

Circulaire de la Commission fédérale des banques :

Séparation juridique et personnelle de la direction par rapport à la banque dépositaire, délégation des décisions afférentes aux placements ainsi que d'autres tâches

(Séparation de la direction par rapport à la banque dépositaire)

du 14 novembre 1996 (Abrogée le 1^{er} octobre 2007)

Sommaire

1	Base légale et but de la circulaire	Cm 1-4
2	Tâches de la direction et de la banque dépositaire en général	Cm 5-7
3	Tâches non déléguables de la direction	Cm 8-13
4	Délégation des décisions afférentes aux placements	Cm 14-15
5	Délégation d'autres tâches	Cm 16-17
6	Modalités d'application de la délégation	Cm 18-20
7	Séparation personnelle des organes des fonds selon l'art. 9 al. 6 LFP	Cm 21-24
8	Composition minimale de l'organe de gestion de la direction	Cm 25-32
9	Organe de révision selon la loi sur les fonds de placement	Cm 33
10	Date d'entrée en vigueur	Cm 34

1 Base légale et but de la circulaire

D'après la nouvelle loi sur les fonds de placement du 18 mars 1994, la direction doit être séparée juridiquement de la banque dépositaire (art. 9 et 17 en relation avec art. 75 al. 6 LFP). En outre, les personnes à la tête de la direction doivent être indépendantes de la banque dépositaire et réciproquement (séparation personnelle et fonctionnelle; art. 9 al. 6 LFP). La direction peut déléguer les décisions afférentes aux placements ainsi que d'autres tâches pour assurer une gestion appropriée (art. 11 al. 2 LFP). 1

Dans la pratique, la majorité des organes suisses de fonds de placement avait déjà procédé à la séparation juridique avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les fonds de placement. Au demeurant, la séparation matérielle n'est toutefois que partiellement réalisée. Le délai transitoire de deux ans à partir de l'entrée en vigueur de la loi révisée (art. 75 al. 6 LFP) tient compte de cette situation. 2

Les dispositions légales précitées ont suscité diverses questions, ont créé une certaine insécurité dans l'industrie des fonds de placement et ont posé plusieurs problèmes d'interprétation. 3

Le but de la présente circulaire est en conséquence de régler la problématique susmentionnée. D'une part, elle précise quelles sont les tâches qui doivent absolument être effectuées par la direction et ne peuvent ainsi pas être déléguées, respectivement quelles sont les tâches, en plus des décisions afférentes aux placements, qui peuvent être déléguées à des tiers. D'autre part, elle précise la composition minimale de l'organe de gestion de la direction, le cercle des personnes qui en font partie ainsi que la portée de l'indépendance du conseil d'administration de la direction. Cela devrait permettre d'assurer que la direction peut décider de façon autonome par rapport à la banque dépositaire et réciproquement. En outre, cela devrait permettre d'éviter des collisions d'intérêts entre les organes des fonds de placement. 4

2 Tâches de la direction et de la banque dépositaire en général

Le but social de la direction consiste exclusivement à s'occuper des activités relevant de fonds (art. 9 al. 1 LFP). La direction a pour tâche la gestion du fonds pour le compte des investisseurs, en son propre nom (art. 11 al. 1 LFP), et en veillant exclusivement aux intérêts des investisseurs (art. 12 al. 1 LFP). Les tâches de la direction sont énumérées à titre d'exemple à l'art. 11 al. 1 LFP. L'administration centrale du fonds doit être établie en Suisse (art. 9 LFP). 5

Parmi les tâches de la banque dépositaire, en plus de la participation à l'établissement du règlement (art. 7 al. 1 LFP), il y a principalement la garde de la fortune du fonds et le contrôle des tâches attribuées à la direction par la loi et le règlement (art. 19 LFP). Là également, la banque dépositaire et ses mandataires veillent exclusivement aux intérêts des investisseurs (art. 20 al. 1 LFP). 6

La banque dépositaire s'assure en particulier que des placements non conformes à la loi et au règlement ne soient effectués. Elle dispose ainsi du droit et du devoir de veto à l'égard de la direction contre des placements non conformes. Si elle a connaissance de tels placements, elle rétablit la situation légale en demandant par exemple l'extourne des placements effectués. 7

3 Tâches non déléguables de la direction

La loi n'utilise pas la notion de « tâches non déléguables ». Elle provient indirectement de la notion de délé- 8
gation des « décisions afférentes aux placements ainsi que d'autres tâches » (art. 11 al. 2 LFP). Sont considérées comme tâches non déléguables de la direction :

