

Monsieur le Conseiller fédéral Ueli Maurer
Chef du Département fédéral des finances
Bundesgasse 3
3003 Berne

rechtsdienst@sif.admin.ch

Paudex, le 18 janvier 2019
SHR/sul

Consultation fédérale – Ordonnance sur les services financiers (OSFin), ordonnance sur les établissements financiers (OEFin) et ordonnance sur les organismes de surveillance (OOS)

Monsieur le Conseiller fédéral,

Nous avons pris connaissance de la consultation mentionnée sous rubrique et nous permettons de vous transmettre ci-après notre prise de position.

A titre préliminaire, nous souhaitons attirer votre attention sur le chiffre 1 de notre réponse relatif à l'OEFin et qui nous touche tout particulièrement, ainsi que les employeurs qui gèrent la fortune de leurs propres institutions de prévoyance et les associations d'employeurs et de travailleurs qui gèrent la fortune des institutions de leur association (voir chiffre 1 ci-après). Pour le reste, les ordonnances étant très techniques, nous nous bornerons à quelques remarques générales et réserverons l'avis des experts et des milieux concernés.

I. Contexte

Le 15 juin 2018, le Parlement a adopté la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin). Les ordonnances soumises à consultation définissent les dispositions d'exécution de ces deux lois. Ces ordonnances entreront en vigueur au 1^{er} janvier 2020.

II. Remarques et suggestions sur les projets d'ordonnances

1) Ordonnance sur les établissements financiers – OEFin et nouveau régime applicable aux gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance

Le projet d'ordonnance sur les établissements financiers (OEFin) du Conseil fédéral précise notamment le régime qui sera applicable aux gestionnaires de fortune d'institutions de prévoyance (IP) à partir du 1^{er} janvier 2020. En particulier, le projet d'OEFin prévoit une modification de l'article 48f dont les alinéas 4 let. d à h. et 5 à 7 seraient abrogés (p. 44 du projet de modification de l'OEFin).

En préambule, nous rappelons que l'article 2 al. 1 let. f LEFin dispose que les employeurs qui gèrent la fortune de leurs propres institutions de prévoyance et les associations d'employeurs et de travailleurs qui gèrent la fortune des institutions de leur association ne sont pas soumis à cette loi. Cette exemption n'était pas prévue par le projet de loi déposé

par le Conseil fédéral et a été introduite lors des débats parlementaires, à la demande notamment du Centre Patronal et la Fédération des entreprises romandes à Genève.

Il s'agissait en effet d'éviter que l'exemption prévue à l'article 48f al. 6 OPP2 en vigueur disparaisse dans le cadre de la mise en œuvre de la LEFin et que les associations soient contraintes d'être soumises à la LEFin et donc à l'obligation d'obtenir une autorisation de gestionnaire de fortune collective (art. 24 al. 1 let. b LEFin) sous la forme d'une société commerciale (art. 25 LEFin).

L'actuel article 48f al. 6 OPP2 dispose expressément que sont dispensés d'habilitation les employeurs qui gèrent la fortune de leur propre institution de prévoyance, de même que les associations patronales ou d'employés qui gèrent la fortune des institutions de prévoyance de leur association.

Le texte du projet de modification (art. 48f al. 4 révisé selon le projet) autorise les institutions de prévoyance enregistrées (art. 48 LPP), les fondations de placement (art. 53g LPP) ainsi que les institutions d'assurance de droit public (art. 67 al. 1 LPP) à gérer la fortune de prévoyance (art. 48f al. 4 let. a à c OPP2). En revanche, toutes les autres institutions, déjà soumises à une surveillance étatique, ne sont plus mentionnées (art. 48f al 4 let. d à h OPP2), ce qui est logique, précisément en raison de leur surveillance étatique.

En revanche, le projet de modification supprime l'article 48f al. 6 OPP2 qui dispense d'habilitation les employeurs et les associations professionnelles qui gèrent la fortune des institutions de prévoyance. Or, la corrélation avec la LEFin n'est ici pas donnée, contrairement aux banques, négociants en valeurs mobilières, directions de fonds et gestionnaires de placements collectifs, entreprises d'assurances privées et intermédiaires financiers opérant à l'étranger soumis à la surveillance d'une autorité de surveillance étrangère.

C'est donc manifestement à tort que l'article 48f al. 6 OPP2 est supprimé.

Le résultat final, si l'alinéa 6 n'est pas réintroduit à l'article 48f OPP2, serait que les employeurs et les associations professionnelles ne pourraient plus gérer la fortune des institutions de prévoyance propres, mais ne pourraient pas non plus demander l'habilitation ou l'autorisation de le faire, vu l'adoption de l'article 2 al.1 let. f LEFin qui les place hors du champ de cette loi.

