



Rapport explicatif

pour la consultation sur les

modifications d'ordonnances dans le cadre de la

réforme structurelle de la prévoyance professionnelle

Office fédéral des assurances sociales OFAS
12 novembre 2010

Table des matières

1	Introduction	5
1.1	Rappel des faits	5
1.2	Adaptations au niveau des ordonnances.....	7
1.2.1	Ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1).....	7
1.2.2	Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2).....	7
1.2.3	Ordonnance sur les fondations de placement (OFP)	7
2	Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle	7
2.1	Situation initiale.....	7
2.2	Tâches et compétences.....	7
2.2.1	Liste des tâches prévues par la loi	7
2.2.2	Besoin de réglementation de la part du Conseil fédéral	7
2.2.3	Délimitation des tâches.....	7
2.3	Organisation	7
2.4	Composition et nomination	7
2.5	Ressources du secrétariat	7
3	Commentaire de l'ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1)	7
4	Commentaire de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)	7
5	Ordonnance sur les fondations de placement (OFP)	7
6	Annexe	7
6.1	Liste des tâches du secrétariat de la Commission de haute surveillance.....	7
6.2	Fonctions transversales.....	7

1 Introduction

1.1 Rappel des faits

Le 19 mars 2010, l'Assemblée fédérale a adopté le projet de réforme structurelle de la prévoyance professionnelle.

Cette réforme renforce la surveillance, la gestion et la transparence dans le 2^e pilier et répond aussi aux demandes exprimées dans le cadre de la votation sur le taux de conversion.

- La haute surveillance sera séparée plus clairement de la surveillance directe des caisses de pensions et assumée par une commission indépendante, n'appartenant pas à l'administration fédérale centrale. Cette commission, appelée Commission de haute surveillance, disposera d'un secrétariat professionnel. Elle veillera à ce que la surveillance soit pratiquée partout de la même manière et garantira la stabilité du système du 2^e pilier. A cet effet, elle rendra des décisions et émettra des normes et directives, garantissant ainsi également la qualité. Elle pourra au besoin procéder à ses propres vérifications auprès des autorités de surveillance cantonales ou régionales et établir des rapports. Globalement, la haute surveillance aura une fonction plus active et pourra intervenir davantage par voie de réglementation.
- La position de la surveillance directe sera renforcée par une réglementation plus claire de ses tâches, de ses compétences et de ses instruments. La surveillance directe des institutions de prévoyance à caractère national ou international surveillées jusqu'ici par la Confédération sera à l'avenir du ressort des cantons et assurée par un établissement de droit public doté de sa propre personnalité juridique. Les cantons reprendront la surveillance directe de ces institutions dans les trois ans suivant l'entrée en vigueur de la loi révisée. D'importants travaux de coordination avec les cantons sont nécessaires pour assurer un passage sans problème au nouveau système de surveillance. Ils participent donc aux travaux de mise en œuvre dans le cadre d'un groupe d'accompagnement, d'entente avec la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations.
- La réforme structurelle introduit de nouvelles exigences concrètes en ce qui concerne l'intégrité et la loyauté des personnes chargées d'administrer l'institution de prévoyance ou sa fortune (bonne réputation, garantie d'une activité irréprochable et prévention des conflits d'intérêts). De plus, les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches devront être signalés à l'organe de révision dans l'annexe aux comptes annuels. En outre, le nom et la fonction des experts, des conseillers et des gestionnaires en placement devront figurer dans le rapport annuel. Les dispositions de bonne gouvernance auront d'autant plus de poids que de nouvelles dispositions pénales ont été introduites dans la LPP.

Le second projet adopté dans le cadre de la réforme structurelle prévoit des mesures pour faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi. Il a été adopté le 11 décembre 2009 et ne nécessite aucune disposition d'ordonnance.

La réforme structurelle sera mise en vigueur en trois étapes :

- 1^{er} janvier 2011 : dispositions visant à faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi ;
- 1^{er} juillet 2011 : dispositions sur la gouvernance et la transparence ;

- 1^{er} janvier 2012 : dispositions sur la structure de la surveillance (surveillance directe, haute surveillance, autres dispositions) ; c'est donc à partir de cette date-là que la Commission de haute surveillance sera opérationnelle.

La modification du 19 mars 2010 (réforme structurelle) est publiée dans la Feuille fédérale (FF) 2010 1841 et dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 117. La modification du 11 décembre 2009 (mesures destinées à faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi) est publiée dans la FF 2009 7939 et dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 117.

Le message du Conseil fédéral du 15 juin 2007 concernant la réforme structurelle est publié dans la FF 2007 5381.

1.2 Adaptations au niveau des ordonnances

La réforme structurelle fournit au Conseil fédéral les compétences réglementaires suivantes :

- Art. 53a LPP : édicter des dispositions sur l'admissibilité des affaires pour propre compte, ainsi que sur l'admissibilité des avantages financiers et sur l'obligation de déclarer ces avantages ;
- Art. 53k LPP : édicter des dispositions d'exécution sur les fondations de placement dans une nouvelle ordonnance consacrée à ces dernières ;
- Art. 64c, al. 3, LPP : déterminer les coûts de surveillance imputables, régler les modalités de calcul et fixer le tarif des émoluments de la Commission de haute surveillance ;
- Art. 65, al. 4, LPP : déterminer un capital de prévoyance initial et des prestations de garantie pour la création d'institutions de prévoyance collectives ou communes.

La réforme structurelle nécessite en outre quelques adaptations formelles et matérielles des différentes ordonnances relatives à la prévoyance professionnelle.

1.2.1 Ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1)

Le changement dans la structure de la surveillance décidé par la réforme structurelle entraîne toute une série de modifications de l'OPP 1 en vigueur : la surveillance ne sera plus exercée par la Confédération, autrement dit par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) ; la haute surveillance sera du ressort d'une commission indépendante ad hoc. De ce fait, toute la section consacrée à la surveillance doit être remaniée. La section relative à l'enregistrement des institutions de prévoyance subit elle aussi quelques modifications : les conditions requises pour la création d'institutions collectives ou communes sont actuellement réglées dans les directives du Conseil fédéral du 10 juin 2005 sur lesdites conditions ; ces directives ont pour base légale l'actuel art. 64 LPP, qui confère au Conseil fédéral, en sa qualité d'autorité de haute surveillance, la compétence d'adresser des directives aux autorités de surveillance. La réforme structurelle, par le nouvel art. 65, al. 4, LPP, crée la base légale permettant de fixer au niveau de l'ordonnance les conditions requises pour la création de ces institutions. Les directives sont par conséquent abrogées, et leur contenu est repris pour l'essentiel dans l'OPP 1, afin que lesdites conditions soient toutes regroupées au même endroit (système législatif).

Etant donné l'ampleur du besoin d'adaptation, sous l'angle tant formel que matériel, l'OPP 1 est soumise à une révision totale.

1.2.2 Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Les dispositions d'exécution relatives à la gouvernance et à la transparence sont adaptées. Outre le *front running*, le *parallel running* et l'*after running* seront par exemple interdits. De plus, les personnes et institutions travaillant pour l'institution de prévoyance devront lui restituer tous les avantages financiers obtenus du fait de l'exercice de ces activités. Toutes les personnes chargées de la gestion d'une institution ou de sa fortune devront déclarer chaque année par écrit à l'organe paritaire suprême (conseil de fondation) si elles ont respecté les prescriptions en matière de loyauté (obligation de déclarer). Enfin, la liste des frais administratifs à indiquer sera encore plus détaillée qu'aujourd'hui, afin d'assurer une meilleure transparence de ces frais dans les comptes annuels.

1.2.3 Ordonnance sur les fondations de placement (OFP)

La réforme structurelle a intégré les fondations de placement, sous leur propre titre, dans la LPP (art. 53g à 53k). L'art. 53k LPP contient une norme de délégation qui habilite le Conseil fédéral à édicter des dispositions :

- sur le cercle des placements ;
- sur l'augmentation et l'utilisation de la fortune de base ;
- sur la fondation, l'organisation et la dissolution ;
- sur les placements, l'établissement des comptes et la révision ;
- sur les droits des investisseurs.

Les dispositions correspondantes sont édictées dans une nouvelle ordonnance. Elles sont ainsi codifiées pour la première fois, mais elles s'inspirent pour l'essentiel de la pratique existante.

2 Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle

2.1 Situation initiale

L'un des objectifs principaux de la réforme structurelle est de renforcer le système de surveillance de l'application de la prévoyance professionnelle. A cette fin, une commission extraparlamentaire indépendante est créée pour exercer la haute surveillance. Celle-ci veillera à ce que les autorités de surveillance cantonales ou régionales aient toutes la même pratique de la surveillance. Elle doit garantir que le système de la prévoyance professionnelle dans son ensemble fonctionne de façon sûre et fiable. Pour cela, elle rendra des décisions, émettra des normes et directives, et procédera à des inspections et à des audits auprès des autorités de surveillance cantonales ou régionales. La Commission de haute surveillance contribuera ainsi dans une mesure déterminante à garantir la qualité du travail des acteurs de la prévoyance professionnelle. Globalement, la haute surveillance aura une fonction plus active et pourra intervenir davantage par voie de réglementation.

2.2 Tâches et compétences

2.2.1 Liste des tâches prévues par la loi

Art. 64a LPP

- Emettre des directives à l'adresse des autorités de surveillance afin de garantir que celles-ci exercent leur activité de manière uniforme (al. 1, let. a) ;
- examiner les rapports annuels des autorités de surveillance et procéder à des inspections auprès de ces dernières (al. 1, let. b) ;
- édicter les normes nécessaires à l'activité de surveillance (al. 1, let. c) ;
- décider de l'agrément et du retrait de l'agrément donné aux experts en matière de prévoyance professionnelle (al. 1, let. d) et tenir un registre des experts agréés (let. e) ;
- édicter un règlement concernant son organisation et sa gestion (al. 1, let. g) ;
- émettre des directives à l'intention des experts en matière de prévoyance professionnelle et des organes de révision (al. 1, let. f) ;
- exercer la surveillance directe sur le fonds de garantie, l'institution supplétive et les fondations de placement (al. 2) ;
- présenter chaque année un rapport d'activité au Conseil fédéral (al. 3).

Art. 74, al. 4, LPP

- Possibilité de recourir contre les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de prévoyance professionnelle / invitation par le Tribunal fédéral à donner son avis sur les décisions du Tribunal administratif fédéral contestées devant lui.

2.2.2 Besoin de réglementation de la part du Conseil fédéral

Doivent être réglés au niveau de l'ordonnance :

- les critères propres à garantir l'indépendance des membres de la Commission de haute surveillance, soit les conditions à remplir pour être nommé membre ;
- les coûts imputables à la surveillance, le mode de calcul des différentes taxes et le tarif des émoluments.

Il n'y a pas d'autres règles à fixer au niveau de l'ordonnance, car la définition des tâches de la Commission de haute surveillance est soit clairement fixée dans la loi, soit déléguée à la commission elle-même. Cela concerne notamment la mise en place et l'organisation de la commission, ainsi que l'exécution de la loi. La commission procède

à cette exécution par la compétence qui lui est accordée d'émettre des décisions et d'édicter des normes et des directives (p. ex. conditions à remplir pour être agréé en tant qu'expert en matière de prévoyance professionnelle, directives concernant la représentation paritaire, la liquidation partielle, les rétrocessions, l'interprétation des prescriptions relatives aux placements, ou encore le contenu des rapports annuels des autorités de surveillance directe).

La souplesse de cette réglementation correspond au renforcement du système de surveillance voulu par le législateur. La surveillance ne doit plus être axée avant tout sur la répression, mais suivre une approche prudentielle, fondée sur les risques. Elle doit par conséquent pouvoir réagir de façon rapide et efficiente aux incidents et aux questions soulevées par la pratique. Une pratique souple, efficiente et évolutive de la (haute) surveillance est indispensable face à l'importance économique et à la complexité croissante de la prévoyance professionnelle.

Le Conseil fédéral a la compétence de nommer la Commission de haute surveillance, d'en désigner le président et le vice-président, et d'en approuver le règlement concernant son organisation et sa gestion. La commission doit lui présenter chaque année un rapport d'activité.

2.2.3 Délimitation des tâches

- L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), conformément à sa fonction hiérarchique, reste responsable du développement du système, ainsi que de la préparation de la législation et de la politique dans le domaine de la prévoyance professionnelle (voir les art. 4 et 11 de l'ordonnance du 28 juin 2000 sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur [Org DFI]). Dans ces matières, la Commission de haute surveillance ne peut que donner des impulsions et apporter un soutien grâce à ses connaissances particulières. La commission communique avec le Conseil fédéral via l'OFAS.
- La création de la Commission de haute surveillance n'affecte en rien le mandat de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle en tant qu'organe consultatif du Conseil fédéral pour les questions relatives à la prévoyance professionnelle.

2.3 Organisation

La Commission de haute surveillance est une commission décisionnelle extraparlamentaire indépendante au sens de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) et de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA). Elle est composée de sept à neuf spécialistes indépendants, nommés par le Conseil fédéral, qui en désigne le président et le vice-président. Les partenaires sociaux disposent chacun d'un représentant. Un mandat dure quatre ans.

Pour son travail opérationnel, la commission dispose de son propre secrétariat professionnel, rattaché administrativement à l'OFAS.

La Commission de haute surveillance ne reçoit aucune directive du Conseil fédéral, qui n'exerce sur elle qu'une simple surveillance hiérarchique. Elle lui rend compte de son activité au moyen d'un rapport d'activité annuel. La commission fait partie de l'administration fédérale décentralisée. Elle doit veiller à son propre financement. Son indépendance financière est assurée par les taxes et les émoluments servant à financer la commission, son secrétariat, ainsi que les prestations fournies pour elle.

Les compétences de la Commission de haute surveillance comprennent l'édiction d'un règlement concernant son organisation et sa gestion, qui doit être approuvé par le Conseil fédéral. Ce règlement définit la répartition des tâches et des compétences entre la commission et son secrétariat. Sont également de la compétence de la commission les questions de stratégie et de principe, l'édiction de normes et de directives, ainsi que l'agrément et le retrait de l'agrément donné aux experts en matière de prévoyance professionnelle. Le secrétariat prépare les affaires de la commission, lui soumet des propositions et exécute ses décisions. Il traite les affaires courantes, notamment pour la surveillance directe, l'examen des rapports annuels des autorités de surveillance directe et les audits, et remplit la fonction d'interlocuteur pour les contacts avec la commission.

2.4 Composition et nomination

Les exigences déterminantes découlent de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), de la LOGA et de l'OLOGA, de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers) et de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers), ainsi que du rapport du Conseil fédéral du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération (rapport sur le gouvernement d'entreprise) et du rapport du Conseil fédéral du 25 mars 2009 complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise – mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national (principes directeurs compris).

Les membres de la Commission de haute surveillance doivent être des spécialistes indépendants (art. 64 LPP et commentaire). À l'exception des deux représentants des partenaires sociaux, ils sont désignés en tant qu'experts et non en tant que représentants d'associations. Dans le cas d'une autorité chargée de surveillance économique et de contrôle de la sécurité, l'indépendance est très importante pour assurer la confiance de la population dans une surveillance transparente. Cela vaut tout particulièrement pour la fonction de président de la commission, qui est pour cette raison exercée à plein temps. L'OFAS recommande au Conseil fédéral de désigner neuf membres, afin d'assurer à la fois l'indépendance et la compétence spécialisée de la Commission de haute surveillance.

