

Prévoyance professionnelle : Habilitation obligatoire pour les gérants de fortune indépendants

■ Stéphanie HODARA EL BEZ, avocate (LL.M.) et associée de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax, Genève

■ Cecilia PEREGRINA, avocate (LL.M.) de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax, Genève

Depuis le 1^{er} janvier 2014, les dispositions relatives à la prévoyance professionnelle prévoient que les gérants de fortune indépendants («GFI») qui gèrent des avoirs de prévoyance professionnelle doivent disposer d'une habilitation de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle («CHS PP»). Quels sont les critères à remplir pour obtenir cette habilitation?

1. Introduction

Depuis le 1^{er} janvier 2014, date de l'entrée en vigueur d'un nouvel article 48f de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillissante, survivant et invalidité («OPP 2»), seuls les gérants de fortune soumis à une autorité de surveillance des marchés financiers ainsi que ceux ayant obtenu une habilitation de la CHS PP seront autorisés à gérer les avoirs de prévoyance professionnelle. A cet égard, la CHS PP a édicté le 20 février 2014 une directive détaillant les conditions d'obtention d'une telle habilitation (ci-après la «Directive»).

La mise en œuvre de cette habilitation pour les GFI était nécessaire puisque sans elle les GFI auraient été privés du droit de gérer la fortune des institutions de prévoyance. En effet, le projet de l'OPP 2 prévoyait au départ que seuls les gestionnaires soumis à la surveillance de la FINMA pou-

vaient continuer à gérer des avoirs de prévoyance. Or, les GFI ne sont pas (encore) soumis à la surveillance de la FINMA, de sorte qu'ils auraient été exclus de la gestion des avoirs de prévoyance professionnelle. Grâce à la procédure d'habilitation auprès de la CHS PP, cette lacune a maintenant été comblée.

2. Qui doit obtenir l'habilitation de la CHS PP?

Conformément à l'article 48f OPP 2, doivent obtenir une habilitation les sociétés qui exercent une activité de gestion d'avoirs de prévoyance professionnelle (a.), pour autant qu'elles ne soient pas d'ores et déjà surveillées par la FINMA (b.) ou qu'elles n'entrent pas dans l'un des cas de dispenses prévus par l'OPP 2 (c).

a. Activité de gestion de fortune dans la prévoyance professionnelle

La Directive précise que pour

obtenir une habilitation de la CHS PP, le GFI doit avoir conclu (ou être sur le point de conclure) avec une institution de prévoyance un contrat de gestion de fortune discrétionnaire avec procuration.

Ainsi, les sociétés qui exercent une véritable activité de conseil n'ont pas l'obligation d'obtenir une habilitation.

b. Surveillance de la FINMA

Entrent dans la catégorie des entités qui n'ont pas l'obligation d'obtenir l'habilitation de la CHS PP, également les banques, les gestionnaires autorisés de placements collectifs de capitaux, les assurances et tout autre intermédiaire financier opérant à l'étranger qui est soumis à la surveillance d'une autorité de surveillance étrangère. Il sied de noter que les distributeurs autorisés par la FINMA n'entrent pas dans cette catégorie.

c. Dispenses

Certaines personnes sont par ailleurs dispensées d'habilitation. Il s'agit par exemple des personnes engagées sur la base d'un contrat de travail pour gérer la fortune de leur propre institution ou encore les associations patronales ou d'employés qui gèrent la fortune de leurs propres institutions de prévoyance.

3. Comment obtient-on l'habilitation de la CHS PP?

Seuls les GFI organisés sous la forme de sociétés de capitaux ou de personnes, à l'exclusion des entreprises individuelles, peuvent requérir une habilitation.