Il convient dès lors d'éviter que cette erreur rédactionnelle manifeste conduise au fait que les employeurs et les associations professionnelles ne puissent plus à l'avenir gérer la fortune de leurs institutions de prévoyance propres.

En résumé, il y a lieu de maintenir en l'état l'article 48f al. 6 OPP2 actuel.

Au vu de ce qui précède, nous sommes convaincus de la nécessité de maintenir l'article 48f al. 6 OPP2 dans sa teneur actuelle, ceci afin que les employeurs et les associations professionnelles puissent, comme jusqu'à présent, continuer à gérer la fortune de leurs institutions de prévoyance propres.

2) Ordonnance sur les services financiers – OSFin

a) Feuille d'information de base (FIB)

Le projet d'OSFin traite en particulier de la « feuille d'information de base » (son pendant européen est le KID – Key Information Document – prévu par le règlement PRIIPS), désormais obligatoire si un instrument financier est proposé à des clients en Suisse, et lui donne des contours plus précis. Ce document décrit les caractéristiques, les risques et les coûts d'un produit financier de manière simple et doit être remis aux investisseurs bénéficiant du degré le plus élevé de protection, c'est-à-dire aux clients privés. Une exception est prévue pour les instruments financiers réputés simples à comprendre, en particulier les actions et les obligations n'ayant pas le caractère de dérivés. L'OSFin désigne comme équivalents les KIDS PRIIPS et les fiches d'information allemandes. Elle se montre en outre flexible quant à la langue utilisée, puisque la feuille de base peut être établie dans la langue officielle, en anglais ou dans la langue de correspondance du client. S'agissant des placements collectifs, la feuille d'information de base doit impérativement être rédigée ou traduite dans une langue officielle suisse. Il y a ici une incohérence avec l'art. 133 al. 1 OPCC qui précise que les autres documents de fonds peuvent être publiés dans une langue officielle ou en anglais. Nous comprenons mal pourquoi tous les autres documents pourraient être en anglais mais pas la FIB. Il convient dès lors de biffer l'al. 2 de l'art. 89 OSFin ainsi que le renvoi à celui-ci au sein du nouvel art. 133 al. 1 OPCC.

Cela dit, la différence entre un KID PRIIPS et la FIB provoque un certain nombre de débats entre les banques. Le rapport explicatif explique qu'un émetteur suisse ne doit pas établir une FIB s'il établit un KID PRIIPS. Ce point devrait être explicitement indiqué dans l'ordonnance dans un nouvel art. 87 al. 2 OSFin – équivalence des documents établis conformément à une législation étrangère dont le libellé serait le suivant : « *Un émetteur suisse n'a pas à établir une feuille d'information de base s'il établit un document conformément à une législation étrangère et mentionné à l'annexe 14* ».

Par ailleurs, le projet évite certains aspects controversés en droit européen (ex : pas d'obligation de faire figurer un indicateur synthétique de risque ; pas de définition de règles de calcul concrètes concernant les scénarios de performance ou les différents types de coûts) et cette approche nous paraît judicieuse. Les acteurs suisses qui le souhaitent peuvent toutefois appliquer, sur une base volontaire, le standard européen.

b) Exécution ou transmission d'ordre de clients – art. 11 OSFin

Selon l'article 8 al. 4 LSFIn, « *aucune feuille d'information de base ne doit être mise à disposition lorsque les services se limitent à l'exécution ou à la transmission d'ordres des clients, sauf lorsqu'une feuille d'information de base existe déjà pour l'instrument financier* ». Cette formulation pose problème si l'employé qui exécute l'ordre doit vérifier pour chaque instrument financier si une feuille d'information de base existe ou pas, auprès de sa banque ou d'un tiers. Il n'est en effet pas possible pour un prestataire de savoir de façon exhaustive si un tel document existe ou non en lien avec une transaction « execution only », dont l'univers potentiel d'investissement est illimité. C'est pourquoi une précision devrait être apportée à ce sujet dans un nouvel alinéa de l'art. 11 OSFin, qui concrétise l'art. 8 al. 4 LSFIn.