Les autres membres de la commission continueront d'exercer des activités lucratives – surtout dans leur domaine de spécialité – en plus de leur fonction, qui représente environ 20 % d'un plein temps (40 % pour la vice-présidence). Cela découle de l'exigence que les membres de la commission soient des spécialistes, ce qui implique une expérience pratique. La définition des dispositions d'incompatibilité dans l'ordonnance revêt ainsi une grande importance.

Le profil de la Commission de haute surveillance en tant que tout résulte des tâches incombant à cette autorité. Ses membres doivent être en mesure de traiter d'égal à égal avec les organisations professionnelles et les autorités de surveillance. Ils doivent donc posséder les connaissances pertinentes pour cette branche (p. ex. solides connaissances du 2^e pilier, de son fonctionnement et de ses problèmes, du contexte politique, de l'administration de la fortune d'une institution, des thèmes relatifs à la surveillance et à la régulation). Ils doivent disposer aussi de connaissances spécialisées pertinentes (p. ex. gestion de fortune, gestion des risques, économie d'entreprise, marchés financiers, droit, communication) et de compétences sociales. Pour l'établissement du profil de la commission et de ses membres, voir aussi le profil type approuvé le 13 février 2010 par le Conseil fédéral conformément au principe directeur 5 du gouvernement d'entreprise.

Sous l'aspect du gouvernement d'entreprise, la nomination de la Commission de haute surveillance (présidence et membres) se fait au moyen d'une mise au concours publique. L'autorité procédant à la nomination est le Conseil fédéral ; il exerce ce droit sur la base du profil mentionné plus haut.

Le calendrier de mise en œuvre prévoit que les ordonnances d'exécution de la réforme structurelle (y compris les dispositions sur la transparence et la gouvernance) soient mises en consultation à la fin de 2010. Les nouvelles dispositions doivent entrer en vigueur, respectivement, le 1^{er} juillet 2011 (transparence et gouvernance) et le 1^{er} janvier 2012 (surveillance directe, haute surveillance, autres dispositions). Tout sera mis en œuvre pour que la Commission de haute surveillance puisse aussi être opérationnelle dès le 1^{er} janvier 2012. C'est pourquoi il est prévu que la nomination du président ou de la présidente et l'adoption des profils auront lieu à la mi-juin 2011, en même temps que l'adoption des ordonnances. Le processus de sélection de la présidence sera donc lancé sous peu, début 2011. Cette nomination anticipée doit permettre au président ou à la présidente de suivre la sélection de la commission et de son secrétariat et de prendre en main la préparation du règlement concernant l'organisation et la gestion de la commission. La nomination de la Commission de haute surveillance aura lieu à l'automne 2011. La sélection du secrétariat se fera à partir de l'automne 2011, également au moyen de mise au concours publiques (top-down).

2.5 Ressources du secrétariat

Le renforcement voulu du système de surveillance ne pourra être obtenu que si la Commission de haute surveillance peut assumer entièrement ses tâches. Pour ce faire, elle a notamment besoin d'un secrétariat professionnel et efficace qui dispose de spécialistes et des ressources nécessaires.

Dans le message du 15 juin 2007 sur la réforme structurelle, le besoin en postes pour la nouvelle autorité de haute surveillance (commission et secrétariat) a été évalué à 29,8 au total (5,8 pour la Commission de haute surveillance, 8 pour le secrétariat et 16 pour les fonctions transversales). Cette estimation ne comprend pas la surveillance directe des fondations de placement, nouvelle tâche attribuée à la Commission de haute surveillance au cours des débats parlementaires.

Dans le cadre des travaux de mise en œuvre de la réforme structurelle, l'OFAS a calculé les besoins en personnel pour la commission et son secrétariat sur la base d'une liste détaillée des tâches (voir annexe, ch. 6.1) incluant la surveillance directe des fondations de placement. Il est arrivé à un total de 28,8 postes : 2,8 pour la Commission de haute surveillance, 18 pour le secrétariat et 8 pour les fonctions transversales, c'est-à-dire pour des prestations que des unités administratives de l'OFAS (en particulier Statistiques, Mathématiques, Recherche, Service linguistique, Logistique, Ressources humaines) fournissent pour la haute surveillance. Une liste détaillée des fonctions transversales est donnée en annexe, au ch. 6.2.

La question des locaux qu'occuperont la Commission de haute surveillance et son secrétariat n'est pas encore réglée. Des solutions sont en préparation en collaboration avec l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL).

3 Commentaire de l'ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1)

Section 1 Champ d'application

Art. 1

L'art. 1 régit le champ d'application de l'ordonnance. Les prescriptions de celle-ci, pour autant qu'il n'existe pas de dispositions particulières y dérogeant, s'appliquent à toutes les institutions de prévoyance professionnelle, autrement dit aux institutions de prévoyance au sens strict (pratiquant le régime obligatoire, le régime surobligatoire, ou dont les prestations relèvent exclusivement de la liberté d'appréciation) comme aux institutions de libre passage, aux institutions du pilier 3a et aux fondations de placement.

Section 2 Autorités cantonales de surveillance

Art. 2 Autorités cantonales de surveillance

Il est précisé en introduction que le terme d'autorité cantonale de surveillance recouvre aussi bien l'autorité d'un seul canton que le concordat de surveillance formé par plusieurs cantons qui se sont regroupés en une région de surveillance.

L'al. 2 exige que la formation ou la modification d'une région de surveillance soit communiquée à la Commission de haute surveillance. A ce jour, les autorités de surveillance de Suisse centrale (Lucerne, Uri, Schwyz, Obwald, Nidwald et Zoug) et de Suisse orientale (Saint-Gall, les deux Appenzell, Glaris, Grisons et Thurgovie) se sont déjà constituées sous forme d'établissements de droit public dotés de la personnalité juridique.

Art. 3 Répertoire des institutions de prévoyance surveillées

Actuellement, les autorités de surveillance tiennent un registre de la prévoyance professionnelle dans lequel sont inscrites uniquement les institutions de prévoyance qui pratiquent le régime obligatoire LPP. Toutes les autres institutions (comme celles qui pratiquent exclusivement le régime surobligatoire, les institutions de libre passage, les institutions du pilier 3a ou les fondations de placement) ne figurent sur aucune liste. Il est donc actuellement difficile pour les personnes intéressées de voir où une institution de prévoyance professionnelle est surveillée. En pratique, il faut pour cela consulter un extrait du registre du commerce.

Désormais, ce ne seront plus seulement les institutions de prévoyance enregistrées, mais toutes les institutions soumises à une autorité de surveillance qui figureront dans un répertoire officiel (al. 1).

Ce répertoire sera divisé en deux parties (al. 2) :

La première correspondra au registre actuel de la prévoyance professionnelle prévu par l'art. 48 LPP et contiendra toutes les institutions de prévoyance qui pratiquent le régime obligatoire. Ce peut être des institutions ne pratiquant que ce régime, mais aussi des institutions dites enveloppantes (let. a).

La deuxième contiendra une liste de toutes les autres institutions soumises à l'autorité de surveillance, c.-à-d. des institutions non enregistrées (let. b).

L'al. 3 énumère les informations à inscrire dans le répertoire : pour chaque institution, il faut indiquer sa dénomination exacte et son adresse, ainsi que la date de la décision

de prise en charge de la surveillance. Dans la seconde partie, la liste des institutions qui ne pratiquent pas le régime obligatoire LPP, il faut indiquer encore le type d'institution, afin de mieux informer les profanes. Pour faciliter le maniement, ces institutions seront réparties grossièrement en trois catégories : institutions de libre passage, institutions du pilier 3a et institutions pratiquant la prévoyance surobligatoire. Cette dernière catégorie comprendra aussi les institutions dont les prestations relèvent exclusivement de la liberté d'appréciation, comme les fonds patronaux ou les fondations de financement.

L'al. 4, afin d'améliorer la transparence, énonce que le répertoire est public et consultable sur Internet.

Art. 4 Changement à l'intérieur du répertoire

Lorsqu'une institution ne pratique plus la prévoyance obligatoire, elle peut renoncer à l'enregistrement (art. 48, al. 3, let. b, LPP). Elle ne figurera plus alors que dans la deuxième partie du répertoire, la liste des institutions non enregistrées. L'al. 1 prévoit que, dans ce cas, elle doit demander à l'autorité de surveillance sa radiation du registre et son inscription dans la liste, et lui présenter un rapport final. L'autorité de surveillance peut ainsi vérifier si l'institution de prévoyance a rempli ses obligations. Ce n'est qu'une fois le rapport final approuvé que l'institution pourra être inscrite dans l'autre partie du répertoire.

En cas de changement d'autorité de surveillance suite à un changement de siège ou à la liquidation de l'institution de prévoyance, celle-ci sera radiée du répertoire de la première autorité de surveillance (al. 2). En cas de changement, elle sera inscrite dans le répertoire de la nouvelle autorité de surveillance au moment de la prise en charge de la surveillance. Dans ce cas aussi, l'institution de prévoyance doit présenter un rapport final à la première autorité de surveillance. C'est seulement lorsque cette dernière a approuvé ledit rapport que la radiation du répertoire et l'éventuel changement d'autorité de surveillance peuvent avoir lieu.

Section 3 Haute surveillance

Art. 5 Indépendance des membres de la Commission de haute surveillance

Aux termes de l'art. 64, al. 1, 2^e phrase, LPP, les membres de la Commission de haute surveillance doivent être des spécialistes indépendants. Selon le message sur la réforme structurelle, l'exigence d'indépendance doit être précisée au niveau de l'ordonnance (FF 2007 5418). Etant donné que la commission est un organe de surveillance, les exigences posées en matière d'indépendance revêtent une grande importance.

Al. 1 : le fonds de garantie, l'institution supplétive et les fondations de placement sont surveillés directement par la Commission de haute surveillance. De ce fait, les personnes qui exercent une fonction ou un mandat pour ces institutions ne sont pas éligibles en tant que membres de la commission (let. a). Cette disposition s'applique notamment aux organes de révision et aux experts mandatés par ces institutions, ainsi qu'aux personnes qui exercent un mandat d'administration ou de gestion de fortune pour celles-ci.

Le message (FF 2007 5402) exige que les membres de la Commission de haute surveillance soient désignés en tant qu'experts et non en tant que représentants d'associations. Par conséquent, les membres du comité ou de la direction d'associations actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle ne peuvent pas être membres de la commission (let. b). Il y a toutefois une exception à cette règle

pour les deux représentants des partenaires sociaux au sens l'art. 64 LPP. En revanche, la simple appartenance à une telle association ne constitue pas un obstacle. Ainsi, les membres de l'organe suprême ou de la gestion d'une institution de prévoyance, ou encore les réviseurs ou l'expert en matière de prévoyance professionnelle, sont évidemment éligibles, à condition de ne pas être membres du comité ou de la direction d'une telle association.

La Commission de haute surveillance doit œuvrer pour la prévoyance professionnelle, c'est-à-dire agir dans l'intérêt des institutions de prévoyance et des assurés. Or, les banques, les assurances et les autres sociétés qui sont actives dans la prévoyance professionnelle et qui concluent des contrats avec les institutions de prévoyance ont des intérêts différents de ceux des institutions de prévoyance et des assurés. Pour éviter des conflits d'intérêts, il faut que la Commission de haute surveillance ne compte aucun membre de la direction ou du conseil d'administration de ces entreprises parmi ses propres membres (let. c).

D'après le message (FF 2007 5402), les membres de la commission ne peuvent être actifs dans aucun organe des autorités de surveillance cantonales. Cela va de soi puisque ces dernières sont contrôlées par la Commission de haute surveillance et qu'elles ne peuvent évidemment pas se surveiller elles-mêmes. Cette règle vaut aussi pour les organes des autorités régionales de surveillance. Les employés de l'administration ne peuvent pas non plus devenir membres de la commission (let. d). Par la création de la Commission de haute surveillance, on a voulu retirer à l'administration fédérale la haute surveillance du 2^e pilier. Il ne serait donc pas cohérent de permettre à des employés de l'administration fédérale ou d'une administration cantonale de devenir membres de la commission.

Les membres d'un exécutif cantonal ne peuvent pas non plus être désignés membres de la commission (let. e). Ils pourraient en effet se trouver pris dans un conflit d'intérêts lorsqu'il s'agit de contrôler une autorité cantonale de surveillance.

Les juges en matière d'assurances sociales ne sont pas éligibles en tant que membres de la Commission de haute surveillance, conformément au principe de la séparation des pouvoirs (let. f).

Une double fonction au sein de la Commission LPP et de la Commission de haute surveillance n'est pas opportune (let. g). Le message (FF 2007 5402) indique explicitement que ces deux fonctions ne sont pas conciliables.

Al. 2 : malgré les règles d'incompatibilité fixées par l'al. 1, il peut arriver que des membres de la Commission de haute surveillance se trouvent confrontés, dans un cas particulier, à un conflit d'intérêts dans leurs relations d'affaires ou sur le plan privé. Dans ce cas-là, le membre concerné doit se récuser et renoncer à traiter l'affaire en question. Le règlement de gestion de la commission concrétisera ce qu'il faut comprendre par conflits d'intérêts dans un cas particulier. Le principe de la récusation obligatoire doit toutefois être ancré dans l'ordonnance.

Art. 6 Coûts de la haute surveillance

Les coûts de la haute surveillance sont générés par deux tâches différentes (al. 1) : la haute surveillance exercée sur les autorités cantonales de surveillance et sur le système de la prévoyance professionnelle (art. 64a, al. 1, LPP) et la surveillance directe du fonds de garantie, de l'institution supplétive et des fondations de placement (art. 64a, al. 2, LPP). Ils comprennent aussi les prestations fournies par l'OFAS pour la commission et son secrétariat.

Conformément à l'art. 64c, al. 3, LPP, le Conseil fédéral a la compétence de régler en détail le tarif des taxes et des émoluments que la commission perçoit auprès des autorités de surveillance, des fondations de placement, de l'institution supplétive et du fonds de garantie. Les taxes et les émoluments doivent couvrir entièrement les coûts que l'exercice de leurs tâches occasionne à la commission et à son secrétariat. Les tarifs sont revus périodiquement, et adaptés si la couverture des coûts n'est pas garantie (al. 2).

Sont soumis au régime des taxes et émoluments les autorités de surveillance (art. 7), les fondations de placement, l'institution supplétive et le fonds de garantie (art. 8), ainsi que les experts en matière de prévoyance professionnelle agréés par la commission.

Art. 7 Taxe de surveillance due par les autorités de surveillance

Conformément à l'art. 64c, al. 2, let. a, LPP, la taxe annuelle de surveillance perçue auprès des autorités de surveillance est fonction du nombre d'institutions de prévoyance surveillées et du nombre d'assurés. Du fait que la Commission de haute surveillance surveille le système de la prévoyance professionnelle en tant que tout, elle est utile à tous les assurés participant au système. C'est pourquoi tous les assurés, aussi bien actifs que bénéficiaires de rentes de vieillesse, d'invalidité ou de survivants, sont impliqués dans le financement.

Etant donné les coûts à attendre pour la haute surveillance exercée sur les autorités de surveillance et pour la surveillance du système, le tarif de la taxe due par les autorités de surveillance est le suivant (al. 1) :

- 300 francs par institution de prévoyance surveillée ;
- 1 franc par assuré de l'institution de prévoyance surveillée.

La facture est présentée aux cantons neuf mois après la clôture de l'exercice (al. 2). La mise en fonction de la Commission de haute surveillance est prévue pour le 1^{er} janvier 2012. La première facture, relative à la taxe annuelle due pour l'exercice 2012, sera ainsi présentée au 30 septembre 2013, soit à terme échu l'année suivante. Le calcul du montant facturé par autorité de cantonale surveillance est effectué par la commission avec pour date de référence le 31 décembre. Les coûts de mise en place de la commission pour 2011 sont supportés par la Confédération. A partir de 2012, les coûts sont entièrement couverts par la taxe de surveillance et les émoluments.

