



... 2013

Modification de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, invalidité et survivants (OPP 2)¹; art. 48f

1 Cadre général

Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, le caractère obligatoire de cette assurance sociale ordonne de poser des exigences élevées en ce qui concerne la qualification et le professionnalisme des gestionnaires de fortune externes. L'art. 48f, al. 3, qui doit entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2014, prévoit que le placement et la gestion de la fortune de prévoyance ne peuvent être confiés à des personnes ou des institutions externes que si celles-ci sont soumises à la surveillance des marchés financiers régie par la loi spéciale, et à des intermédiaires financiers opérant à l'étranger que s'ils sont soumis à une surveillance équivalente exercée par une autorité de surveillance étrangère reconnue. De façon subsidiaire, l'al. 4 prévoit que la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle peut, en guise de dispositif de rattrapage, habiliter d'autres personnes et institutions à remplir les tâches visées à l'al. 3. Les al. 3 et 4, sous la forme ici présentée, avaient été décidés le 22 juin 2011 par le Conseil fédéral dans le cadre de la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle. Le délai de transition prévu, d'un peu plus de deux ans, était motivé par le souci de laisser suffisamment de temps aux institutions de prévoyance pour adapter au besoin leurs contrats ou leurs règlements. Le Conseil fédéral partait de l'idée que la révision de la loi sur les placements collectifs rendrait possible un assujettissement facultatif à la surveillance des marchés financiers pour les gestionnaires de fortune indépendants qui n'étaient pas soumis à la FINMA. Une disposition en ce sens a cependant été rejetée par les deux Chambres, le 18 septembre 2012, lors de l'élimination des divergences. Il est de ce fait nécessaire de préciser les al. 3 et 4 de l'art. 48f pour en permettre la mise en œuvre et l'application. D'autres acteurs de la gestion de la fortune du 2^e pilier ont également émis, à juste titre, le souhait que leur fonction soit mieux définie au niveau de la législation. La présente modification d'ordonnance en tient compte.

L'art. 48f, al. 4, entrant lui aussi en vigueur le 1^{er} janvier 2014, ne prévoit pas que la Commission de haute surveillance exerce une surveillance permanente, mais seulement qu'elle vérifie les garanties d'une activité irréprochable. Il n'existe pas de base légale pour une surveillance permanente. Celle-ci serait cependant justifiée au vu de l'importance de la gestion de la fortune dans le système de capitalisation propre au 2^e pilier. Une solution en ce sens est à l'examen dans le cadre du projet de loi sur les services financiers (LSF, arrêté du Conseil fédéral du 28 mars 2012). Dans ce contexte, la précision apportée à l'art. 48f doit être comprise comme une solution transitoire tant que les gestionnaires de fortune indépendants ne sont pas soumis à une surveillance permanente de la

¹ RS 831.441.1

FINMA. Ceux-ci pourraient être inclus dans la liste de l'al. 3 dès lors qu'une telle surveillance serait instaurée, ce qui rendrait superflue une habilitation par la Commission de haute surveillance.

2 Commentaire des dispositions

La notion de gestion de biens immobiliers comprend aussi des activités qui ne concernent que l'entretien ou l'exploitation de ceux-ci. Comme ces activités ne doivent pas entrer dans le champ d'application des al. 4 et 5, l'al. 2 précise que l'entretien et l'exploitation de biens immobiliers – on pense surtout à l'exploitation d'objets en location et aux tâches liées à leur entretien – ne constituent pas des activités de placement au sens de l'al. 3. En revanche, la gestion de la fortune sous forme de portefeuilles immobiliers par des personnes externes indépendantes entre dans le champ d'application des al. 3 et 4.

L'al. 3 prévoit que les exigences des al. 1 et 2 valent aussi pour les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration et les autres personnes qui ont un rôle décisionnel.

L'al. 4, let. a et b, ajoute les institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle (art. 48 LPP) ainsi que les fondations de placement (art. 53g LPP) dans la liste des institutions externes qui peuvent être chargées de la gestion de la fortune de prévoyance.