Le GFI qui entend obtenir cette habilitation devra démontrer, pié-

ces à l'appui, qu'il remplit en substance les conditions suivantes:

a. Organisation appropriée

Le gérant doit disposer d'une organisation appropriée. Cette dernière sera appréciée en fonction du volume de son activité et de l'étendue des risques qu'il gère (importance de la fortune gérée, stratégies de placement mises en œuvre et types de produits sélectionnés). Afin d'évaluer le caractère approprié, la CHS PP n'entend pas s'inspirer des règles strictes établies par la FINMA en matière d'organisation dans le cadre de l'agrément des gestionnaires de placements collectifs de capitaux par exemple. Partant, en principe, même de petites structures devraient pouvoir remplir la condition de l'organisation appropriée.

b. Conditions financières saines

De plus, la société doit être gérée dans des conditions financières saines. Là encore, la CHS PP ne s'inspirera pas des règles de la FINMA, de sorte qu'il n'existe pas d'exigences minimales à remplir en terme de capital ou de fonds propres. L'analyse se fera au cas par cas en fonction de l'activité de chaque gérant.

c. Conditions personnelles et professionnelles

En outre, tous les membres du conseil d'administration et de la direction ainsi que les personnes en charge de la gestion doivent jouir d'une bonne réputation et offrir toutes les garanties d'une activité irréprochable. De plus, les personnes en charge de la gestion devront justifier des

qualifications professionnelles nécessaires, notamment d'une expérience pratique d'au moins cinq ans dans la gestion de fortune.

d. Conflit d'intérêts, égalité de traitement et affaires pour compte propre

Par ailleurs, le gérant doit pouvoir démontrer qu'il prend les mesures nécessaires à la détection et à la prévention des conflits d'intérêts. Il doit en outre respecter le principe de l'égalité de traitement, en particulier dans le cadre d'exécutions d'ordres groupés pour le compte de plusieurs clients. Il devra également adopter des directives internes afin de réglementer ses activités pour compte propre.

e. Contrat de gestion de fortune

Enfin, le contrat de gestion de fortune devra satisfaire aux exigences posées par la Circulaire FINMA 2009/I «Règles-cadres pour la gestion de fortune». En particulier, le contrat de gestion devra contenir des clauses claires sur l'étendue des pouvoirs du gérant, les objectifs et les restrictions de placement, la reddition de compte et la rémunération.

Il faut relever ici deux particularités de la gestion des avoirs de la prévoyance professionnelle:

- Le gérant ne peut, par contrat, prévoir qu'il conservera les rétrocessions et autres avantages financiers qu'il perçoit de tiers dans le cadre de son activité pour le compte de l'institution de prévoyance. En effet, ces rétrocessions devront impérativement être transférées à l'institution.

- Si le gérant recourt dans le cadre de sa gestion à des placements collectifs qu'il gère lui-même, il ne sera pas autorisé à percevoir une double rémunération, soit pour la gestion du placement collectif et pour la gestion des avoirs de l'institution.

f. Attestation d'un expert-réviseur

Une fois le dossier de demande complété, un réviseur agréé doit établir un rapport d'audit attestant que l'organisation du gérant est appropriée et que le contrat de gestion de fortune est conforme aux exigences fixées par l'OPP 2 et la Directive.



Stéphanie Hodara El Bez est avocate aux barreaux de Genève et de New York. Titulaire d'un LL.M. de Boston University, elle est associée de l'Etude ALTENBURGER Ltd legal + tax et responsable du Team Banking & Finance du bureau genevois de cette Etude. Elle conseille des banques, des négociants en valeurs mobilières, des gestionnaires de placements collectifs et des gérants indépendants dans les domaines contractuels et réglementaires. Elle les assiste également dans le cadre de procédures nationales et internationales.

4. Quelle est la procédure d'habilitation à suivre?

La demande d'habilitation doit être établie au moyen du formulaire de demande officiel mise à disposition par la CHS PP et doit être accompagnée de toutes les pièces justificatives requises.

S'agissant des délais, les GFI ayant déjà obtenu une habilitation provisoire devront déposer leur demande d'habilitation définitive d'ici au 31 juillet 2014 au plus tard. A défaut, l'habilitation provisoire deviendra caduque et le gérant ne sera plus autorisé à poursuivre ses activités pour le compte de l'institution de prévoyance. Pour les GFI qui souhaitent débiter une activité de gestion d'avoirs de prévoyance, ils devront obtenir une habilitation avant de commencer leur activité.