Il découle de ce qui précède que l'art. 11 al. 2 OSFin devrait être reformulé de la manière suivante : « *Lorsque le service financier se limite à l'exécution ou à la transmission d'ordres des clients, une feuille d'information de base ne doit être mise à disposition que si le prestataire de services financiers en possède déjà une pour l'instrument financier concerné* ».

c) *Conseil entre absents – art. 15 OSFin*

L'art. 15 OSFin limite fortement les cas dans lesquels la feuille d'information de base (FIB) peut être mise à disposition après la transaction de par sa formulation « *lorsque la mise à disposition n'est techniquement pas possible...* ». Cette condition exclut presque la possibilité du conseil entre absents. Il convient de reformuler l'article 15 al. 1 OSFin en ce sens que la FIB puisse être plus largement mise à disposition après la transaction, par exemple lorsque le client et le collaborateur du prestataire de services financiers ne se trouvent pas au même endroit et qu'ils communiquent à distance.

d) *Rapports de représentation – art. 16 OSFin*

Cet article se réfère à l'art. 11 LSFIn et s'applique au conseil ponctuel, c'est-à-dire aux services de conseil en placement liés à des transactions isolées. A notre sens, l'art. 16 OSFin devrait également s'appliquer au conseil normal (c'est-à-dire aux conseils sur l'ensemble du portefeuille ou la gestion de fortune couverts par l'art. 12 LSFIn) et il conviendrait de modifier l'art. 16 OSFin en précisant que cette article s'applique de manière générale et non seulement au conseil ponctuel.

e) *Publication d'un prospectus d'émission pour les PME*

La LSFIn prévoit de nouvelles règles en matière de prospectus concernant l'émission de tout type de valeurs immobilières. Ces règles concernent également les PME à la recherche de financement. La LSFIn prévoit toutefois que la publication d'un prospectus n'est pas systématiquement requise pour une PME ou peut l'être parfois sous une forme allégée. La LSFIn délègue au Conseil fédéral la possibilité de prévoir des allègements pour une majorité des PME, à savoir celles qui ne dépassent pas un total du bilan de CHF 20 millions, un chiffre d'affaires annuel de CHF 40 millions ou 250 emplois annuels à plein temps en moyenne (art. 47 LSFIn al.1).

Il ressort du projet d'ordonnance du Conseil fédéral que ce dernier a renoncé dans une large mesure à prévoir de plus amples allègements en faveur des PME. Il n'y a ainsi, dans le projet d'ordonnance, aucun allègement explicite en faveur des PME. Le Conseil fédéral a choisi de ne signaler les allègements que dans les annexes 1 à 5 de l'ordonnance (art. 57 al. 1 P-OSFin). Dans les annexes, seul un allègement est prévu en faveur des PME et qui concerne la publication d'informations relatives aux comptes annuels de la société (chiffre 2.8.1 de l'annexe 1 du projet d'ordonnance). Cela dit, l'Assemblée fédérale avait, lors de l'examen de la LSFIn, ajouté des exceptions largement plus étendues qu'initialement prévu dans le projet de loi soumis aux Chambres par le Conseil fédéral. Deux d'entre elles peuvent notamment servir les PME. La première est le plafond de CHF 8 millions au-dessous duquel les offres au public qui ne dépassent pas cette valeur sont exemptées de la publication d'un prospectus (dans le projet initial le plafond était de CHF 100'000.- seulement). Ce seuil tend à s'aligner sur les règles européennes qui prévoient que les Etats membres peuvent fixer un plafond entre EUR 1 million et EUR 8 millions (Règlement Prospectus UE 2017/1129 du 14 juin 2017). La deuxième exception utile est l'art. 36 al. 1 let. b LSFIn qui prévoit qu'une offre effectuée à moins de 500 investisseurs ne donne pas lieu à une obligation de publier un prospectus (dans le projet initial, le nombre d'investisseurs était fixé à 150).

Les exceptions plus étendues prévues dans la loi par les Chambres justifient en partie l'absence d'allègements supplémentaires en faveur des PME dans le projet d'ordonnance. Enfin, il s'agira de veiller à l'évolution du droit des prospectus européen. L'art. 15 du Règlement Prospectus prévoit en effet la création d'un « prospectus de croissance », pour certaines entreprises en dehors du marché réglementé et pour lequel un régime d'information simplifié s'applique. La Commission européenne devrait ainsi adopter d'ici au 21 janvier 2019 des actes délégués relatifs à ce type de prospectus. Il s'agira pour le Conseil fédéral de veiller à éviter les désavantages concurrentiels pour les PME suisses par rapport à l'UE, et en fonction des choix opérés par la Commission européenne, d'adapter l'OSFin en conséquence.

3) *Ordonnance sur les organismes de surveillance – OOS*

Nous n'avons pas de remarques particulières concernant l'OOS et vous renvoyons aux prises de position des milieux concernés.

III. Conclusions

Au vu ce qui précède, nous sommes favorables au projet de nouvelles ordonnances OEFin, OEFin et OOS, sous réserve des réserves formulées ci-dessus. En particulier, nous sommes convaincus de la nécessité de maintenir l'article 48f al. 6 OPP2 dans sa teneur actuelle, ceci afin que les employeurs et les associations professionnelles puissent, comme jusqu'à présent, continuer à gérer la fortune de leurs institutions de prévoyance propres.

* * *

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre haute considération.

Centre Patronal



Sandrine Hanhardt Redondo