Les institutions d'assurance de droit public visées à l'art. 67, al. 1, LPP sont aussi ajoutées à la liste de l'art. 48f, al. 4, let. c. Il est vrai que ces institutions ne sont pas soumises à la surveillance fédérale des assurances (régie par la LSA), mais à la surveillance cantonale. Selon la législation cantonale applicable, cette surveillance prévoit en règle générale une révision annuelle par un organe de révision indépendant, une surveillance exercée par le Conseil d'Etat et, le cas échéant, une haute surveillance exercée par le Parlement cantonal. Dans un cas, le canton se porte en outre garant. Les institutions d'assurance en question – notamment dans les cantons de Genève, de Neuchâtel et de Vaud – agissent aujourd'hui déjà, sur la base de l'art. 67, al. 1, LPP, (entre autres) en qualité de gestionnaires de fortune pour des institutions de prévoyance, des institutions de libre passage et des fondations du pilier 3a. Par la teneur de l'art. 67, al. 1, LPP, le législateur a signifié que ces institutions pouvaient en principe assurer une gestion de fortune professionnelle dans le système de surveillance actuel.

Al. 5 : Les personnes et institutions qui ne sont pas soumises à autorisation en vertu d'une loi spéciale, mais qui n'en offrent pas moins toutes les garanties d'une gestion de fortune qualifiée et professionnelle, peuvent également être habilitées par la Commission de haute surveillance, en vertu de l'al. 4, à placet et gérer la fortune de prévoyance (étant précisé que cet alinéa entrera en vigueur le 1.1.2014). La disposition initialement prévue est précisée en ce sens que les personnes ou institutions demandant l'habilitation doivent remplir les conditions visées à l'al. 2, et que la validité de l'habilitation est limitée à 3 ans.

Al. 6 : Le commentaire de la version initiale de l'art. 48f, al. 3 (publié dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123 p. 69) soulignait déjà que les employeurs ne sont pas des personnes externes au sens de cette disposition. Toutefois, afin d'écartier tout flou juridique, un nouvel al. 6 a été ajouté : ses let. a, b, et c précisent expressément que les employeurs agissant pour leurs propres institutions de prévoyance et les associations d'employeurs ou de salariés agissant pour leurs propres institutions de prévoyance d'associations sont exclus du champ de l'art. 48f, al. 3. Les activités de ce type doivent néanmoins être annoncées à l'organe de révision (art. 51c, al. 2, LPP) ainsi qu'aux autorités de surveillance (art. 12, al. 3, let. a, OPP 1; art. 48g, al. 1 et 2, OPP 2). Les exigences en matière d'intégrité et de loyauté imposées aux responsables par l'art. 51b LPP et les art. 48f ss OPP 2 s'appliquent également à ces activités.

L'al. 7 explicite la tâche, incombant à la Commission de haute surveillance, d'émettre des directives à l'attention des autorités de surveillance compétentes concernant la surveillance des intermédiaires financiers opérant à l'étranger. La commission peut se baser pour ce faire sur des informations fournies par la FINMA. Les termes de surveillance « équivalente » par une autorité de surveillance « reconnue » sont biffés, car il n'existe pas de procédure de reconnaissance concernant les autorités de surveillance étrangères.

L'annexe règle la modification du droit en vigueur. Une nouvelle disposition (art. 9, al. 1, let i) a été ajoutée dans l'ordonnance du 22 juin 2011 sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1) au sujet de l'émolument pour l'habilitation au sens de l'art. 48f, al. 5, OPP 2. La fourchette du barème cadre est relativement large, car l'étendue des examens requis varie selon l'importance de la personne ou de l'institution qui demande l'habilitation. On sait par expérience que s'il s'agit d'une personne physique, les coûts se situeront plutôt à l'extrémité inférieure de la fourchette (env. 500 francs), tandis que pour les personnes morales, des investigations poussées sont nécessaires au niveau des fonctions dirigeantes (conseil d'administration / direction) et, de ce fait, les coûts sont plus élevés.

3 Base légale

La modification de l'ordonnance s'appuie sur l'art. 97, al. 1, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

4 Date de l'entrée en vigueur

La modification de l'ordonnance doit entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2014 et remplacer la modification du 22 juin 2011 (RO 2011 3435) pour ce qui est de l'al. 3, let. d et e, et de l'al. 4.