La CHS PP se prononcera sur la demande par voie de décision. L'habilitation est valable trois ans et le gérant sera inscrit sur la liste des gestionnaires de fortune actifs dans la prévoyance professionnelle publiée sur Internet.

Il est important de noter que la CHS PP n'effectuera pas une surveillance régulière des gérants habilités. Néanmoins, elle est en droit de contrôler, en tout temps, si les conditions d'habilitation sont toujours remplies.

5. Conclusion

La procédure d'habilitation est une procédure mise en place de façon transitoire afin de permettre aux GFI de poursuivre leur activité de gestion de la fortune d'institutions de prévoyance pour autant qu'ils déposent dans les délais leur demande d'habilitation.

En effet, le projet de Loi sur les services financiers prévoit que les GFI seront soumis à la surveillance constante de la FINMA, de sorte que cette procédure d'habilitation par la CHS PP devrait être prochainement amendée, voire abandonnée.

Le cadre dans lequel les gérants d'avoirs de prévoyance professionnelle évoluent va changer rapidement, de sorte qu'il leur est conseillé de s'y préparer.

Berufliche Vorsorge: Zulassungspflicht für unabhängige Vermögensverwalter

■ **Melissa GAUTSCHI**, Rechtsanwältin (LL.M.) und Partnerin bei ALTENBURGER LTD legal + tax, Zürich
 ■ **Sophie WINKLER**, Rechtsanwältin (LL.M.) bei ALTENBURGER LTD legal + tax, Zürich

Seit dem 1. Januar 2014 sehen neue Vorschriften im Zusammenhang mit der unabhängigen Vermögensverwaltung vor, dass Personen, welche Vermögen im Bereich der beruflichen Vorsorge verwalten, über eine entsprechende Zulassung der Oeraufsichtskommission für Berufliche Vorsorge verfügen müssen. Im Folgenden wird erläutert, welche Anforderungen an eine solche Zulassung gestellt werden.

1. Einleitung

Seit dem Inkrafttreten von Art. 48f der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge („BVV 2“) am 1. Januar 2014, werden Personen, welche Vermögen im Bereich der beruflichen Vorsorge verwalten, einer spezialgesetzlichen Finanzmarktaufsicht unterstellt und müssen über eine entsprechende Zulassung durch die Oeraufsichtskommission für Berufliche Vorsorge („OAK BV“) verfügen. Die OAK BV hat am 20. Februar 2014 eine detaillierte Weisung über die Zulassung von Vermögensverwaltern in der beruflichen Vorsorge (die „Weisung“) erlassen, welche die Anforderungen an und das Verfahren der Zulassung näher umschreibt.

Die Einführung der Zulassungspflicht für unabhängige Vermögensverwalter wurde deshalb notwendig, weil die Verwaltung von Vorsorgevermögen durch unabhängige Vermögensverwalter diesen ansonsten untersagt worden wäre. Ursprünglich sahen die Bestimmungen der BVV 2 nämlich vor, dass nur Vermögensverwalter, welche sich der Aufsichtspflicht der FINMA unterstellen, Vermögen von Einrichtungen der beruflichen Vorsorge verwalten dürfen. Da unabhängige Vermögensverwalter allerdings (noch) nicht der Aufsicht der FINMA unterstellt sind, wären diese von der Verwaltung solcher Vermögen ausgeschlossen worden. Mit der Zulassung durch die OAK BV wurde diese Lücke nun geschlossen.