Art. 8 Taxe de surveillance due par le fonds de garantie, l'institution supplétive et les fondations de placement

Pour le fonds de garantie, l'institution supplétive et les fondations de placement, un émolument annuel de surveillance est actuellement perçu par la surveillance directe de la Confédération, autrement dit par l'OFAS (ABV), conformément aux art. 2 et 3 de l'ordonnance instituant des émoluments pour la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle (OEPP). A partir du 1^{er} janvier 2012, la surveillance directe de ces institutions sera transférée à la Commission de haute surveillance. Les règles de calcul actuelles de l'OEPP doivent donc être adaptées comme suit :

Etant donné les coûts à attendre pour la surveillance directe exercée sur le fonds de garantie, l'institution supplétive et les fondations de placement, le tarif de la taxe due par ces institutions est le suivant :

- une taxe sur la base de leur fortunes selon un tarif échelonné, mais au plus 125 000 francs (al. 1) ;

- une taxe supplémentaire, perçue auprès des fondations de placement, de 1000 francs par compartiment d'investissement, c.-à-d. par groupe de placements (al. 2).

La taxe supplémentaire perçue auprès des fondations de placement se justifie par le fait que la surveillance doit contrôler séparément chaque groupe de placements, et donc que le nombre de groupes de placement influe directement sur le volume de l'activité de surveillance.

Art. 9 Emoluments ordinaires

L'art. 9 contient le tarif des émoluments pour les mesures ordinaires. Il correspond pour la majeure partie au tarif actuel prévu par l'OEPP à son art. 4. Ont été supprimés les émoluments pour l'enregistrement (let. b actuelle), pour la modification ou la radiation d'une inscription au registre (let. c actuelle) et pour la liquidation partielle (let. h actuelle), car ces tâches ne relèvent plus de la haute surveillance.

La let. c fixe la taxe pour les examens de règlements. Cela comprend non seulement l'examen du règlement de fondation, mais aussi celui de règlements spéciaux tels que directives de placement ou règlement d'organisation et de gestion. La let. g fixe le tarif pour les mesures de surveillance, qui est également appliqué aux autorités de surveillance cantonales et régionales.

La let. h fixe la taxe pour l'agrément donné à l'expert en matière de prévoyance professionnelle.

Les émoluments sont calculés d'après le temps de travail nécessaire, le tarif appliqué étant de 250 francs l'heure (al. 3).

Art. 10 Emolument extraordinaire

L'émolument dû pour des mesures ou contrôles extraordinaires pourra être perçu auprès des autorités de surveillance (al. 1), des fondations de placement, de l'institution supplétive et du fonds de garantie (al. 2).

Art. 11 Ordonnance générale sur les émoluments

Pour des raisons de lisibilité, la présente ordonnance ne règle pas tous les aspects des émoluments. C'est pourquoi l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments, qui fixe les principes selon lesquels l'administration fédérale perçoit des émoluments pour ses décisions et ses prestations de service, est déclarée applicable.

Sur la base des dispositions d'ordonnance applicables, le financement de la Commission de surveillance, de son secrétariat et des prestations transversales fournies pour eux par l'OFAS sera couvert comme suit :

Coûts budgétés pour la haute surveillance

Charges salariales commission et secrétariat (sans charges d'employeur)	4'856'000
Charges d'employeur, secrétariat	922'640
Frais liés aux postes de travail, secrétariat	486'240
Frais divers (formation continue, frais, expertises, etc.)	550'000

Coûts de la haute surveillance **6'814'880**

Réserve 5 % 340'744

Total des coûts **7'155'624**

Financement de la haute surveillance

Taxe due par les autorités de surveillance (art. 7)¹	<u>Nombre</u>	<u>Montant²</u>	<u>Total</u>
Institutions de prévoyance (al. 1, let. a)	2'400	300	720'000
Assurés, y c. bénéficiaires de rente (al. 1, let. b)	4'511'402	1	4'511'402
			<u>5'231'402</u>

	<u>Fortune (CHF)</u>	
Taxe due par le fonds de garantie, l'institution supplétive et les fondations de placement (art. 8)	91'079'434'683	1'894'222

Emoluments (art. 9 et 10) 30'000

Financement total **7'155'624**

¹ Assurés, bénéficiaires de rente et institutions de prévoyance (chiffres arrondis) : Statistique des caisses de pensions 2008, OFS.

² Montant pour les institutions de prévoyance = chiffre arrondi.

Section 4 Dispositions applicables à la création d'institutions de prévoyance professionnelle

Art. 12 Documents à soumettre à l'autorité de surveillance avant la création de l'institution

L'art. 6 OPP 1 en vigueur fixe les conditions requises pour l'enregistrement d'une institution de prévoyance et l'art. 7 OPP 1 précise quels documents doivent actuellement être joints à la demande d'enregistrement. Mais comme la plupart de ces exigences se recoupent avec celles posées par les directives du Conseil fédéral du 10 juin 2005 sur les conditions requises pour la création d'institutions collectives ou communes (FF 2005 4013), l'intégration desdites directives dans l'ordonnance justifie de préciser désormais à l'art. 2, al. 2, quels documents doivent être présentés par toutes les institutions de prévoyance ou servant à la prévoyance professionnelle. A l'avenir, ces documents seront nécessaires non seulement pour l'enregistrement mais aussi pour la prise en charge de la surveillance. Ces prescriptions valent tant pour les institutions de prévoyance que pour les institutions servant à la prévoyance professionnelle. Pour des raisons pratiques, les justificatifs requis sont désormais énumérés dans un seul et même article.

L'al. 1 prévoit que les fondateurs doivent présenter à l'autorité de surveillance, avant l'authentification officielle de l'acte de fondation ou des statuts, tous les documents nécessaires. Dorénavant, l'institution de prévoyance devra présenter tous les documents à l'autorité de surveillance pour examen préalable avant d'entreprendre les démarches pour l'authentification de l'acte de fondation ou des statuts (par un notaire ou une autre personne habilitée à dresser un acte authentique) ou pour l'inscription au

registre du commerce. Cette disposition vise à empêcher que des institutions déploient une activité importante avant d'être soumises à une autorité de surveillance LPP.

L'al. 2 précise quels documents doivent être présentés à l'autorité de surveillance. Les let. a à d correspondent au ch. 3, al. 2, des directives susmentionnées.

La let. e est le corollaire des art. 67 LPP et 43 OPP 2 et du ch. 43 des directives, qui exigent une réassurance dans certaines situations.

La déclaration d'acceptation de l'organe de révision et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle (let. f) permet aux autorités de surveillance de vérifier si les institutions de prévoyance se sont conformées aux obligations définies à l'art. 52a, al. 1, LPP. Il est apparu en pratique que la simple annonce de ces deux organes de contrôle par l'institution n'offrait pas la garantie qu'ils assument effectivement leur mandat. Dans quelques cas, il s'est avéré qu'ils n'avaient pas même été informés qu'ils devaient assurer le mandat d'organe de révision ou d'expert. C'est pourquoi les autorités de surveillance doivent demander à ces préposés de leur remettre une déclaration d'acceptation.

La let. g exige que le projet des contrats de gestion (direction comprise) et d'administration de la fortune soit présenté à l'autorité de surveillance, ce qui est nouveau. Si l'institution remplit elle-même les tâches de gestion (direction comprise) et d'administration de la fortune, elle lui remettra un projet de contrat de travail (let. h). L'autorité de surveillance a besoin de ces documents pour s'assurer que l'institution à créer ne sera pas soumise à des conflits d'intérêts systématiques.

L'al. 3 énumère les documents à remettre à l'autorité de surveillance pour que celle-ci puisse procéder à la vérification des garanties.

Art. 13 Examen par l'autorité de surveillance

L'al. 1 prévoit que l'autorité de surveillance vérifie, avant la création de l'institution, la conformité de l'organisation prévue, de la gestion et du placement de la fortune, et examine en particulier si les mesures requises pour éviter les conflits d'intérêts ont été prises. Ce sont là des tâches qui incombent en principe à l'organe de révision au sens de l'art. 52c LPP. Toutefois, le premier examen ordinaire par l'organe de révision a lieu seulement après la première année comptable, soit après plus d'un an. Or, une organisation insuffisante, une violation des prescriptions sur la loyauté ou un conflit d'intérêts peuvent causer auparavant déjà un dommage considérable à l'institution de prévoyance. Il s'agit là d'exigences élémentaires ; leur respect doit par conséquent être assuré dès la création de l'institution et donc être vérifié la première fois par l'autorité de surveillance. C'est là un moyen supplémentaire de s'assurer qu'il ne se créera pas d'institution de prévoyance ou d'institution servant à la prévoyance professionnelle qui ne satisfait pas aux exigences légales.

L'al. 2 reprend les dispositions des art. 6, let. a, et 7, al. 1, let. e, OPP 1 en vigueur, ainsi que du ch. 3, al. 3, des directives susmentionnées.

Lors de la création d'une institution de prévoyance, l'autorité de surveillance doit aussi procéder à une vérification des garanties offertes par les responsables de l'institution au sens de l'art. 51b LPP. L'art. 13 ne définit pas ce que la loi entend par les termes de « bonne réputation » et d'« activité irréprochable ». Aucune autorité de surveillance procédant à la vérification des garanties n'a édicté non plus de texte offrant une définition de ces termes, et cela pour une bonne raison : une autorité de surveillance ou d'autorisation ne peut pas juger de façon générale, indépendamment des

circonstances concrètes, des garanties offertes pas une personne. Elle doit toujours tenir compte de la fonction spécifique que le « titulaire de garantie » est appelé à occuper au sein de l'institution. Il se peut tout à fait qu'une personne offre, dans une situation donnée, la « garantie » requise pour une fonction, mais pas pour une autre.

Pour cette raison, l'al. 3 n'énumère que les éléments à prendre particulièrement en compte dans cet examen : les condamnations pénales dont l'inscription au Casier judiciaire suisse n'a pas été radiée, ainsi que l'existence d'actes de défaut de biens. Etant donné que les procédures judiciaires ou administratives peuvent durer plusieurs années, il faut tenir compte non seulement des procédures closes, mais aussi des procédures pendantes.

Art. 14 Rapports après la création de l'institution

L'art. 14, qui prévoit que l'autorité de surveillance peut, après la création de l'institution de prévoyance, exiger au besoin des rapports d'activité à des échéances inférieures à un an, constitue une simple concrétisation de l'art. 62a LPP. Celui-ci autorise l'autorité de surveillance à demander en tout temps à l'organe suprême de l'institution de prévoyance, à l'expert en matière de prévoyance professionnelle ou à l'organe de révision de lui fournir des renseignements ou de lui remettre des documents pertinents.

Section 5 Dispositions particulières applicables à la création d'institutions collectives ou communes

L'art. 65, al. 4, LPP confère au Conseil fédéral la compétence de fixer un capital initial et des prestations de garantie pour la création d'institutions collectives ou communes. Jusqu'à présent, ces deux conditions étaient exigées par les directives du Conseil fédéral déjà citées, du 10 juin 2005 (FF 2005 4013). Ces directives sont destinées aux autorités de surveillance, mais elles ont aussi des conséquences pour les institutions collectives ou communes en cours de fondation. C'est pourquoi, selon le message sur la réforme structurelle, il doit être mentionné explicitement dans la LPP que le Conseil fédéral peut poser des exigences minimales de nature financière. Le message précise également que la mise en œuvre doit être réglée dans l'OPP 1 (FF 2007 5421).

Les articles qui suivent reprennent pour l'essentiel les principes posés par les directives susmentionnées. Par souci de sécurité du droit et de systématique législative, toutes les exigences en matière de création d'institutions collectives ou communes ont été regroupées dans l'OPP 1. Vu leur reprise dans l'ordonnance (dans la mesure du nécessaire), les directives peuvent être abrogées.

Les conditions supplémentaires ci-après ne concernent pas les institutions d'associations professionnelles.

Art. 15 Documents supplémentaires à remettre à l'autorité de surveillance avant la création de l'institution

L'art. 15 définit les documents que les institutions collectives ou communes doivent remettre à l'autorité de surveillance en plus de ceux fixés à l'art. 12, al. 2 et 3.

Les contrats d'affiliation (let. a) n'existent que pour les institutions qui comptent plusieurs employeurs affiliés. Les exigences concernant le capital initial et la déclaration de garantie (let. b et c) ne concernent, conformément au texte de loi (art. 65, al. 4, LPP) que les institutions collectives ou communes. Le plan d'affaires (let. d) est une condition reprise des directives, qui ne doit donc elle aussi concerner que les institutions collectives ou communes.

Les let. b et c correspondent matériellement aux ch. 41 et 42 des directives et sont le corollaire direct de l'art. 65, al. 4, LPP. Pour la preuve du versement du capital initial, l'autorité de surveillance peut exiger des justificatifs concrets.

Les exigences relatives au plan d'affaires (let. d) ne sont plus formulées explicitement comme c'était le cas dans les directives (ch. 3, al. 2, let. c). L'autorité de surveillance a ainsi la marge de manœuvre nécessaire pour exiger des indications supplémentaires qu'elle juge particulièrement importantes, ou pour ne pas en demander d'autres, moins importantes. Mais le plan d'affaires doit contenir au moins des indications sur les perspectives de croissance, sur l'organisation (si on ne les trouve pas dans le règlement d'organisation), sur les concepts de financement, de placement et de marketing, ainsi qu'une analyse des risques d'assurance et des risques techniques.

Art. 16 Activité avant la prise en charge de la surveillance

L'art. 16 précise que l'institution collective ou commune n'est pas autorisée à conclure des contrats ou des conventions d'affiliation tant que l'autorité de surveillance n'a pas rendu sa décision de prise en charge de la surveillance. Le but de cette restriction est la protection des assurés et le respect des exigences légales minimales, qui ne peuvent être garantis qu'à partir du moment où la surveillance de l'institution de prévoyance devient effective.

Art. 17 Capital initial

L'art. 17 régit le capital initial et correspond au chiffre 41, al. 1, des directives. Cette disposition introduit cependant la nouveauté suivante : à l'avenir, l'existence d'un capital initial suffisant sera contrôlée dès l'examen préalable et non plus au moment de la prise en charge de la surveillance. L'autorité de surveillance pourra alors se baser sur l'ensemble des documents qui lui ont été présentés (plan d'affaires, règlements, contrats d'assurance, etc.). Le capital initial doit garantir la phase de démarrage de l'institution, c.-à-d. couvrir au moins les dépenses des deux premières années.

Art. 18 Garantie

L'art. 18, qui traite de la garantie, reprend le ch. 42 des directives, avec toutefois comme nouveauté le fait que cette condition sera contrôlée dès l'examen préalable.

Le ch. 42, al. 2, 2^e phrase, des directives donne à l'autorité de surveillance la possibilité de libérer la banque ou l'assurance de son obligation de garantie avant l'échéance de la durée contractuelle. Cette possibilité sera dorénavant supprimée, car ni l'institution de prévoyance ni l'autorité de surveillance ne peuvent prévoir avec certitude s'il faudra ou non recourir à la garantie. De plus, une telle libération anticipée serait en contradiction avec les nouvelles dispositions sur la gouvernance.

