 let. a LPCC). 21

V. Obligation d'obtenir une autorisation en tant que distributeur

L'obligation d'obtenir une autorisation en tant que distributeur au sens de l'art. 19 LPCC est également nécessaire pour la proposition ou la distribution indirecte de placements collectifs au public. Par conséquent, la proposition ou la distribution de «comptes gérés de placements collectifs» est soumise à autorisation. Les «comptes gérés de placements collectifs» se caractérisent par le fait que, dans le cadre d'un concept donné, des placements collectifs sont utilisés et que, dans leur effet économique, ils sont comparables à un fonds de fonds (fund of funds) ou à un placement collectif visant une stratégie de placement. 22

Il n'y a pas d'obligation d'obtenir une autorisation au sens de l'art. 19 LPCC dans le cadre de la distribution 23

- a. d'assurances-vie liées à des placements collectifs,
- b. de placements collectifs destinés à des investisseurs qualifiés au sens des art. 10 al. 3 LPCC et 6 OPCC.

VI. Internet

A. Appel au public via Internet

Le contenu d'un site Internet constitue un appel au public en Suisse pour un placement collectif ou pour une activité de représentant et/ou de distributeur de placements collectifs si, en plus de correspondre aux critères définis aux Cm 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 placements collectifs puissent être souscrites en ligne. 24

Etant donné qu'Internet ne connaît pas de frontières, les éventuelles réglementations étrangères applicables doivent également être respectées. 25

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 : 26

- a. le site Internet s'adresse expressément à des investisseurs ayant leur siège ou leur domicile en Suisse,

- b. 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,
- c. l'indication de valeurs d'inventaire ou de prix d'émission et de rachat en francs suisses,
- d. l'utilisation d'une langue nationale suisse (seulement de manière cumulative avec un ou plusieurs autres indices),
- e. 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),
- f. 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. 27

B. 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 placements collectifs non autorisés en Suisse. Lorsqu'il est possible de souscrire en ligne à des parts de placements collectifs, 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 placements collectifs pour effectuer une souscription. 28

Lorsque l'approbation en vue de la distribution en Suisse ou à partir de la Suisse fait défaut, le «disclaimer» doit indiquer expressément que les placements collectifs concernés ne peuvent pas être offerts ou distribués au public en Suisse. Si seuls certains sont approuvés, il convient de spécifier lesquels. 29

Un «disclaimer» général selon lequel le site Internet ne constitue pas un appel au public dans les pays où la distribution n'a pas été autorisée ne suffit pas. 30

C. Restrictions d'accès au site Internet

Les restrictions d'accès doivent permettre la vérification du siège ou du domicile des investisseurs intéressés. 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 placements collectifs autorisés et/ou à des personnes autorisées qui proposent des placements collectifs en Suisse. 31

Les personnes qui proposent des placements collectifs sont, en principe, libres de choisir les restrictions d'accès qui leur 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 pro- 32

posent des placements collectifs peuvent se fier aux indications des visiteurs.

F Dans le cas où l'accès à un site Internet est limité à une certaine catégorie d'investisseurs (cf. Cm 10 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. 33

D. Sites de discussion

Le fait de s'annoncer sur un site de discussion («newsgroup», «bulletin board», «chat room», etc.) peut en principe être considéré comme une initiative au sens du Cm 6. Toutefois, lorsque ces sites sont accessibles au public et sont utilisés par des personnes qui proposent des placements collectifs, leur contenu peut, en présence d'indices de rattachement à la Suisse, dans leur effet global (cf. Cm 24 ss.), constituer un appel au public au sens du Cm 24. 34

VII. Dispositions transitoires

Les gestionnaires de fortune indépendants visés aux Cm 6 et 12 doivent, pour qu'il n'y ait pas d'appel au public, satisfaire aux exigences de l'art. 6 al. 2 OPCC jusqu'au 30 septembre 2009. 35