2. Wer kann eine Zulassung bei der OAK BV beantragen?

Gemäss Art. 48f BVV 2 müssen diejenigen juristische Personen und Personengesellschaften eine Zulassung beantragen, welche mit der Verwaltung von Vermögen der beruflichen Vor-

sorge betraut werden (siehe unten, Bst. a.), vorausgesetzt sie verfügen nicht schon über eine FINMA Bewilligung (siehe unten, Bst. b.) und fallen nicht unter den Ausnahmekatalog von Art. 48f Abs. 6 BVV 2 (siehe unten, Bst. c.).

a. Die Tätigkeit der Verwaltung von Vermögen der beruflichen Vorsorge

Die Weisung präzisiert, dass der unabhängige Vermögensverwalter, welcher eine Zulassung beantragt, im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs einen Vermögensverwaltungsauftrag mit Vollmacht mit einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge für die selbständige (diskretionäre) Anlage des Vorsorgevermögens abgeschlossen haben muss (oder dabei ist, ein solcher abzuschliessen).

Die blosse Beratung im Bereich der beruflichen Vorsorge durch eine Gesellschaft bedarf keiner Zulassung.

b. Von der FINMA beaufsichtigte Institute

Zu den Institutionen, welche keiner Zulassung bedürfen, da sie bereits der (FINMA) Aufsicht unterstellt sind, gehören insbesondere die Banken, die Fondsleitungen, die Vermögensverwalterinnen und -verwalter kollektiver Kapitalanlagen nach dem Kollektiv-anlagengesetz, die Versicherungen sowie weitere im Ausland tätige Finanzintermediäre, welche der Aufsicht einer ausländischen Aufsichtsbehörde unterstehen. Es gilt jedoch darauf hinzuweisen, dass die durch die FINMA bewilligten Vertriebssträger von kollektiven Kapitalanlagen nicht von der Zulassungspflicht befreit sind.

c. Ausnahmen

Zudem sind weitere Personen gemäss Art. 48f Abs. 6 BVV 2 von der Zulassungspflicht ausgenommen. Dies sind insbesondere Personen, welche in einem Arbeitsverhältnis zu einer

Einrichtung der beruflichen Vorsorge stehen sowie Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, welche das Vermögen ihrer Verbandseinrichtung verwalten.

3. Wie wird eine Zulassung bei der OAK BV beantragt?

Lediglich unabhängige Vermögensverwalter, welche als juristische Personen und Personengesellschaften organisiert sind, können eine Zulassung beantragen. Einzelunternehmen werden nicht zugelassen.

Der unabhängige Vermögensverwalter, welcher eine Zulassung beantragt, hat nachzuweisen, dass er im Wesentlichen die folgenden Anforderungen erfüllt:

a. Geeignete betriebliche Organisation

Der Vermögensverwalter muss über eine für seine Tätigkeit geeignete Organisation verfügen. Diese hat der Grösse des Geschäftsbetriebs sowie dem Umfang der von ihm betreuten Risiken (verwaltete Vermögen, eingesetzte Anlagestrategien und ausgewählte Produkte) zu entsprechen. Was die Beurteilung der Angemessenheit der geeigneten Organisation anbelangt, so beabsichtigt die OAK BV nicht, sich an den strengen, von der FINMA entwickelten Zulassungskriterien zu orientieren, wie sie beispielsweise im Rahmen der Zulassung für Vermögensverwalter von Kapitalanlagen angewendet werden. Entsprechend können auch kleinere Strukturen die Anforderungen an eine geeignete Organisation erfüllen.

b. Finanzielle Verhältnisse

Des Weiteren muss die Vermögensverwaltungsgesellschaft von Vorsorgevermögen über gesunde finanzielle Verhältnisse verfügen. Auch in diesem Zusammenhang orientiert sich die OAK BV nicht an den Richtlinien der

FINMA, d.h. es bestehen keine Mindestanforderungen in Bezug auf das Kapital oder Eigenmittel. Die Beurteilung der finanziellen Verhältnisse erfolgt individuell gemessen an der jeweiligen Tätigkeit des Vermögensverwalters.