L'obligation de disposer d'une garantie tombe lorsque l'institution de prévoyance a conclu un contrat d'assurance couvrant l'ensemble des risques, non résiliable, pour une durée d'au moins cinq ans (al. 3). Cette disposition sert à garantir que le contrat d'assurance ne puisse être résilié avant terme, p. ex. parce que les primes n'ont pas été payées. Sinon, le but visé pourrait être contourné et le contenu de cette disposition serait vidé de son sens.

Art. 19 Parité au sein de l'organe suprême

Actuellement, les directives (ch. 51) précisent qu'il n'y a pas conformité à l'art. 51 LPP si l'organe paritaire suprême ne se compose que de deux membres. Toutefois, en pratique, de nombreuses institutions collectives ou communes ont beaucoup de peine à trouver suffisamment de membres pour composer cet organe. Le problème est encore plus aigu lors de la phase de création, quand il y a encore peu de contrats

d'affiliation conclus. C'est pourquoi il a été décidé de ne pas fixer un nombre minimal de membres dans l'ordonnance. Par contre, le nouvel art. 19 précise que des élections paritaires doivent avoir lieu dès que 50 employeurs sont affiliés à l'institution, mais au plus tard deux ans après la décision de prise en charge de la surveillance, cela afin d'assurer la mise en œuvre des dispositions sur la gestion paritaire dans un laps de temps prévisible. Ces valeurs sont fondées sur la pratique actuelle de la surveillance de la Confédération.

L'exigence posée par le ch. 52, al. 1, des directives (gestion et structure de l'institution collective ou commune) concernant la formation requise pour être directeur d'une caisse de pensions est reprise à l'art. 48f OPP 2 (dans le cadre des dispositions sur la gouvernance) et s'applique désormais à toutes les institutions de prévoyance.

La vérification de l'informatique (ch. 52, al. 2, 2^e phrase, des directives) n'est plus réglée expressément, car un tel contrôle s'est avéré irréaliste et impraticable. Sur la base de la nouvelle disposition de l'art. 2, al. 4, OPP 1, l'autorité de surveillance pourra toutefois vérifier si l'organisation prévue (qui inclut aussi l'informatique) est conforme aux dispositions légales et si elle est suffisante.

Art. 20 Modification de l'activité

L'art. 20 reprend une partie du ch. 22 des directives, qui vise à protéger les assurés : si une institution collective ou commune existante opère des changements importants dans ses activités, cela peut avoir des conséquences sur la poursuite de ces activités. L'institution de prévoyance doit donc en informer l'autorité de surveillance. Celle-ci demande la preuve que ces activités pourront se poursuivre sur des bases solides même une fois les changements opérés. Peuvent notamment constituer un changement important une forte diminution ou une forte augmentation du nombre d'affiliations ou du nombre d'assurés dans un laps de temps réduit. Une telle variation peut être indépendante de l'action de l'institution, mais elle peut aussi en dépendre. On peut imaginer par exemple qu'une institution comptant de nombreuses affiliations défavorables crée une nouvelle institution et y transfère les affiliations lucratives, laissant les autres dans l'ancienne. En cas d'insolvabilité, le fonds de garantie devrait alors intervenir. Pour éviter qu'un tel cas ne se présente, l'institution doit fournir la preuve que les activités de la caisse où se trouvent les assurés restants pourront se poursuivre.

Section 6 Dispositions particulières applicables à la création de fondations de placement

Art. 21 Documents supplémentaires à remettre à l'autorité de surveillance avant la constitution de la fondation

L'art. 21 fixe les documents supplémentaires que les fondations de placement doivent, avant leur création, remettre à l'autorité de surveillance (en l'occurrence, à la Commission de haute surveillance). Outre les documents et indications énumérés à l'art. 12, al. 2 et 3, elles devront lui présenter un plan d'affaires (let. a) et les projets de prospectus (let. b) requis pour les groupes de placements au sens de l'art. 37, al. 2 et 3, de l'ordonnance sur les fondations de placement (OFP). Le plan d'affaires doit notamment contenir des indications sur le marché cible, sur le volume de placements visé, sur le budget des frais d'administration, ainsi que sur les émoluments et les commissions.

Art. 22 Capital de dotation

Lors de la constitution de la fondation, le capital de dotation (affectation de biens au sens de l'art. 80 CC) se monte à 100 000 francs au moins, comme dans le droit des

sociétés anonymes. Le capital de dotation est le fondement de la fortune de dotation et constitue un poste au passif du bilan de celle-ci.

Section 7 Dispositions finales

Art. 23 Abrogation du droit en vigueur

Al. 1 : l'OPP 1 actuelle doit être formellement abrogée en raison de la présente révision totale.

Al. 2 : l'actuelle ordonnance réglant les émoluments perçus par l'OFAS au titre de la surveillance directe de la Confédération, l'OEPP, restera applicable durant la période transitoire, soit jusqu'à fin 2014, car la surveillance exercée par l'OFAS comprendra encore la surveillance d'institutions de prévoyance. Au 31 décembre 2014 au plus tard, tous les dossiers d'institutions de prévoyance auront été transférés aux autorités de surveillance cantonales. L'OEPP sera donc abrogée au 31 décembre 2014.

Al. 3 : les directives du Conseil fédéral sur les conditions requises pour la création d'institutions collectives ou communes sont abrogées, car une grande partie de leur contenu a été transférée dans la nouvelle OPP 1 ou dans l'OPP 2.

Art. 24 Modification du droit en vigueur

L'ordonnance sur le registre du commerce est modifiée en annexe.

Art. 25 Dispositions transitoires

Al. 1 : d'après l'art. 1 OPP 1 en vigueur, l'autorité de surveillance est un service cantonal central. Or, cette disposition n'est plus compatible avec l'art. 61, al. 3, LPP introduit par la réforme structurelle, selon lequel l'autorité de surveillance doit être un établissement de droit public doté de la personnalité juridique et n'être soumise à aucune directive. La Commission de haute surveillance doit être informée de sa constitution en établissement de droit public afin d'avoir une vue d'ensemble de l'application de l'art. 61, al. 3, LPP.

Al. 2 : l'OFAS doit transférer les institutions placées sous sa surveillance aux nouvelles autorités de surveillance dans les trois ans qui suivent l'entrée en vigueur de la réforme structurelle. Tant qu'une institution demeure soumise à la surveillance de l'OFAS durant cette période transitoire, l'OEPP reste applicable pour la détermination des émoluments.

Al. 3 : le transfert de la surveillance, pour une institution donnée, de l'OFAS à la nouvelle autorité de surveillance se fait par une décision de transfert et peut aussi intervenir en cours d'exercice. Dans ce cas, l'OFAS perçoit auprès de cette institution l'émolument annuel de surveillance prévu par l'ancien droit pro rata temporis pour la période du 1^{er} janvier à la date de la décision de transfert. En dérogation à l'art. 2, al. 4, OEPP, l'OFAS doit pouvoir encaisser cet émolument au moment du transfert. Cette manière de faire se justifie du fait que l'OFAS, après le transfert de la surveillance, n'aura plus de contact avec l'institution de prévoyance en question. Par ailleurs, les activités du centre de compétence Surveillance prévoyance professionnelle diminueront régulièrement jusqu'à sa dissolution prévue pour fin 2014. La dernière facture de l'OFAS pour tous les émoluments qui lui sont dus et qui n'ont pas encore été facturés est par conséquent établie en même temps que la décision de transfert.

Al. 4 : pour la période durant laquelle les institutions de prévoyance sont encore soumises à la surveillance directe de l'OFAS bien que le nouveau droit soit déjà en vigueur, l'OFAS (comme les autorités cantonales de surveillance) doit à la Commission

de haute surveillance la taxe annuelle de surveillance prévue à l'art. 7 et peut la percevoir auprès des institutions de prévoyance concernées.

L'al. 5 règle les modalités formelles du transfert de l'activité de surveillance directe de la Confédération aux autorités cantonales de surveillance. Les institutions de prévoyance surveillées par l'OFAS (à l'exception du fonds de garantie, de l'institution supplétive et des fondations de placement) doivent passer dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi, c'est-à-dire d'ici au 31 décembre 2014, aux autorités de surveillance cantonales ou régionales. Le fonds de garantie, l'institution supplétive et les fondations de placement sont soumis depuis le 1^{er} janvier 2012 à la surveillance de la Commission de haute surveillance (art. 64a, al. 2, LPP). Pour le transfert, l'OFAS tient compte des capacités des autorités de surveillance, notamment sous l'angle temporel, ceci afin de garantir que l'activité de surveillance ne subisse pas de baisse de qualité durant la phase délicate de la période transitoire. Le transfert concerne une dizaine d'autorités de surveillance. La décision de transfert contient la date à laquelle la surveillance est transférée à la nouvelle autorité.

Pour simplifier la procédure et pour exclure les lacunes de surveillance, les offices du registre du commerce pourront rayer du registre l'OFAS en tant qu'autorité de surveillance en même temps qu'ils y inscrivent la nouvelle autorité de surveillance nommée dans la décision exécutoire.

Art. 26

L'art. 26 fixe la date de l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2012.

Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce

Art. 95 Abs. 3 Contenu de l'inscription

L'article 48 LPP dispose que les institutions de prévoyance qui entendent participer à l'application du régime de l'assurance obligatoire doivent se faire inscrire dans le registre de la prévoyance professionnelle. Il sera également tenu compte de cette norme protectrice dans l'OPP 1 (par exemple à l'art. 12 ou à l'art. 16 OPP 1). Une institution de prévoyance ne devrait pouvoir déployer ses activités qu'après son examen par l'autorité de surveillance LPP compétente.

L'article 95 énumère les inscriptions qui doivent être portées au registre du commerce s'agissant des fondations, inscriptions dont fait partie la désignation de l'autorité de surveillance compétente (al. 1, let. k). Cette inscription n'intervient toutefois que lorsque l'autorité en question a effectivement accepté la prise en charge de la surveillance. Aux termes de l'art. 26, toutes les inscriptions au registre du commerce doivent être conformes à la vérité et ne rien contenir qui soit de nature à induire en erreur ou contraire à un intérêt public. Sans la remarque expresse qu'aucune acceptation de la surveillance - et par aucun examen approfondi par l'autorité de surveillance LPP - n'est intervenue, cette condition n'est pas remplie. Le risque existe ainsi que des assurés et des employeurs partent faussement de l'idée qu'une institution de prévoyance, de par son inscription au registre du commerce, ait déjà fait l'objet d'un examen et soit légitimée à déployer ses activités.

Il a été démontré en pratique que des cas d'abus ont découlé du fait qu'une institution n'avait pas encore fait l'objet d'un examen par l'autorité de surveillance LPP. La remarque au registre du commerce, selon laquelle une institution de prévoyance ne peut conclure aucun contrat d'affiliation ni accepter des assurés avant l'inscription de l'autorité de surveillance compétente, devrait réduire ce risque

4 Commentaire de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Art. 9, al. 4

Adaptation rédactionnelle: Dans l'ensemble de l'acte, la forme brève « office » est remplacée par l'abréviation « OFAS ».

Art. 10 Renseignements à fournir par l'employeur

En vertu de l'actuel art. 10, 2^e phrase, OPP 2, l'employeur « doit donner en outre à l'organe de contrôle les renseignements dont celui-ci a besoin pour accomplir sa tâche (art. 35) ». La réforme structurelle entraîne deux adaptations formelles de cette disposition. D'une part, « organe de contrôle » est remplacé par « organe de révision » et, d'autre part, la disposition doit renvoyer non plus à l'art. 35 OPP 2, mais au nouvel art. 52c LPP, qui règle les tâches de l'organe de révision.

Section 1 Organe suprême

Un nouveau sous-titre est ajouté dans le chapitre 3 (« Organisation ») afin que les dispositions d'exécution relatives à l'organe suprême puissent elles aussi être regroupées dans une même section, comme celles relatives à l'organe de révision et à l'expert en matière de prévoyance professionnelle.

Art. 33 Composition de l'organe suprême

Comme les conditions d'agrément de l'organe de révision figurent directement dans la loi (art. 52b LPP), le contenu actuel de l'art. 33 OPP 2 n'a plus lieu d'être (cf. message concernant la réforme structurelle : FF 2007 pp. 5396 et 5410). Cet article règlera la composition de l'organe suprême:

Les directives du Conseil fédéral du 10 juin 2005 sur les conditions requises pour la création d'institutions collectives ou communes précisent que la représentation paritaire prévue à l'art. 51 LPP n'est pas respectée si l'organe suprême ne se compose que de deux membres. Un processus de formation d'opinion et de prise de décision n'impliquant que deux personnes est insuffisant. Ce principe sera désormais inscrit dans l'ordonnance : à l'avenir, l'organe suprême devra compter au moins quatre membres. Un nombre de membres inférieur ne sera admis que dans des cas exceptionnels dûment motivés, par exemple durant la liquidation d'une institution de prévoyance, lorsqu'il n'est plus possible de trouver de membres. Cette règle ne vaut que pour l'organe suprême de l'institution de prévoyance, et pas pour l'organe paritaire des caisses de pensions.

Section 2 Organe de révision

La section 2 doit être intitulée « Organe de révision » (au lieu d'« Organe de contrôle ») pour respecter la terminologie employée dans la LPP (art. 52a à 52c LPP).

Art. 34 Indépendance de l'organe de révision

L'indépendance de l'organe de révision est renforcée afin d'améliorer la gouvernance dans le 2^e pilier. Cette disposition reprend le contenu de l'art. 728 du code des obligations en adaptant les formulations au 2^e pilier.

L'al. 1 prévoit en termes généraux que l'organe de révision doit être indépendant et former son appréciation en toute objectivité.

L'al. 2 énumère de manière non exhaustive les cas dans lesquels cette exigence d'indépendance n'est pas remplie : l'organe de révision ne peut pas exercer de fonctions décisionnelles au sein de l'institution qu'elle contrôle ni entretenir avec elle des rapports de travail (let. a), il ne peut pas fournir de prestations qui entraînent le risque de devoir contrôler son propre travail (let. d), et ne peut pas non plus détenir de participation directe ou indirecte dans l'entreprise fondatrice ou dans la gestion de l'institution de prévoyance (let. b). En outre, la personne qui dirige la révision ne peut pas entretenir de relation étroite avec des personnes ayant des fonctions décisionnelles (let. c). On pense ici à un holding dont une société assurerait la gestion de l'institution de prévoyance tandis qu'une autre société du même holding effectuerait la révision.

Le renvoi à l'art. 33 OPP 2 doit être supprimé, car cette disposition est abrogée, les conditions d'agrément de l'organe de révision étant désormais fixées à l'art. 52b LPP.

Art. 35 Tâches de l'organe de révision

Les tâches de vérification assignées à l'organe de révision, réglées jusqu'ici au niveau de la loi et de l'ordonnance, font l'objet du nouvel art. 52c LPP. De larges pans de l'art. 35 OPP 2 doivent par conséquent être supprimés ou adaptés afin de ne pas répéter inutilement dans l'ordonnance les dispositions de la loi.

L'al. 1 règle en détail la vérification de la gestion et de l'organisation (art. 52c, al. 1, let. b, LPP). L'organe de révision doit en particulier vérifier l'existence de mécanismes internes de contrôle, de manière analogue à la vérification de l'existence d'un système de contrôle interne prévue à l'art. 728a CO. Il ne suffit pas pour le réviseur de consulter la documentation relative aux mécanismes de contrôle pour s'assurer qu'un système de contrôle existe bel et bien et est mis en œuvre. Il doit par conséquent mener des contrôles plus poussés, par exemple réaliser des enquêtes, opérer des surveillances ou effectuer des tests de cheminement (*walk through tests*).

