



THOMAS GOOSSENS, Associé
BCCC Avocats Sàrl, Genève-Lausanne

Révision de la LPCC ou l'art de faire compliqué

La Commission de l'économie du Conseil des Etats avait annoncé le 17 février dernier son entrée en matière sur les projets LSFIn/LEFin publiés par le Conseil fédéral le 4 novembre dernier (voir à ce sujet notre précédent article dans le Supplément Indices de janvier 2016). Suite au lobbying intensif de certaines grosses industries concernées, elle avait toutefois demandé au Département fédéral des finances (DFF) de revoir partiellement sa copie et de lui soumettre des propositions d'améliorations, en particulier s'agissant des conditions d'assujettissement des assureurs et des gestionnaires de fortune indépendants. Ce nouveau projet retravaillé par le DFF a été renvoyé à la Commission concernée en vue de faire désormais l'objet d'une analyse par article. Parallèlement, plusieurs acteurs opérant dans les seuls domaines de la distribution et de la représentation de placements collectifs de capitaux (PCC) étrangers, sacrifiés par le DFF sur l'autel des projets du 4 novembre 2015, organisent leur résistance. Même si leurs intérêts ne semblent pas, de prime abord, parfaitement alignés avec ceux d'autres participants à l'industrie des fonds, telles les banques ou certains gérants indépendants, certains des griefs qu'ils formulent apparaissent fondés. En substance, sans remettre en cause le bien-fondé d'une nouvelle réglementation quant à son principe, ni le level playing field que sous-tendent les projets, ils considèrent avant tout que l'abandon pur et simple de la notion de distribution et des représentants en Suisse pour une grande partie des PCC destinés à des investisseurs qualifiés aurait pour effet de soustraire des milliers de ces PCC à toute réglementation et/ou supervision, même légère, en Suisse. En outre, ce revirement complet, aussi rapide qu'inattendu eu égard à la révision profonde de la LPCC du 28 septembre 2012 – elle-même entrée en vigueur le 1^{er} mars 2013, mais pleinement applicable uniquement depuis le 1^{er} mars 2015 – constituerait non seulement une atteinte malheureuse

à la sécurité juridique dont la Suisse doit pouvoir se prévaloir, mais il ferait également fi du sort de ces acteurs et des sommes souvent considérables qu'ils ont déjà investies aux côtés des PCC concernés, le cas échéant en pure perte, afin d'assurer leur conformité à des exigences légales qui viennent à peine de leur être imposées par le législateur suisse. Ils reprochent également aux projets, qui en revendiquent expressément la filiation, d'aller à l'encontre de la dynamique européenne actuelle, engendrant vraisemblablement la nécessité d'un retour au statu quo à très brefs délais. Au surplus, les projets nient, selon eux, le rôle et la valeur ajoutée des représentants de PCC étrangers, même à l'égard des investisseurs qualifiés, lesquels consistent, d'une part, à servir de point de contact permanent de ces PCC étrangers en Suisse pour toute information, demande ou réclamations des investisseurs et/ou de la FINMA et, d'autre part, à assurer la conformité de leur distribution (au point de vente) avec la réglementation suisse. Enfin, ils soulignent l'effet négatif pour l'offre de PCC étrangers que pourrait induire l'adoption proposée par le DFF d'un for alternatif impératif au siège du représentant en Suisse.

Un document de qualité détaillant ces griefs a ainsi récemment été communiqué par les acteurs concernés aux milieux intéressés, au DFF et aux membres de la Commission concernée du Conseil des Etats. S'il n'est pas acquis que toutes ces critiques ainsi que les propositions de révision qui les accompagnent seront prises en considération et bien que les projets LSFIn/LEFin conduisent, pour une fois, à supprimer certaines contraintes réglementaires liées à l'offre de PCC en Suisse, le changement profond de paradigme qui en découle fait désordre. Que la voie choisie par le législateur il y a deux ans à peine ait ou non été la bonne, ce qui est discutable, il n'en demeure pas moins souhaitable que les versions définitives des projets de LSFIn/

LEFin respectent le cap fixé en 2012 et ne révolutionnent pas une nouvelle fois la réglementation en matière d'offre de PCC en Suisse et/ou depuis la Suisse.

En outre, l'argument soutenu par le Conseil fédéral, selon lequel les distributeurs de PCC disposant d'une autorisation de la FINMA ne seraient de toute façon pas aujourd'hui soumis à sa surveillance prudentielle, ce qui serait créateur de malentendus chez les clients, tombe en partie à faux. En effet, après avoir obtenu leur autorisation d'exercer par la FINMA aux termes d'un processus lourd et onéreux, ces quelques 365 distributeurs font l'objet d'un audit annuel conformément aux exigences de la Directive SFAMA pour la distribution du 22 mai 2014. Seule une société d'audit agréée par la FINMA au sens de la Loi sur la surveillance de la révision du 16 décembre 2005 (LSR) est habilitée à procéder à cet audit. Ce mécanisme de surveillance, bien que relevant de l'autoréglementation, est reconnu par la FINMA au titre des standards minimaux (Circ. FINMA 08/10) et semble avoir fait ses preuves depuis 2014. Le Conseil fédéral indique d'ailleurs lui-même qu'une surveillance plus poussée des distributeurs ne serait pas justifiée.

Quant à l'assimilation proposée des distributeurs à des «conseillers à la clientèle» et, entre autres exigences, l'obligation d'enregistrement qui en découlerait, elle méconnaît le rôle du distributeur qui n'est très souvent lié par aucun rapport contractuel avec l'investisseur potentiel et n'a dans ces cas rien d'un «conseiller». Sans compter qu'une fois enregistrés auprès de la FINMA, ces distributeurs ne feront toujours pas l'objet d'une surveillance «prudentielle» au sens strict et que les exigences réelles qui leur seront fixées en vue de leur enregistrement pourraient fort bien ressembler à s'y méprendre à celles applicables à ce jour aux... distributeurs. En d'autres termes, comment faire simple quand on peut faire compliqué. ■