c. Persönliche und fachliche Voraussetzungen

Zudem müssen sämtliche Verwaltungsräte und Geschäftsführer sowie weitere Personen, welche eine Entscheidfunktion im Anlagebereich innehaben, einen guten Ruf genossen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Personen, welche Entscheide im Anlagebereich treffen können, müssen ausserdem über entsprechende fachliche Qualifikationen sowie eine praktische Erfahrung in der Verwaltung von fremden Vermögen von mindestens fünf Jahren verfügen.

d. Interessenskonflikte, Gleichbehandlung von Auftraggebern und Eigengeschäften

Der unabhängige Vermögensverwalter muss nachweisen, dass er über ein System verfügt, welches das Erkennen von Interessenskonflikten sowie die Einleitung allfälliger notwendiger Massnahmen in diesem Zusammenhang gewährleistet. Zudem ist er gehalten, bei der Anlage von Kundenvermögen auf die Gleichbehandlung zu achten, dies insbesondere im Rahmen von Sammelaufträgen für mehrere Auftraggeber. Für den Umgang in Bezug auf Eigengeschäfte hat der Vermögensverwalter interne Weisungen zu erlassen.

e. Der Vermögensverwaltungsvertrag

Die Vermögensverwaltungsverträge müssen den Bestimmungen des FINMA Rundschreibens 2009/I «Eckwerte zur Vermögensverwaltung» entsprechen. Insbesondere sind der Umfang der Befugnisse des Vermögensverwalters, die Anlageziele und -beschränkungen, die Rechenschafts-

ablage gegenüber dem Kunden sowie die Entschädigung des Vermögensverwalters vertraglich festzuhalten.

Auf zwei Besonderheiten im Zusammenhang mit der Verwaltung von Vermögen im Bereich der beruflichen Vorsorge ist an dieser Stelle noch hinzuweisen:

- Der Vermögensverwaltungsvertrag darf nicht vorsehen, dass der Vermögensverwalter Retrozessionen und/oder andere finanzielle Vorteile oder Zuwendungen, welche er im Rahmen seiner Tätigkeit von der Verwaltung von Vorsorgevermögen von Dritten erhält, behalten darf. Solche Zuwendungen sind zwingend an die Vorsorgeeinrichtungen weiterzuleiten.
- Setzt der Vermögensverwalter im Rahmen der Anlage von Vorsorgevermögen von ihm selbst verwaltete kollektive Anlagen ein, so darf er für die Verwaltung der kollektiven Anlagen einerseits und die Verwaltung des Vorsorgevermögens andererseits keine doppelte Entschädigung entgegennehmen.

f. Bestätigung eines Revisionsexperten

Liegen sämtliche notwendigen Zulassungsunterlagen vor, so hat ein zugelassener Revisor mittels eines Berichts zu bestätigen, dass die Organisation des Gesuchstellers geeignet und der Vermögensverwaltungsvertrag den Anforderungen der BV 2 sowie der Weisung entspricht.

4. Wie läuft das Zulassungsverfahren ab?

Das Gesuch um Zulassung muss mit dem offiziellen Gesuchsformular unter Beilage der erforderlichen Unterlagen bei der OAK BV eingereicht werden.

In zeitlicher Hinsicht sind die unabhängigen Vermögensverwalter, welche bereits eine provisorische Zulassung erhalten haben, angehalten, ihr Gesuch um definitive Zulassung bis spätestens

31. Juli 2014 einzureichen. Wird dies versäumt, so fällt die provisorische Zulassung dahin und der Vermögensverwalter darf keine Vermögen im Bereich der beruflichen Vorsorge mehr verwalten. Diejenigen unabhängigen Vermögensverwalter, welche künftig die Verwaltung von Vorsorgevermögen anstreben, müssen vor der Aufnahme dieser Tätigkeit über eine Zulassung verfügen.

Die OAK BV entscheidet über die Zulassung mittels Verfügung. Die Zulassung ist drei Jahre gültig und der Vermögensverwalter wird in die im Internet publizierte Liste der aktiven Vermögensverwalter in der beruflichen Vorsorge aufgenommen.