L'al. 2 concrétise le contrôle du respect du devoir de loyauté, qui incombe en premier lieu à l'organe suprême. L'organe de révision vérifie ensuite si ce contrôle est suffisant (art. 52c, al. 1, let. c, LPP). Pour que cette vérification soit fiable, l'organe de révision devra au moins vérifier par échantillonnage l'exactitude des indications figurant dans la déclaration prévue à l'art. 48/. Les indications fournies par l'organe suprême devront également être intégrées, sans quoi elles ne seraient généralement pas contrôlées par une instance de contrôle interne. Les personnes dont les indications sont contrôlées par l'organe de révision doivent également, sur demande de l'organe suprême, déclarer à l'organe de contrôle interne ou externe leur situation de fortune lorsque cela est nécessaire pour prouver que les indications sont exactes.

Le contenu actuel de l'al. 3 (établissement par l'organe de révision d'un rapport sur le résultat de ses vérifications à l'intention de l'autorité de surveillance) fait désormais l'objet de l'art. 52a, al. 2, LPP (remise du rapport par l'institution de prévoyance). L'al. 4, qui traite du cas où la gestion ou l'administration de l'institution de prévoyance est confiée à un tiers, n'est pas modifié, car cette disposition ne figure pas dans le nouvel art. 52c LPP. Il devient l'al. 3.

L'al. 5 est abrogé, étant donné que ce ne sera plus l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) qui édictera des directives à l'intention des autorités de surveillance, mais la Commission de haute surveillance (art. 64a, al. 1, let. a, LPP).

Art. 35a Tâches particulières en cas de découvert d'une institution de prévoyance

En termes de contenu, l'art. 35a OPP 2 demeure inchangé puisqu'il précise et complète l'art. 52c, al. 1, let. f, et al. 2, LPP relatif au découvert d'une institution de prévoyance. Au niveau de la forme, le renvoi entre parenthèses est adapté, l'art. 53 LPP étant abrogé et remplacé par l'art. 52c LPP. Par ailleurs, l'expression « organe de contrôle » est remplacée par « organe de révision » à l'al. 1 et dans la phrase introductive de l'al. 2.

Art. 36 Rapports entre l'organe de révision et l'autorité de surveillance

Sur le plan de la forme, le renvoi entre parenthèses est adapté, l'art. 53 LPP étant abrogé et remplacé par l'art. 52c LPP. Par ailleurs, « organe de contrôle » devient « organe de révision » dans tous les alinéas.

Les dispositions des nouveaux art. 52a, al. 2, et 52c, al. 1, let. a et b, LPP rendent l'al. 1 superflu. Celui-ci peut donc être abrogé et remplacé par l'actuel al. 2.

Dans sa nouvelle teneur, l'al. 2 prévoit que si l'organe de révision a connaissance de faits de nature à mettre en cause la bonne réputation des responsables d'une institution de la prévoyance professionnelle ou la garantie qu'ils accomplissent leurs tâches de manière irréprochable, il doit en informer l'organe suprême en même temps que l'autorité de surveillance. Cette double communication garantit que l'organe suprême et l'autorité de surveillance disposent des mêmes informations.

Le contenu de l'al. 3 correspond à celui de l'actuel al. 3, mais la structure a changé.

Section 3 Expert en matière de prévoyance professionnelle

Une nouvelle section 1 (Organe suprême) ayant été ajoutée avant l'art. 33, les numéros des autres sections doivent être modifiés.

Art. 37 et 39 (abrogés)

Les conditions d'agrément des experts étant désormais réglées dans la loi (art. 52d LPP), les art. 37 et 39 n'ont plus lieu d'être.

Art. 40 Indépendance de l'expert en matière de prévoyance professionnelle

Sur le plan formel, le renvoi entre parenthèses dans le titre de l'art. 40 est adapté. Sur le fond, l'art. 40 est complété, car la formulation actuelle, très générale (« ne peut être soumis aux directives »), ne suffit plus. Dans sa nouvelle teneur, l'art. 40 détaille les situations incompatibles avec l'indépendance sur le modèle des art. 34 OPP 2 et 728 CO. Les critères d'indépendance applicables à l'expert en matière de prévoyance professionnelle sont donc du même ordre que ceux applicables à l'organe de révision. En particulier, une entreprise ne pourra plus à l'avenir à la fois assurer la gestion d'une institution de prévoyance et agir en qualité d'expert de cette institution.

L'indépendance ne doit être restreinte ni dans les faits ni en apparence. C'est l'impression du commun des mortels qui est déterminante. Il s'agit non seulement d'empêcher les tentatives de pression du mandant, mais aussi de préserver l'image de l'expert en prévoyance professionnelle, dont la fonction s'apparente à celle des autorités.

En vertu de la let. a, les experts ne peuvent pas exercer de fonctions décisionnelles au sein de l'institution de prévoyance, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas appartenir à

l'organe suprême, à la gestion ou à un autre organe ayant des fonctions décisionnelles. Ils ne peuvent pas non plus entretenir de rapports de travail avec l'institution de prévoyance.

La let. b statue qu'une participation directe ou indirecte à l'entreprise fondatrice ou à la gestion de l'institution de prévoyance est incompatible avec la fonction d'expert. Il est donc impossible pour une compagnie d'assurance ou une entreprise de fonder une institution collective et d'en confier le contrôle à un expert engagé par l'entreprise en question ou par une de ses filiales.

Conformément à la let. c, l'expert ne peut pas entretenir de relation étroite avec les personnes exerçant des fonctions décisionnelles au sein de l'institution de prévoyance. Une relation étroite peut être d'ordre personnel ou professionnel. Par relation personnelle, on entend non seulement les partenariats, mais aussi les relations avec des parents ou des amis proches. Une telle relation existe lorsqu'un tiers en juge ainsi.

La let. d prévoit que la participation à la direction et la fourniture de prestations qui entraînent le risque de devoir contrôler son propre travail sont également incompatibles avec la fonction d'expert. Du point de vue de la gouvernance d'entreprise, interdire qu'une personne contrôle les travaux qu'elle a elle-même effectués tombe sous le sens. Ce principe s'applique également lorsque les experts et les prestataires sont des personnes différentes mais travaillent pour la même entreprise. La fourniture de prestations parallèles n'est toutefois pas nécessairement synonyme d'incompatibilité : la prestation de services limités à l'administration technique et à la comptabilité est tout à fait compatible avec un mandat d'expert puisque ce dernier ne risque pas dans ce cas de devoir contrôler ses propres travaux.

L'acceptation d'un mandat engendrant une dépendance économique (concentration des risques) n'est pas non plus compatible avec la fonction d'expert (let. e). Il est vérifié au besoin si un mandat engendre une dépendance économique. Le plafond devrait être fixé à 20 % du montant total des honoraires, comme c'est actuellement le cas pour les organes de révision (pour les entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat, le plafond est même de 10 % en vertu de l'art. 11, al. 1, let. a, de la loi sur la surveillance de la révision).

La let. f interdit la conclusion d'un contrat à des conditions non conformes aux règles du marché ou d'un contrat selon lequel le résultat a des conséquences pour l'expert. Il s'agit en particulier des contrats prévoyant des honoraires dépendant des résultats obtenus ou l'octroi de rabais inhabituels, ainsi que des contrats assurant une fonction au sein de l'institution faisant l'objet du contrôle. L'expert ne peut pas non plus être affilié à l'institution de prévoyance qu'il contrôle puisqu'il pourrait alors avoir un intérêt au résultat du contrôle.

Enfin, l'existence d'un lien de subordination avec l'employeur, lorsqu'il s'agit d'une institution de prévoyance d'entreprise, est également contraire à l'indépendance de l'expert (let. g).

L'al. 3 étend le champ d'application des dispositions susmentionnées à toutes les personnes travaillant dans l'entreprise à qui le mandat d'expert est confié.

Art. 41 Rapports entre l'expert en matière de prévoyance professionnelle et l'autorité de surveillance

L'art. 41 OPP 2 est conservé car il complète utilement les art. 52e, 62 et 62a LPP concernant les rapports entre l'expert et l'autorité de surveillance. Sur le plan formel, le

renvoi entre parenthèses doit être adapté, l'art. 53 LPP étant abrogé et remplacé par l'art. 52e LPP.

Art. 41a Tâches particulières des experts en cas de découvert d'une institution de prévoyance

L'art. 41a OPP 2 reste inchangé, puisqu'il complète l'art. 52e LPP en détaillant les tâches particulières à remplir par les experts en cas de découvert d'une institution de prévoyance. Sur le plan formel, le renvoi entre parenthèses doit être adapté, l'art. 53 LPP étant abrogé et remplacé par l'art. 52e LPP.

Art. 44c (abrogé)

L'actuel art. 44c prévoit que l'OFAS examine chaque année la situation financière des institutions de prévoyance et fait rapport au Conseil fédéral. A l'avenir, ce rapport annuel sera en toute logique du ressort de la Commission de haute surveillance. Le contrôle s'appuie principalement sur les données des autorités cantonales de surveillance : comme c'est la Commission de haute surveillance qui sera la mieux placée pour rassembler ces données, cela n'aurait guère de sens que l'OFAS les réclame et les évalue à son tour. La Commission de haute surveillance décidera elle-même sous quelle forme et à quelle fréquence elle produira ce rapport. La présentation de la situation financière des institutions de prévoyance dans le cadre du rapport d'activité annuel de la Commission de haute surveillance (art. 64a, al. 3, LPP) ou dans une publication séparée est envisageable. Si l'établissement de ce rapport n'incombe plus à l'OFAS, cela ne signifie pas pour autant que l'office ne se préoccupera plus de la situation financière des institutions de prévoyance : en cas de besoin, il pourra s'exprimer à ce sujet sous une autre forme.

Art. 46 (nouveau) Amélioration des prestations lorsque les réserves de fluctuation n'ont pas été entièrement constituées

Cet article définit toutes les conditions qui doivent être remplies cumulatif pour permettre des améliorations des prestations lorsque les réserves de fluctuation n'ont pas été entièrement constituées, comme expliqué dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle no 104, ch. marg. 627 (cf. aussi ch. 3, al. 5, des directives du Conseil fédéral du 10 juin 2005 sur les conditions requises pour la création d'institutions collectives ou communes).

Les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements et respecter le principe de transparence (art. 65 et 65a LPP). Elles sont tenues d'établir et de structurer leurs comptes annuels conformément aux recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26, dans leur version du 1er janvier 2004 et ces recommandations s'appliquent par analogie aux autres institutions actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle. L'institution de prévoyance fixe dans un règlement les règles pour la constitution des réserves de fluctuation de valeurs et doit respecter à cet effet le principe de la permanence (art. 48e OPP 2).

La constitution des réserves de fluctuation de valeurs jusqu'à l'objectif fixé est une priorité élémentaire pour l'équilibre financier des institutions de prévoyance. Mais d'un autre côté, offrir aux assurés (actifs) une part d'un résultat positif est, pour de nombreuses institutions, un aspect important de la politique en matière de prestations. La constitution des réserves de fluctuation de valeurs est donc affaire de pondération entre ces intérêts opposés, la responsabilité des institutions étant réservée.

En pratique, on constate que les institutions réalisant de bons rendements améliorent très rapidement leurs prestations au lieu de commencer par constituer des réserves de fluctuation. L'art. 46 leur permet d'agir ainsi, mais à certaines conditions. Cette disposition tient compte de la difficile conciliation entre une participation des assurés (actifs) au résultat positif et la garantie de l'équilibre financier.

Art. 48a, al. 1, let. d, et al. 3 Frais d'administration

La nouvelle let. d prévoit que les frais de courtage devront être indiqués dans le compte d'exploitation, en plus des coûts de l'administration générale, des frais de gestion de la fortune et des frais de marketing et de publicité. Cette mesure a été proposée par la sous-commission LPP et approuvée par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national. Les frais de courtage dépensés directement par l'institution de prévoyance elle-même devront donc à l'avenir être indiqués séparément.

Le nouvel al. 3 s'attelle au problème des frais de gestion de la fortune, qui ne peuvent pas toujours être indiqués exactement, le coût de certains produits financiers ne pouvant être déterminé en toute transparence. Dans le cadre de la votation sur le taux de conversion minimal, la discussion avait porté sur l'importance des frais de gestion de la fortune, mettant en évidence le manque de transparence dans ce domaine, qui fait qu'on ne peut connaître le montant effectif de ces frais. Interdire aux institutions de prévoyance d'investir dans ces produits non transparents n'est pas réaliste, car ces produits sont très présents sur le marché. Ils sont en outre nombreux à échapper à toute influence en raison de leur provenance étrangère. Les éléments de fortune placés dans ce type de produits devront être indiqués séparément dans l'annexe du rapport annuel. L'organe suprême sera tenu d'analyser chaque année la situation et de se prononcer sur la poursuite de la politique de placement.

Art. 48b Information des caisses affiliées

Les dispositions de l'art. 48b ne sont pas suffisamment appliquées en pratique. Cela tient entre autres à sa formulation générale : il prévoit ainsi que les institutions collectives doivent communiquer les « principes déterminants » pour le calcul des primes, de la participation aux excédents et des prestations d'assurance. Or, dans le domaine des primes de risque, les bases de calcul sont rarement transparentes. Les primes sont élaborées par les compagnies d'assurance à l'aide de modèles de calcul complexes, protégés par le secret professionnel pour des raisons de concurrence. Le contrôle et la traçabilité de ces calculs sont du ressort de l'autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA). Il est possible de déduire du compte d'exploitation des assurances-vie (circulaire FINMA 2008/36 – Comptabilité de la prévoyance professionnelle) la participation globale d'une compagnie d'assurance-vie dans le domaine de la prévoyance professionnelle (assurance collective), mais pas la part revenant à chaque institution de prévoyance.

A l'avenir, les informations intéressant directement les assurés seront exigées. En vertu de l'al. 1, l'institution de prévoyance devra communiquer à la caisse de pensions affiliée les primes versées par l'institution et par la caisse, en indiquant les parts affectées au risque, aux frais et à l'épargne.

En vertu de l'al. 2, l'institution de prévoyance devra communiquer à la caisse de pensions affiliée le montant des excédents, la clé de répartition au sein de l'institution de prévoyance et le montant revenant à la caisse de pensions affiliée concernée. Ces informations permettront aux assurés de se faire une idée de leur situation et de comparer celle-ci avec la situation d'autres institutions.

L'al. 3 est abrogé. Cette disposition prévoyant que le dernier rapport de l'expert en matière de prévoyance professionnelle sert de base aux informations fournies par l'institution de prévoyance à la caisse affiliée en vertu de l'art. 65a, al. 3, LPP (informations sur le rendement du capital, l'évolution du risque actuariel, les frais d'administration, les principes du calcul du capital de couverture, les provisions

supplémentaires et le taux de couverture) manque de substance : d'une part, le rapport en question ne contient pas forcément des informations sur tous les points mentionnés, et d'autre part, un rapport n'est pas établi chaque année. Une bonne partie de ces données figurent en outre déjà dans les comptes annuels. Il va par ailleurs de soi que les informations sur le calcul du capital de couverture, sur le taux de couverture et sur les provisions reposent toujours sur un calcul réalisé par l'expert en matière de prévoyance professionnelle.

48c Information des assurés

Le contenu de l'art. 48c est complètement revu. De manière analogue à l'art. 48b, al. 3, la disposition actuelle prévoit que la base de l'information des assurés par l'institution de prévoyance, conformément à l'art. 86b, al. 2, 2^e phrase, LPP (voir ci-dessus) est constituée par le rapport le plus récent de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle. Les motifs d'abrogation sont les mêmes que pour l'art. 48b, al. 3 (voir ci-dessus).