- les décisions stratégiques et de politique des affaires,
- l'évaluation de la fortune du fonds,
- la définition des produits du fonds de placement en ce qui concerne le but, la politique et les limitations des placements,
- l'établissement du règlement (d'entente avec la banque dépositaire),
- l'établissement du plan comptable du fonds,

- le respect des annonces obligatoires,
- la nomination et la révocation de l'organe de révision ainsi que le traitement de ses rapports,
- les décisions concernant l'émission et le rachat de parts ainsi que la distribution des bénéfices,
- l'établissement de directives en ce qui concerne l'utilisation d'instruments dérivés,
- la conclusion de contrats de distribution soumis à autorisation,
- la surveillance des mandataires,
- la protection des intérêts des investisseurs,
- la nomination des experts chargés des estimations.

Ces tâches ne concernent pas les décisions afférentes aux placements et n'appartiennent pas aux autres tâches. Elles ne peuvent en conséquence pas être déléguées, que ce soit à la banque dépositaire ou à des tiers indépendants. **9**

En outre trois des cinq tâches énumérées à l'art. 10 OFP ne peuvent également pas être déléguées, à savoir : **10**

- la représentation de fonds de placement étrangers,
- l'acquisition de titres participatifs de sociétés qui ont exclusivement pour but d'exercer des activités relevant des fonds de placement,
- les prestations de services fournies à des tiers dans le cadre d'activités relevant des fonds de placement.

Toutes les cinq activités prévues à l'art. 10 OFP ne peuvent être exercées par une direction que lorsque les statuts le prévoient. **11**

Etant donné qu'une direction ne peut revêtir que la forme d'une société anonyme (art. 9 al. 1 LFP), les tâches intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration d'une société anonyme (art. 716a CO) font également partie des tâches non déléguables de la direction. **12**

Lors de l'établissement de son organisation selon l'art. 12 al. 2 OFP, la direction doit en plus respecter les dispositions légales de l'art. 716a CO. **13**

4 Délégation des décisions afférentes aux placements

La délégation à la banque dépositaire ou à des tiers des décisions afférentes aux placements en vue d'assurer une gestion appropriée est permise (art. 11 al. 2 LFP). Les tiers spécialisés en la matière peuvent être domiciliés en Suisse ou à l'étranger. **14**

Le mandataire ne peut sous-déléguer, sans droit de substitution, les décisions afférentes aux placements (par exemple à une filiale étrangère spécialisée de la banque dépositaire) qu'avec l'accord de la direction, sous réserve du respect de la législation étrangère. **15**

5 Délégation d'autres tâches

Sur la base de la liste des tâches qui ne peuvent pas être déléguées, il ressort que l'ensemble des autres tâches partielles, appelées autres tâches (y compris les décisions afférentes aux placements) peuvent en principe être déléguées. Pour autant qu'il s'agisse d'assurer une gestion appropriée, elles peuvent ainsi être déléguées aussi bien à un tiers indépendant spécialisé en la matière, qu'à la banque dépositaire. Sont notamment considérées comme autres tâches qui peuvent être déléguées :

- la comptabilité,
- le calcul de la valeur nette d'inventaire,
- l'exploitation des systèmes informatiques concernés,

- les autres tâches administratives (décomptes fiscaux pour le fonds, remboursement des impôts à la source, etc.),
- la reddition des comptes,
- l'établissement de publications prescrites par la loi,
- les conseils juridiques et fiscaux,
- les autres tâches logistiques de la direction.

Ces autres tâches peuvent également être déléguées à l'étranger, à l'exception de :

17

- la comptabilité qui doit être tenue en Suisse, et
- le contenu du prospectus, du rapport annuel et du rapport semestriel ainsi que les autres publications destinées aux investisseurs qui doivent être établis en Suisse (art. 9 OFP).

6 Modalités d'application de la délégation

La direction doit fixer dans un contrat écrit les tâches qu'elle délègue à la banque dépositaire ou à des tiers. Ces contrats doivent notamment définir l'objet de manière précise et régler les compétences ainsi que les responsabilités. En outre, le prospectus devra indiquer les personnes à qui les décisions afférentes aux placements et d'autres tâches ont été déléguées, les clauses importantes pour l'investisseur du contrat entre la direction et les tiers ainsi que d'autres tâches importantes des tiers (annexe à l'art. 77 OFP, chiff. 2.5 et 4.2). Les contrats de délégation doivent être remis à l'autorité de surveillance. 18