Wichtig an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die OAK BV keine laufende Aufsicht über die zugelassenen Vermögensverwalter ausübt. Sie ist aber berechtigt, jederzeit zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Zulassung noch erfüllt sind.

5. Fazit

Das Zulassungsverfahren wurde als eine Übergangslösung eingeführt um den unabhängigen Vermögensverwaltern weiterhin die Verwaltung von Vermögen von Einrichtungen der beruflichen Vorsorge zu ermöglichen, sofern sie das Gesuch um Zulassung rechtzeitig einreichen.

Künftig sollen die unabhängigen Vermögensverwalter aber dem neuen Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) sowie der laufenden Aufsicht der FINMA unterstellt und damit das Verfahren der Zulassung durch die OAK BV abgeändert bzw. gänzlich abgeschafft werden.

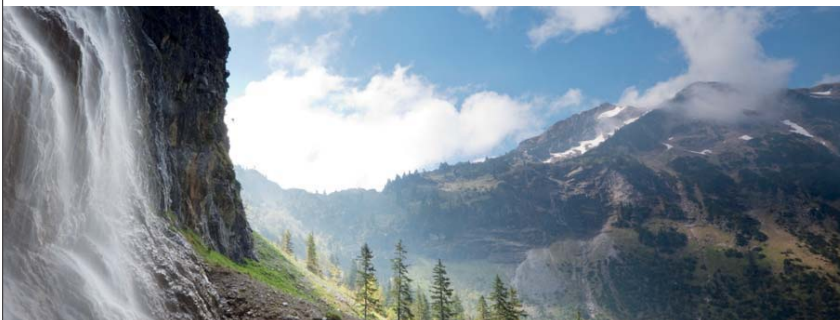
Der rechtliche Rahmen, in welchem sich Verwalter von Vermögen der beruflichen Vorsorge bewegen, wird sich deshalb schon bald (wieder) ändern. Entsprechend sind Vermögensverwalter von Vorsorgevermögen gut beraten, sich jetzt schon damit auseinanderzusetzen.



Melissa Gautschi ist als Rechtsanwältin in Zürich zugelassen und hat einen LL.M. der London School of Economics. Sie ist Partnerin bei ALTENBURGER LTD legal + tax, wo sie Co-Leiterin des Praxisteam Bankwesen & Finanzdienstleistungen des Zürcher Büros ist. Sie berät insbesondere im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen und ihrer Vermögensverwalter, Banken,

Versicherungen und andere Finanzintermediäre in regulatorischen wie auch in vertragsrechtlichen Belangen (Vertriebsverträge, Produkte, usw.).

ALTENBURGER



We embrace change

Experts in Financial Services

ALTENBURGER LTD legal + tax is a boutique law firm with offices in Geneva, Zurich and Lugano that has specialised in international business law for 35 years. We are a modern law firm with a highly qualified and experienced team of multilingual and multicultural lawyers and tax advisors, who distinguish themselves by their creative and pragmatic approach to finding new solutions meeting our clients' ever-evolving needs and interests.

We have acquired specialist knowledge and expertise in a variety of areas of Swiss and international law and taxation, including in the fields of financial services, insurance and banking, investment funds, asset management and corporate transactions. We pride ourselves in our reputation and peer recognition, as well as the long term relations we have built with local authorities, our clients and the local community.

As a corporation ourselves, we understand the need to find tailor-made solutions and value-added services that provide business certainty and practical outcomes.

Geneva:

Stéphanie Hodara El Bez
hodara@altenburger.ch

Zurich:

Leonhard Toenz
toenz@altenburger.ch

Melissa Gautschi
gautschi@altenburger.ch

www.altenburger.ch

Geneva Office
Rue Rodolphe-Toepffer 11bis
1206 Genève

T +41 58 810 22 33
F +41 58 810 22 35

Lugano Office
Piazza Rezzonico 6
6900 Lugano

T +41 58 810 22 44
F +41 58 810 22 45

Zurich Office
Seestrasse 39
8700 Küsnacht-Zürich

T +41 58 810 22 22
F +41 58 810 22 25