L'art. 48c n'est toutefois pas supprimé, mais modifié. Il précise comment les informations visées à l'art. 48b doivent être communiquées aux assurés: celles concernant l'institution de prévoyance figureront dans le rapport annuel, celles concernant la caisse de pensions affiliée devront être communiquées par écrit aux assurés qui le demandent.

48d (abrogé)

Les principes de répartition des excédents étant réglés de manière complète à l'art. 48b, l'art. 48d, al. 1, est abrogé.

L'actuel al. 2 prévoit que l'institution de prévoyance doit établir un décompte annuel commenté et compréhensible concernant le calcul et le mode de répartition de la participation aux excédents. En pratique, établir un décompte compréhensible constitue une énorme charge de travail. En outre, il n'a pas encore été possible de définir la notion de « compréhensible » de manière satisfaisante. Cet alinéa est donc abrogé.

Section 2b Intégrité et loyauté des responsables

Le titre précédant les art. 48f ss est adapté, étant donné que les articles qui suivent ne concernent pas uniquement les gestionnaires de fortune, mais bien l'intégrité et la loyauté de toutes les personnes chargées de la gestion et de l'administration d'une institution de prévoyance.

Art. 48f Exigences à remplir par les membres de la direction et par les gestionnaires de fortune

Les personnes chargées de la direction de l'institution de prévoyance ou de l'administration de sa fortune jouent un rôle central dans les institutions de la prévoyance professionnelle. S'il est vrai que l'organe suprême, paritaire, assume la direction générale de l'institution, il n'est généralement pas composé uniquement de spécialistes. Il n'est donc pas rare qu'il délègue les tâches de direction à des professionnels : certains sont chargés de la direction opérationnelle de l'institution et d'autres du destin financier de l'institution, et donc de tous ses assurés. Il faut par conséquent aussi renforcer les exigences auxquelles doivent satisfaire ces personnes.

En vertu de l'al. 1, toute personne chargée de gérer une institution de prévoyance professionnelle doit avoir une formation et des connaissances approfondies en la matière. Il peut s'agir par exemple du diplôme fédéral de gérant/e de caisse de

pensions ou du brevet fédéral de spécialiste en gestion. Mais d'autres formations du domaine du 2^e pilier ou d'un autre domaine sont également reconnues. L'ordonnance ne précise pas de formation spécifique afin d'éviter d'être trop restrictive.

Conformément à l'al. 2, toute personne souhaitant exercer la fonction de gestionnaire de fortune interne doit être dûment qualifiée pour ce faire et remplir les exigences de l'art. 51*b* LPP (bonne réputation, activité irréprochable et absence de conflits d'intérêts). Un gestionnaire de fortune est qualifié d'interne lorsqu'il est membre de l'organe paritaire ou salarié de l'entreprise fondatrice ou de l'institution de prévoyance professionnelle.

Seuls les gestionnaires de fortune soumis directement à l'autorité de la FINMA – à savoir les banques, les négociants en valeurs mobilières, les sociétés de direction de fonds, les gestionnaires de fortune de fonds collectifs suisses et les assurances – peuvent être reconnus comme gestionnaires de fortune externes. La prévoyance professionnelle constituant une assurance obligatoire et gérant à titre fiduciaire des montants importants, des exigences strictes envers les gestionnaires de fortune se justifient. Cette disposition vise à garantir une administration qualifiée et professionnelle de la fortune.

La délégation de l'administration de la fortune à des entreprises ayant leur siège à l'étranger est autorisée dans une mesure limitée : seules certaines tâches peuvent être déléguées, la responsabilité globale de l'administration de la fortune devant demeurer en Suisse. L'entreprise étrangère doit par ailleurs être soumise à une surveillance comparable à celle de la Suisse. On peut renvoyer ici à la pratique de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers en lien avec l'art. 13, al. 4, de la loi sur les placements collectifs de capitaux. Enfin, les contrats relatifs aux activités déléguées doivent être soumis au droit et à la juridiction suisses.

Art. 48g Examen de l'intégrité et de la loyauté des responsables

L'al. 1 précise que l'examen de l'intégrité et de la loyauté prévu à l'art. 51*b*, al. 1, LPP a en principe lieu lors de la création de l'institution de la prévoyance professionnelle (art. 13 OPP 1).

L'autorité de surveillance doit en outre être avertie de tout changement ultérieur au sein de l'organe suprême, de l'organe de direction ou de l'administration de la fortune. En raison de la charge de travail élevée qu'entraîne la vérification, elle ne vérifiera plus de manière systématique toutes les garanties, mais uniquement dans des circonstances particulières, par exemple en cas d'abus manifeste, d'incident ou à la suite d'une communication par l'organe de révision (art. 36, al. 2).

Art 48h Prévention des conflits d'intérêts

L'al. 1 précise l'art. 51*b*, al. 2, LPP, en stipulant que les personnes actives au sein de l'organe suprême, dans la gestion ou dans l'administration de l'institution de prévoyance ne doivent être impliquées dans aucun conflit d'intérêts systématique, c'est-à-dire durable. La dernière phrase de l'al. 1 nomme deux exemples de ce type de contrat : le mandat d'administration de la fortune et le mandat de gestion.

Lors de la fondation de l'institution, cet examen est effectué par l'autorité de surveillance responsable, puisque le premier contrôle ordinaire par l'organe de révision n'a lieu qu'après l'établissement des premiers comptes annuels, soit après plus d'un an. Or la protection des assurés doit être garantie dès le premier jour.

En pratique, c'est surtout le cumul de fonctions qui s'est avéré très problématique. Si une personne exerce une fonction au sein de l'institution de prévoyance tout en étant

partenaire contractuel direct ou indirect de l'institution (p. ex. pour la gestion, l'administration de la fortune ou le conseil), il y a automatiquement conflit d'intérêts. L'al. 2 interdit par conséquent la conclusion de contrats de durée avec des personnes physiques ou morales qui sont elles-mêmes dans l'organe suprême ou qui y ont des représentants décisionnaires ou avec lesquelles des membres de l'organe suprême ont une relation d'ayant droit économique. Un contrat de durée se distingue des autres rapports contractuels simples du fait que l'obligation centrale sur laquelle il porte est prévue sur la durée, au sens où elle ne disparaît pas une fois accomplie, mais doit être assurée jusqu'à ce qu'elle prenne fin, à l'échéance ou à la résiliation du contrat ou pour un autre motif.

Les mandats individuels ne sont pas interdits, mais sont soumis aux restrictions de l'art. 51c LPP.

L'al. 3 limite à cinq ans la durée des contrats conclus par l'institution de prévoyance pour la mise en œuvre de la prévoyance professionnelle. En pratique, on a constaté que certaines institutions ont conclu des contrats de plus longue durée qui leur ont porté préjudice. Ces contrats profitaient à des personnes exerçant une fonction au sein de l'institution de prévoyance tout en participant sous l'une ou l'autre forme aux sociétés qui avaient conclu de tels contrats avec l'institution. On pense par exemple à l'attribution de mandats d'administration de la fortune, de gestion ou de conseil.

Art. 48i Actes juridiques passés avec des personnes proches

Les art. 51b LPP et 48h OPP 2 exigent que les personnes chargées de la gestion ou de l'administration ne soient pas impliquées dans des conflits d'intérêts systématiques ou organisationnels et qu'aucun contrat de durée ne soit conclu avec elles ou avec des sociétés dans lesquelles elles ont des participations.

Il peut parfois arriver que l'institution de prévoyance passe un acte juridique avec un membre de l'organe suprême, de la gestion ou de l'administration de la fortune et qu'un conflit d'intérêts apparaisse ainsi provisoirement. L'al. 1 prévoit qu'un appel d'offres doit toujours avoir lieu dans de tels cas et que la transparence doit être totale lors de l'adjudication d'un acte juridique à une personne proche, de sorte que l'organe de révision puisse effectuer un examen irréprochable.

Ces actes juridiques doivent être publiés dans l'annexe au rapport annuel (al. 2). Il faut motiver pourquoi l'acte a été passé avec une personne impliquée dans l'institution de prévoyance et attester que cette décision a été prise dans l'intérêt des assurés, comme l'exige l'art. 51b, al. 2, 1^{re} phrase, LPP.

L'al. 3 définit les personnes proches visées à l'art. 51c, al. 2, LPP.

Art. 48j Interdiction des affaires pour son propre compte

L'actuel art. 48f autorise les affaires pour propre compte à certaines conditions. La délimitation entre les affaires pour propre compte autorisées (p. ex. *parallel running* pour autant qu'il n'en résulte aucun désavantage pour l'institution de prévoyance) et interdites (p. ex. *front running*) s'est révélée trop floue en pratique. En outre, on ne voit pas pourquoi certaines affaires pour propre compte devraient être autorisées et d'autres pas. Une personne qui administre la fortune d'une institution de prévoyance ne doit pas conclure d'affaires pour son propre compte. Les opérations suivantes seront donc interdites : le *front running*, le *parallel running* et l'*after running* (utiliser la connaissance de mandats de clients pour faire préalablement, en même temps ou sitôt après des affaires en parallèle pour son propre compte) ainsi que la négociation de titres identiques pour autant qu'il peut en résulter un désavantage pour l'institution de prévoyance. Le gestionnaire de fortune est tenu de prendre les mesures

organisationnelles qui s'imposent (cloisonnement de l'information, p. ex.) et d'agir avec circonspection. Il lui faut notamment documenter de manière suffisante les affaires en question et justifier des mesures organisationnelles prises.

La modification de la répartition de dépôts sans intérêt pour le client est également interdite.

Art. 48k Restitution des avantages financiers

L'al. 1 prévoit que les personnes et les institutions chargées de gérer ou d'administrer l'institution de prévoyance ou de placer et d'administrer la fortune de prévoyance doivent restituer à l'institution de prévoyance tous les avantages financiers qu'elles ont reçus de tiers en rapport avec l'exercice de ces activités. Ce principe est déjà concrétisé dans le cadre du droit du mandat (art. 400, al. 1, CO) et du contrat de travail (art. 321b, al. 1, CO) et a été confirmé par un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 132 III 460). Il est repris explicitement dans la présente ordonnance. Ce devoir de restitution doit être de nature impérative, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être modifié par des dispositions contractuelles y dérogeant. Les banques seront désormais également soumises à cette réglementation. Ne sont pas considérés comme des avantages financiers les présents sans grande valeur et les cadeaux occasionnels d'usage.

L'al. 2 règle l'indemnisation des personnes et institutions extérieures : ces dernières doivent, dès le premier contact client, fournir des informations sur la nature et la source de toutes les indemnités reçues. Les modalités de l'indemnisation doivent être réglées dans une convention, qui doit être communiquée à l'institution de prévoyance. L'art. 48k OPP 2 va plus loin que l'art. 48a, al. 1, let. d, qui ne tient compte que des frais directs assumés par l'institution de prévoyance, puisqu'il porte également sur les indemnités versées au courtier par des tiers (frais indirects), p. ex. l'indemnité versée au courtier par une entreprise de gestion de fortune ou une banque pour l'acquisition d'une institution de prévoyance en tant que cliente. Les courtiers ont l'interdiction d'accepter des indemnités supplémentaires liées au volume, à la croissance ou aux dommages.

Art. 48f Déclaration

L'al. 1 prévoit que les personnes actives dans l'organe suprême, la direction ou la gestion de fortune de l'institution de prévoyance doivent déclarer à l'organe de révision les liens dans lesquels elles sont engagées, notamment leurs participations et leurs relations d'ayants droit économiques avec des entreprises.

En outre, les personnes et institutions chargées de la direction ou de l'administration de l'institution de prévoyance ou du placement et de l'administration de la fortune de prévoyance doivent déclarer chaque année par écrit à l'organe suprême si elles ont reçu des avantages financiers personnels et, le cas échéant, lesquels, et attester qu'elles ont restitué tous ces avantages à l'institution de prévoyance (al. 2).

Art. 49a, al. 2, let. c

Adaptation rédactionnelle : les dispositions relatives à l'intégrité et à la loyauté figurant désormais aux art. 48f à 48l, le renvoi inscrit à l'al. 2, let. c, doit être adapté.

Art. 58a, al. 3 Obligation d'informer

Adaptation rédactionnelle : « organe de contrôle » est remplacé par « organe de révision » afin de correspondre à la terminologie employée aux art. 52a ss LPP.

Art. 59 Application des prescriptions de placement à d'autres institutions de la prévoyance professionnelle

L'art. 59 règle l'application par analogie des prescriptions de placement à d'autres institutions de la prévoyance professionnelle. L'actuelle let. c prévoit l'application par analogie de ces prescriptions aux fondations de placement. Elle est abrogée, les prescriptions applicables à ces institutions faisant l'objet d'une ordonnance séparée. L'actuelle let. d devient par là même let. c.

Art. 60f Qualité pour recourir de l'OFAS

L'actuel art. 4a OPP 1 donne à l'OFAS qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. Cette ordonnance est entièrement révisée et se rapporte désormais à la surveillance des institutions de la prévoyance professionnelle. L'OFAS n'ayant plus qualité d'autorité de surveillance, la disposition relative à sa qualité pour recourir est transférée dans l'OPP 2. L'OFAS continuera ainsi à être autorisé à former un recours devant le Tribunal fédéral contre les décisions rendues par les tribunaux cantonaux et le Tribunal administratif fédéral, sur la base de l'art. 89, al. 2, let. a, de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), qui prévoit que les départements fédéraux et les unités qui leur sont subordonnées ont qualité pour recourir si l'acte attaqué est susceptible de d'enfreindre la législation fédérale dans leur domaine d'attributions.

L'OFAS et la Commission de haute surveillance (art. 74, al. 4, LPP) ont qualité pour recourir contre les décisions du Tribunal administratif fédéral. Leurs avis peuvent cependant diverger. La Commission de haute surveillance évaluera les cas principalement sous l'angle de la qualité de l'exercice de la surveillance. Pour l'OFAS, impliqué dans la préparation de la législation, c'est l'application correcte de la loi qui prime.

Entrée en vigueur

La plupart des dispositions entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2012 (al. 1). L'al. 2 énumère les dispositions relatives à la gouvernance qui entreront en vigueur dès le 1^{er} juillet 2011. L'entrée en vigueur de certaines dispositions est prévue pour la mi-2011 afin que les éventuelles mesures nécessaires (adaptation des règlements, des contrats et de l'organisation des institutions de prévoyance, p. ex.) puissent être prises d'ici au 31 décembre 2011. De la sorte, les organes de révision pourront contrôler en 2012 le respect des nouvelles dispositions en matière de gouvernance, dans le cadre du contrôle des comptes annuels 2011.

Ordonnance du 22 juin 1998 sur le fonds de garantie LPP

Art. 3 Surveillance

Cette disposition est adaptée, car le fonds de garantie sera à l'avenir surveillé par la Commission de haute surveillance et non plus par l'OFAS (art. 64a, al. 2, LPP).

Art. 6, al. 2, 2^e phrase Organe de direction du fonds de garantie

Le contrat réglant les rapports entre le conseil de fondation et la direction du fonds de garantie sera à l'avenir soumis à l'approbation de la Commission de haute surveillance et non plus à celle de l'OFAS.

Art. 7 L'organe de révision et l'expert en matière de prévoyance professionnelle

Adaptation rédactionnelle du titre et du texte : « organe de contrôle » est remplacé par « organe de révision » afin de correspondre à la terminologie employée aux art. 52a ss LPP.