La délégation à des tiers indépendants suppose que ceux-ci disposent des connaissances nécessaires en la matière et d'une organisation appropriée. Le prospectus devra également mentionner les connaissances spécifiques des tiers concernés en matière de décision et d'administration (annexe à l'art. 77 OFP, chiff. 4.4). 19

En cas de délégation à la banque dépositaire, il y a toujours lieu de s'assurer que la délégation n'entraîne aucun conflit d'intérêts entre la direction et la banque dépositaire, que l'indépendance ne soit pas menacée et que les intérêts des investisseurs soient préservés. La séparation fonctionnelle doit notamment être garantie, c'est-à-dire que les employés de la banque dépositaire ne peuvent pas exercer des tâches qui sont déléguées à la banque dépositaire, respectivement qui lui sont assignées par le règlement du fonds (art. 19 al. 4 LFP), et en même temps s'occuper des tâches relatives à la garde des avoirs, au contrôle ou à la surveillance qu'impose la loi à la banque dépositaire (art. 19 al. 1 - 3 LFP). 20

7 Séparation personnelle des organes des fonds selon l'art. 9 al. 6 LFP

Par personnes à la tête de la direction et de la banque dépositaire au sens de l'art. 9 al. 6 LFP, il faut entendre en premier lieu les membres de l'organe de gestion de la direction : directeurs, fondés de procuration, mandataires. Ces personnes ne sauraient avoir une double fonction auprès de la direction et de la banque dépositaire. Ils sont membres soit de l'une, soit de l'autre société. Ils doivent pouvoir décider de façon autonome. 21

D'après les dispositions du code des obligations, le conseil d'administration d'une société anonyme assume - entre autres tâches - la haute direction de la société et est habilité à donner des instructions à l'organe de gestion. Il sied dès lors de considérer les membres du conseil d'administration comme étant aussi des personnes à la tête de la direction au sens de l'art. 9 al. 6 LFP. 22

La majorité du conseil d'administration de la direction du fonds doit en conséquence être indépendante de la banque dépositaire. 23

Les cadres de la banque dépositaire, au niveau de l'organe de gestion, ne sont pas considérés comme étant indépendants. On entend par « au niveau de l'organe de gestion » l'organe de gestion le plus élevé de la banque dépositaire.

Aucun administrateur de la direction du fonds, en tant que collaborateur de la banque dépositaire, ne peut 24

être responsable de tâches au sens de l'art. 19 LFP.

8 Composition minimale de l'organe de gestion de la direction

La direction doit disposer d'une organisation lui permettant d'accomplir les tâches qui lui incombent (art. 9 al. 4 LFP). Cela implique que la direction réglemente d'une façon détaillée son organisation, notamment la répartition des compétences entre le conseil d'administration et l'organe de gestion (art. 12 al. 2 OFP). 25

Une organisation appropriée suppose en particulier une composition de l'organe de gestion de la direction capable d'assurer durablement l'exécution des tâches légales et réglementaires. A cet égard, les principes suivants s'appliquent : 26

- En règle générale, la direction doit engager à plein temps au moins trois collaborateurs disposant de la signature (p.ex. un directeur, un remplaçant et un collaborateur disposant de la signature). 27
- Le nombre de personnes engagées par la direction doit en outre être en rapport avec le nombre et la taille des fonds de placement gérés. 28
- Dans des cas spéciaux justifiés, la Commission fédérale des banques peut autoriser des exceptions. 29
- L'engagement simultané de cadres de la direction par la banque dépositaire est exclu dans tous les cas, même si l'indépendance de la direction est garantie au niveau fonctionnel. 30
- Le principe des « quatre yeux » doit être respecté. Il s'ensuit que la signature collective à deux doit être prévue à tous les niveaux. 31
- La direction est autorisée à désigner des administrateurs délégués, pour autant qu'ils n'exercent pas en même temps une fonction de gestion auprès de la banque dépositaire. Dans tous les cas, les administrateurs délégués doivent être indépendants. 32

9 Organe de révision selon la loi sur les fonds de placement

Les organes de révision selon la loi sur les fonds de placement vérifient le respect de cette circulaire et consignent leurs résultats dans le rapport de révision des directions. 33

10 Date d'entrée en vigueur

La présente circulaire entre en vigueur le 1^{er} janvier 1997. 34

Entrée en vigueur des modifications (chiffres marginaux 23 et 24) : 1^{er} octobre 1997

Base légale :

- LFP : Art. 9, 11, 17, 19, 20, 56 al. 4, 75 al. 6
- OFP : Art. 9, 10, 12, 77
- CO : Art. 716a