Un al. 2 est ajouté pour régler le rôle de l'expert en matière de prévoyance professionnelle. Depuis 2002, le fonds de garantie poursuit le versement des prestations dues par les institutions de prévoyance insolubles. Il assume ainsi certains risques actuariels. La fondation doit par conséquent, comme toute institution de prévoyance, mandater un expert en matière de prévoyance professionnelle au sens de l'art. 52a LPP, qui doit assumer par analogie les tâches prévues à l'art. 52e LPP.

Art. 8, al. 1 et 2 Rapport

Al. 1 : le rapport de l'organe de révision devra être remis par le conseil de fondation à la Commission de haute surveillance et non plus à l'OFAS. Le contenu de l'al. 1 est adapté à celui de l'art. 52a, al. 2, LPP.

Al. 2 : conformément à l'art. 52a LPP, c'est l'organe suprême qui remet le rapport de l'organe de révision à l'autorité de surveillance et non l'organe de révision, c'est pourquoi l'al. 2 est abrogé.

Art. 9, al. 3 Liste des institutions de prévoyance

Comme ce sera à l'avenir la Commission de haute surveillance qui surveillera le fonds de garantie, elle doit avoir accès à cette liste.

Art. 14, al.1

Adaptation rédactionnelle : sur la base de l'art. 56, al. 1, let. d, LPP, le fonds de garantie dédommage l'institution supplétive des frais dus au contrôle de la réaffiliation en vertu de l'art. 11, al. 3bis, LPP.

Art. 15 Cotisations au titre de subsides et de dédommagements

La modification de l'art. 15 découle de celle de l'art.14, al. 1.

Art. 17, al. 4 et 5 (nouveau) Communication des bases de calcul des cotisations

La modification de l'al. 4 est d'ordre purement rédactionnel : « organe de contrôle » devient « organe de révision ».

L'al. 5 est nouveau. Dans le cadre du décompte des cotisations, le fonds de garantie peut demander aux institutions de prévoyance qui lui sont affiliées qu'elles lui indiquent le rapport entre les avoirs de vieillesse LPP et les prestations de sortie, le taux de couverture et le montant du taux technique. Ces renseignements permettent au fonds de garantie de mieux évaluer les risques d'insolvabilité.

Art. 18, al. 1 Taux des cotisations

Le conseil de fondation du fonds de garantie devra à l'avenir soumettre les taux de cotisation à l'approbation de la Commission de haute surveillance (et non plus à celle de l'OFAS).

Art. 21, al. 1, 2^e phrase, et art. 23, al. 3, 2^e phrase

Seule une modification rédactionnelle est effectuée pour ces deux articles : « organe de contrôle » devient « organe de révision ».

Art. 25, al. 2, let. b

La condition actuelle prévoyant que l'employeur doit être en retard dans le paiement des primes est supprimée. Cette condition n'a pas de signification particulière à côté de la condition prévoyant que l'employeur fait l'objet d'une procédure de mise en faillite ou d'une procédure analogue.

Art. 26, al. 4 (nouveau)

Depuis 2002, le fonds de garantie poursuit le versement des prestations dues par les institutions de prévoyance insolvables. Il assume ainsi certains risques actuariels. A l'heure actuelle, il règle les détails avec les personnes concernées par contrat. Les questions en suspens pour la gestion de cas de prestations doivent pouvoir être réglées dans un règlement, soumis à l'approbation de la Commission de haute surveillance. Une base est introduite dans l'ordonnance pour cette nouvelle tâche.

Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage**Art. 19b, let. c (nouvelle)**

La Commission de haute surveillance, en tant que nouvelle autorité de surveillance, doit avoir accès au registre.

5 Ordonnance sur les fondations de placement (OFP)

Remarques préliminaires

La réforme structurelle a intégré les fondations de placement, sous leur propre titre, dans la LPP (art. 53g à 53k). L'art. 53k LPP contient une norme de délégation qui habilite le Conseil fédéral à édicter des dispositions :

- sur le cercle des placements ;
- sur l'augmentation et l'utilisation de la fortune de base ;
- sur la fondation, l'organisation et la dissolution ;
- sur les placements, l'établissement des comptes et la révision ;
- sur les droits des investisseurs.

Les dispositions correspondantes sont édictées dans une nouvelle ordonnance. Elles sont ainsi codifiées pour la première fois, mais elles s'inspirent pour l'essentiel de la pratique existante.

Section 1 Cercle des investisseurs et statut d'investisseur

Art. 1 Cercle des investisseurs

Les institutions pouvant faire partie du cercle des investisseurs définies à l'art. 1 sont les institutions exonérées d'impôts de la prévoyance professionnelle d'entreprises dont le siège, une succursale ou un établissement est situé en Suisse et les entreprises qui leur sont proches, si leurs fonds servent durablement et exclusivement à la prévoyance du personnel, à savoir notamment les institutions de prévoyance de droit privé et public, les fondations de libre passage, l'institution supplétive, le Fonds de garantie, les fondations de placement, les fondations de financement, les fondations bancaires du pilier 3a et les fondations patronales, si leurs fonds servent durablement et exclusivement à la prévoyance du personnel.

Peuvent aussi placer des fonds dans une fondation de placement les placements collectifs soumis à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), comme les sociétés de direction de fonds agissant pour les fonds de placement qu'elles ont lancés, à condition qu'il soit prouvé que leur propre cercle des investisseurs ne comprend que des institutions de la prévoyance professionnelle exonérées d'impôts. L'art. 1 fixe le cadre le plus large possible. La fondation de placement, notamment celle qui est proche d'un groupe de sociétés, peut réduire le cercle des investisseurs dans ses statuts.

Art. 2 Statut d'investisseur

Comme pour la société coopérative (art. 840 CO), celui qui veut investir dans une fondation doit adresser au conseil de fondation ou à la direction (selon le règlement) une demande écrite dans ce sens, où il reconnaît le caractère obligatoire des actes de la fondation visés à l'art. 35, al. 1. Le conseil de fondation ou la direction examine la demande et détermine si les conditions d'admission sont remplies. Contrairement au droit de la société coopérative, la fondation peut s'opposer à une admission sans motiver sa décision, pour autant que ses statuts au sens large n'en disposent pas autrement. Ainsi l'assemblée générale peut-elle fixer librement les règles régissant l'admission de nouveaux investisseurs. Les exigences posées portent donc sur les investisseurs admissibles, mais rien n'oblige à admettre un investisseur en particulier.

L'art. 2, al. 2 régit le statut d'investisseur. Lorsque tous les droits ont été rachetés, ce statut et les prérogatives qui lui sont liées n'existent plus.

L'al. 3 interdit à la fondation de faire des discriminations entre ses investisseurs. La liberté de la fondation selon l'al. 1 prévaut en ce qui concerne l'admission des investisseurs, car ceux qui déposent une demande n'ont pas encore le statut d'investisseur. Ce qui est semblable est traité de manière identique et ce qui est dissemblable l'est de manière différente. Dans le domaine des émoluments par exemple, il est possible de structurer les tarifs en fonction des volumes et de prévoir des remboursements pour les investisseurs investissant au moins un certain montant dans un groupe de placements durant une période donnée. Il n'y a pas forcément de discrimination lorsque les coûts occasionnés par les investisseurs sont pris en compte correctement et qu'il n'y a pas de subventionnement croisé au bénéfice des investisseurs versant des émoluments moins élevés.

Section 2 Assemblée des investisseurs

Art. 3 Convocation et déroulement

L'assemblée des investisseurs est composée des représentants des investisseurs. L'art. 1 indique que les prescriptions sur la société anonyme s'appliquent par analogie pour la convocation et le déroulement de cette assemblée. Il ressort ainsi de la référence à l'art. 699 CO qu'une assemblée ordinaire a lieu chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice. L'art. 699, al. 1 à 3, CO indique aussi à quelles conditions une assemblée extraordinaire peut avoir lieu, en reconnaissant un droit de convocation aux investisseurs. Les art. 700 et 702 servent de référence pour les modalités de la convocation et pour les mesures nécessaires. La base des votations est l'art. 703 CO. Le nombre de voix dépend de la part dans la fortune de placement. Les statuts peuvent prévoir que lorsque les décisions à prendre ne concernent que certains groupes de placements, seuls les investisseurs ayant investi dans ces groupes aient le droit de voter.

Les investisseurs qui ne détiennent pas (encore) de droits, mais ont pris un engagement de capital (art. 2, al. 2), ont le droit de participer à l'assemblée. L'invitation et l'ordre du jour doivent donc leur être envoyés. Ils bénéficient par ailleurs des droits en matière d'information et de renseignement définis à la section 11. Comme ils ne détiennent pas encore de part dans la fortune de placement (al. 2), ils ne peuvent par contre pas prendre des décisions ni voter.

Art. 4 Compétences de l'assemblée des investisseurs

L'art. 53h LPP prévoit que l'assemblée des investisseurs est l'organe suprême de la fondation. Elle détient donc les compétences figurant dans le catalogue de l'al. 1, notamment en matière de réglementation et d'élection des membres du conseil de fondation. Le dispositif est basé sur la pratique en vigueur. Les compétences des let. f et g constituent des nouveautés : les contrats importants visés à la let. g sont ceux qui ont une grande portée financière ou stratégique pour les filiales, ou ceux qui pourraient engager les décideurs dans des conflits d'intérêts.

La réglementation de l'al. 2 a été adoptée entre autres pour que l'assemblée des investisseurs, qui fait office d'organe suprême en matière de « législation », puisse modifier les actes immédiatement après la création de la fondation et durant sa phase de constitution. Ainsi sont prises en compte comme il se doit les exigences des art. 53h, al. 3, et 53i, al. 1, LPP, qui attribuent à l'assemblée des investisseurs les compétences réglementaires concernant l'organisation et le placement. Cette souveraineté réglementaire est reconnue dans la mesure où la première assemblée – ordinaire ou extraordinaire – des investisseurs est appelée à avaliser ou à refuser les statuts et le règlement de la fondation rédigés par le fondateur, et où, en cas de refus, elle a le droit d'exiger une adaptation de ces textes. Ainsi les investisseurs peuvent-ils, notamment après l'acte constitutif, demander que les délégations (comme l'adoption

des directives de placement) au conseil de fondation inscrites dans les statuts par le fondateur lors de la fondation ne soient pas autorisées.

L'al. 2 a avant tout une valeur déclaratoire. Cela signifie que les actes mentionnés sont déjà en vigueur et que l'approbation des investisseurs n'est donc pas constitutive. S'il y a refus, cela ne signifie pas que, sur le champ, les dispositions ne sont plus en vigueur, sans quoi il y aurait atteinte à la sécurité du droit et à la garantie d'une activité irréprochable. En cas de refus, le conseil de fondation effectue une enquête auprès des investisseurs et convoque dans les mois qui suivent une nouvelle assemblée appelée à voter sur une autre version des statuts (sont visées ici les propositions sur les demandes de modification des statuts adressées à l'autorité de surveillance) et du règlement de la fondation, modifiée en fonction des attentes des investisseurs. Si ce n'est pas le cas, sans envisager ici une éventuelle non-réélection, le conseil peut s'attendre à ce que les investisseurs le contraignent à adopter cette procédure, le cas échéant en convoquant une assemblée extraordinaire des investisseurs.

Section 3 Conseil de fondation

Art. 5 Composition et désignation

La majorité des membres du conseil de fondation doit être élue par l'organe suprême, autrement dit par l'assemblée des investisseurs (al. 2). Par conséquent, ce conseil doit être composé de trois personnes au moins (al. 1) – le plus souvent, il compte davantage de membres.

L'ordonnance ne se prononce pas sur la désignation du président du conseil de fondation, un domaine qu'il appartient à l'assemblée des investisseurs de régler.

Art. 6 Tâches, al. 1, 2 et 3 (nouveau)

L'al. 1 a valeur de clause générale attribuant au conseil de fondation les tâches et compétences que la loi et les statuts n'attribuent pas à l'assemblée des investisseurs. Sont visées ici en premier lieu toutes les tâches d'exécution. Les compétences réglementaires mentionnées à l'art. 13, al. 3, constituent une exception.

L'al. 2 fixe expressément que le conseil de fondation doit veiller à ce que l'organisation soit appropriée. Il faut que la structure mise en place et les processus prévus soient limpides et adaptés aux besoins, que le contrôle soit suffisant (art. 7, al. 3) et que l'infrastructure et l'informatique soient adéquates. En principe, les statuts délèguent au conseil de fondation l'élaboration du règlement de l'organisation détaillée au sens de l'art. 15, servant de base à l'organisation (art. 13, al. 3). Si l'organisation n'est pas suffisamment bien réglementée, il doit, en vertu de l'al. 2, entreprendre les démarches nécessaires pour améliorer la situation (modifications du règlement d'organisation) et combler les lacunes réglementaires en prenant lui-même les décisions qui s'imposent.

Pour juger si l'organisation est suffisante, il faut connaître le type de fondation et la situation dans laquelle elle se trouve. En cas de déficience organisationnelle, l'autorité de surveillance peut, sur la base de l'art. 62a, al. 2, let. b, LPP, obliger les responsables à prendre les mesures nécessaires. Elle peut exiger une adaptation sur la base de l'art. 13, al. 2, lorsque la réglementation de l'organisation détaillée est insuffisante.

Art. 7 Délégation de tâches

L'al. 1 permet au conseil de fondation de déléguer des tâches à des tiers. Sont réservées celles que la loi (concrètement, l'art. 53h, al. 2, LPP) ou les statuts (art. 15, al. 1) attribuent impérativement au conseil de fondation en les faisant figurer dans le règlement de l'organisation détaillée. Généralement, ce dernier (art. 15) régit, au moins

dans les grandes lignes, les bénéficiaires d'une délégation, leurs tâches et leur contrôle. Le plus souvent, la rédaction des statuts est confiée au conseil de fondation (art. 13, al. 3), de même que l'édiction de la réglementation de l'organisation détaillée visée à l'art. 15, et c'est dans ce cadre – servant aussi de base pour les contrats de délégation – que ce conseil réglemente les bénéficiaires d'une délégation conformément à l'art. 7. Lorsque le règlement d'organisation est édicté par l'assemblée des investisseurs et que la réglementation de la délégation et de ses bénéficiaires est lacunaire, il appartient au conseil de fondation d'entreprendre, sur la base de l'art. 6, al. 2, les démarches nécessaires pour améliorer la situation (modification du règlement d'organisation) et combler les lacunes réglementaires passagères en prenant lui-même les décisions qui s'imposent.

L'al. 2 fixe les exigences concernant la qualification des personnes en charge de la direction des affaires et de l'administration. Il s'applique pour chacun, y compris les membres du conseil de fondation, pour autant que ceux-ci accomplissent eux-mêmes certaines tâches. Les personnes qui ne sont pas suffisamment qualifiées ne devraient pas être nommées membres du conseil de fondation. La référence est ici l'art. 51b, al. 1, LPP, ainsi que l'art. 48f OPP 2. Les exigences en matière de formation et d'expérience professionnelle doivent être particulièrement élevées pour les responsables de groupes de placements faisant partie du segment des placements alternatifs.

L'al. 3 confie au conseil de fondation le mandat de veiller à ce que les tâches déléguées soient soumises à un contrôle suffisant, ce qui répond à son devoir de diligence et aux art. 6, al. 2, et 49a, al. 1, OPP 2. Ce conseil doit donc faire en sorte qu'un système de contrôle approprié soit mis en place. Il est en permanence l'ultime responsable du bon fonctionnement de ce système. L'al. 3 demande que les organes de contrôle soient indépendants des détenteurs de fonctions qui leur sont soumis (pour l'indépendance du conseil de fondation, voir l'art. 8). Cela dit, il n'est souvent pas nécessaire que tous les contrôles sur les tâches déléguées soient effectués par la fondation elle-même ou par une personne morale différente de celle qui a reçu la délégation. Selon le but du contrôle, il suffit parfois que le service conformité (*compliance*) d'une entreprise à laquelle des tâches ont été confiées se charge de certaines vérifications et en rende compte comme il se doit à la fondation. En ce qui concerne les tâches déléguées par le conseil de fondation à des instances de cette dernière, comme à la direction, une surveillance externe par un spécialiste conformité est requise en règle générale en plus de la surveillance exercée par des instances supérieures de la fondation.

S'il s'agit d'une commission du conseil de fondation, il n'y a pas de délégation à des tiers au sens de l'al. 1. L'indépendance n'est donc pas requise.

L'al. 4 prévoit que tous les contrats de délégation sont écrits. Ceux-ci doivent être conformes aux prescriptions de la fondation (p. ex. règlement d'organisation). Il faut aussi qu'ils satisfassent aux exigences des let. a à e. Lorsque des tâches de gestion de fortune sont déléguées, le contrat doit veiller par exemple au respect des prescriptions sur la banque dépositaire au sens de l'art. 12 (let. a).

La gestion de la fortune ne peut par ailleurs être déléguée qu'à des personnes directement soumises à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, sauf pour les mandats de gestion de placements immobiliers (let. b). Cette prescription a été introduite pour garantir que la fortune soit gérée par des professionnels qualifiés. Certaines tâches de gestion de fortune peuvent ainsi être confiées à des banques, à des négociants en valeurs mobilières, à des sociétés de direction de fonds, à des gestionnaires de fortunes de placements collectifs suisses de capitaux ainsi qu'à des assurances.

Selon la let. c, le contrat de délégation doit garantir que les dispositions des al. 2, 3 et 4, let. a et b, sont respectées même s'il y a délégation subséquente.

La let. d empêche qu'une imbrication des responsabilités ne crée une opacité. Quand les responsabilités sont confuses, il est plus difficile de réagir rapidement.

Selon l'al. 5, la délégation de tâches à des sociétés ayant leur siège à l'étranger est possible dans certaines limites. Dans ce cas, les mêmes exigences s'appliquent que lorsqu'il y a délégation à des mandataires suisses, sauf sur ce point : de tels mandats ne peuvent porter que sur des tâches « partielles » de gestion de fortune. La gestion d'ensemble des avoirs doit rester domiciliée en Suisse, ne serait-ce que parce qu'il est plus difficile pour les responsables de la fondation, pour l'organe de révision et pour l'autorité de surveillance de surveiller des tâches accomplies à l'étranger. Les litiges relèvent des tribunaux et du droit suisses. Cette approche se justifie pour des raisons de proximité, mais aussi parce que la justice suisse connaît en principe mieux que les juges étrangers la prévoyance professionnelle, ses institutions et les placements qu'elles peuvent effectuer. Par dérogation à l'al. 4, let. b, le gestionnaire de fortune doit être soumis à une surveillance comparable à celle de la Suisse. La pratique de la FINMA répondant à l'art. 13, al. 4, de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC, RS 951.31) peut servir ici de référence.

Art. 8 Prévention des conflits d'intérêts

Sur la base de l'art. 53k, let. c, LPP, l'art. 8, al. 1 renvoie aux art. 51b et 51c LPP, qu'il déclare applicables *par analogie* aux fondations de placement. Il en va de même pour certaines dispositions des art. 48h et 48i OPP 2. On pourrait aussi déduire des art. 51b et 51c qu'ils s'appliquent sans ce renvoi aux institutions annexes. Nous sommes d'avis qu'une telle interprétation est étayée par l'art. 2, al. 4, OPP 1. Il existe une limite : selon l'al. 1, les art. 48h et 48i OPP 2 ne s'appliquent pas intégralement pour les fondations de placement. C'est ainsi qu'il faut interpréter l'art. 2, al. 4, OPP 1 en ce qui concerne la surveillance des fondations de placement. L'art. 51b LPP impose aussi un devoir de réglementer suffisamment l'obligation de se récuser.

L'al. 2 demande qu'un tiers au maximum du conseil de fondation soit constitué par des membres de la direction de la fondation (administration et gestion de fortune incluses) ou par des représentants de ces mandataires. La mesure paraît suffisante pour assurer l'indépendance nécessaire du conseil de fondation. A défaut, celui-ci ne défendrait plus objectivement et sur tous les plans les intérêts des investisseurs et il se pourrait que les personnes au bénéfice d'une délégation, soumises au conseil de fondation (mandataires, employés de la fondation), soient appelées à contrôler elles-mêmes leur travail. La dernière phrase de l'al. 2 prévient ce risque en demandant que les membres du conseil qui se trouvent dans cette situation se récuse lorsqu'il est question d'affaires dans lesquelles ils sont impliqués.

Section 4 Organe de révision

Art. 9 Conditions

Les personnes définies à l'art. 52b LPP peuvent exercer la fonction d'organe de révision.

Art. 10 Tâches, al. 1, 2 et 3 (nouveau)

L'al. 1 dispose que l'art. 52c LPP s'applique par analogie aux tâches de l'organe de révision. C'est notamment le cas pour l'examen de la comptabilité et des comptes annuels, et pour la vérification de la conformité de la direction des affaires aux prescriptions légales, contractuelles, statutaires et réglementaires, y compris aux actes spéciaux comme le règlement d'organisation ou les directives de placement (art. 52c,

al. 1, let. a et b). L'organe de révision s'assure encore que les obligations en matière de rapports et de vérification selon l'art. 52c, al. 2 et 3, LPP sont remplies. Il examine aussi les mesures prises pour garantir la loyauté de la gestion de fortune et vérifie si les intérêts de la fondation sont sauvegardés lorsque des affaires sont faites avec des proches (art. 52c, al. 1, let. c et g, LPP).

Pour garantir la sécurité du droit, les al. 2 à 4 attribuent expressément à l'organe de révision une série de tâches découlant de la spécificité des fondations de placement, ou qui sont importantes en raison de leurs groupes de placements immobiliers. Il résulte de l'al. 3 qu'il lui revient de juger, le cas échéant, les motifs avancés pour des transactions immobilières dont le prix ne correspond pas aux estimations (analogue à l'art. 92, al. 4, OPCC). Cela vaut aussi pour les motifs avancés lorsque le prix indiqué pour un bien-fonds dans les comptes annuels ne correspond pas à sa valeur estimée (analogue à l'art. 93, al. 4, OPCC).

L'organe de révision doit aussi examiner l'organisation, et même l'organisation détaillée. L'art. 52c, al. 1, let. b, LPP fixe qu'il vérifie la conformité de l'organisation de la fondation de placement avec les dispositions légales et réglementaires. Il soumet à ce propos à l'organe suprême un rapport que la fondation fait parvenir à l'autorité de surveillance (art. 52c, al. 2, LPP, en corr. avec l'art. 52a, al. 2, par analogie, et avec l'art. 62a, al. 1, LPP). La vérification de la conformité au droit des actes de la fondation relatifs à l'organisation (art. 15) ainsi que des contrats fait aussi partie de l'examen de l'organisation. Pour qu'il n'y ait pas de doublons ni de travail inutile, il faut que la surveillance se limite à l'examen de l'organisation décrite dans les statuts et le règlement, et se base sur l'examen de l'organe de révision en ce qui concerne les détails de l'organisation. Selon l'al. 5, la surveillance peut ordonner à l'organe de révision de compléter au besoin l'examen ordinaire d'une fondation de placement et d'entreprendre une révision plus détaillée. L'autorité de surveillance a le droit d'exiger dans ce cadre que le rapport de l'organe de révision se prononce aussi sur des règlements d'organisation spéciaux (art. 15), des contrats importants (art. 7, al. 4) et le système informatique, et dise si l'organisation est appropriée au vu des particularités de la fondation (art. 6, al. 2), et si les tâches des décideurs sont suffisamment réglementées, avec toute la clarté requise (art. 15, al. 2 et 3), afin qu'il n'y ait pas de conflits de compétences. L'organe de révision peut aussi être appelé à dire si les mécanismes de contrôle sont suffisamment développés (art. 10, al. 3) et si les contrats importants et les règlements spéciaux sont conformes aux statuts et au règlement, ainsi qu'aux dispositions légales. L'al. 5, dernière phrase, prévoit qu'il revient à l'autorité de surveillance de décider, après avoir étudié le rapport de révision, si un examen distinct – au besoin aussi ponctuel – de l'organisation détaillée, règlements compris, s'impose au vu de l'art. 62 LPP. Si des indices font penser qu'il pourrait y avoir des problèmes, elle peut évidemment procéder en tout temps à des vérifications ou, sur la base de l'al. 5, demander à l'organe de révision de faire des examens complémentaires.

Section 5 Experts chargés des estimations

Art. 11 Experts chargés des estimations

Il faut que les experts chargés des estimations travaillant pour les fondations de placement en biens-fonds et les groupes de placements immobiliers aient les qualifications suffisantes (al. 3), soit une formation et une expérience qui leur permettent d'accomplir leurs tâches. Il faut aussi qu'ils soient indépendants et qu'ils aient bonne réputation.

Avant d'investir dans des placements immobiliers étrangers, il est souvent nécessaire de collaborer avec des évaluateurs étrangers qui connaissent la situation locale. L'al. 2 permet aux fondations ou aux experts suisses chargés des estimations de le faire, mais à condition que les évaluateurs ou les collègues étrangers soient choisis avec soin et qu'ils aient les qualifications et l'indépendance requises (al. 3).

Section 6 Banque dépositaire

Art. 12 Nature de la banque dépositaire

Pour protéger les avoirs placés, les valeurs déposées auprès des banques doivent être conservées dans des banques soumises à la surveillance de la FINMA. La réglementation se rattache à celle de l'art. 72 LPCC. Comme cela est prévu à l'art. 73, al. 2, LPCC, la banque dépositaire peut confier à des tiers la garde de la fortune selon l'al. 2, à condition qu'elle procède avec le soin requis.

Section 7 Actes de la fondation et examen préalable

Art. 13 Contenu du règlement

La fondation doit prévoir une réglementation suffisante des domaines la concernant, pour que l'organisation et le placement de la fortune soient irréprochables, et pour garantir la sécurité du droit et assurer la transparence vis-à-vis de toutes les parties prenantes, notamment des investisseurs. Ce devoir de réglementation fait l'objet de l'art. 13. L'al. 1 énonce que l'assemblée des investisseurs réglemente tous les domaines déterminants pour la fondation, notamment l'organisation de celle-ci, l'activité de placement et les droits des investisseurs. A cette fin, les statuts peuvent renvoyer à d'autres actes complétant les statuts. Les statuts des fondations de placement mentionnés dans différents articles de l'ordonnance comprennent en général les statuts au sens propre, le règlement de la fondation et des règlements spéciaux tels que les directives de placement, les règlements d'organisation, les règlements sur les émoluments, etc. C'est pourquoi la notion de « statuts » dans la présente ordonnance a une signification plus ou moins étendue, recouvrant différentes significations.

Une réglementation est nécessaire, selon l'al. 1, d'une part sur les points mentionnés à l'al. 3 (la tâche peut alors être déléguée au conseil de fondation) et, d'autre part, sur la base de la LPP, du CC et de la pratique en vigueur, notamment sur les éléments suivants : le but et le siège de la fondation, la désignation des fondateurs et des organes, l'année de fondation, le montant de la fortune de base et le cercle des investisseurs, les conditions d'accès à la fondation et les droits des investisseurs ; la convocation de l'assemblée des investisseurs et ses compétences, le droit de participer, le pouvoir de représentation, le quorum ainsi que les modalités d'élection et de vote ; l'acquisition, le rachat et la formation des prix des droits ; le calcul de la valeur nette d'inventaire des groupes de placements et des droits ainsi que la date de l'évaluation ; la composition, l'élection, la durée du mandat et les tâches de base du conseil de fondation, l'élection et la durée de la présidence, la fréquence des séances et leur convocation, le quorum et les modalités de vote ; le choix, la durée du mandat et les exigences posées à l'organe de révision et les tâches de celui-ci ; la définition de l'année comptable ; un renvoi à l'autorité de surveillance ; le droit d'information et de renseignement ; l'exercice des droits d'actionnaire et la dissolution ou la fusion de la fondation.

Tenant compte des changements qui ne manqueront pas de se produire, le Conseil fédéral a renoncé à énumérer dans l'ordonnance tous les points sur lesquels des règles doivent être édictées. C'est pourquoi il a opté pour une formulation abstraite de

l'al. 1. Avant tout pour défendre les intérêts des investisseurs (information et sécurité du droit), la surveillance obtient à l'al. 2 le droit d'obliger à réglementer certains domaines sur lesquels les statuts ne se prononcent pas. Il peut être nécessaire de prévoir des règles supplémentaires lorsque par exemple sont édictées de nouvelles prescriptions légales. Selon l'importance des enjeux, l'autorité de surveillance peut exiger que ces règles figurent dans les statuts (avec demande de modification des statuts approuvée par l'autorité de surveillance) ou dans le règlement.

Les domaines dans lesquels des règles doivent être édictées selon l'al. 1 n'ont pas tous la même importance. Dans la pratique en vigueur, les domaines visés à l'al. 3 (pour lesquels une délégation est possible) peuvent être réglementés dans un document ou un autre des statuts de la fondation. Souvent, ces points ne sont pas codifiés dans les statuts au sens propre ou dans le règlement de la fondation, mais dans des réglementations spéciales. Cela concerne de préférence les règles sur le placement ou l'organisation détaillée. Lorsque la compétence de réglementer a été déléguée au conseil de fondation, celui-ci doit impérativement faire figurer les dispositions dans un règlement spécial (al. 4). Si l'assemblée des investisseurs se charge elle-même de la tâche, elle peut introduire les dispositions dans les statuts au sens propre, dans le règlement de la fondation ou dans un acte spécial. Les règles concernant les autres domaines mentionnés plus haut figurent au moins au niveau du règlement de la fondation. Les art. 80 ss. CC exigent que certains points soient impérativement codifiés dans les statuts. L'investisseur doit pouvoir être sûr de trouver les principales données concernant la fondation dans les statuts au sens propre et dans le règlement de celle-ci, car ces documents sont en principe les premiers dont il prend connaissance. Pour des raisons de transparence, l'autorité de surveillance peut, sur la base de l'al. 2, exiger de la fondation qu'elle fasse figurer ce type de dispositions dans le règlement de la fondation.

L'al. 2 octroie à l'autorité de surveillance le pouvoir d'ordonner à une fondation d'améliorer une réglementation au nom de la sécurité du droit et de la transparence. A côté de l'exemple qui vient d'être mentionné, cela peut être le cas lorsque les actes d'une fondation ne sont pas suffisamment détaillés, que la réglementation est inégalement précise, que des points ne sont pas abordés, que la structure manque de systématique, que des dispositions se contredisent, que des formulations ou des titres sont ambigus.

L'al. 3 permet à l'assemblée des investisseurs (ou, lors de la fondation, au fondateur) de prévoir dans les statuts une délégation de compétences confiant au conseil de fondation la tâche d'édicter des dispositions qui relèveraient d'elle selon l'art. 4, al. 1, let. b. Sont visés ici des domaines que cette assemblée pourrait réglementer elle-même dans les actes de son choix (statuts, règlement ou règlement spécial). Mais s'il y a délégation au conseil de fondation, l'al. 4 précise que ce conseil doit inscrire obligatoirement les dispositions dans un règlement spécial. Les règlements spéciaux sont adoptés intégralement soit par l'assemblée des investisseurs (art. 4, al. 1, let. b), soit, en cas de délégation (art. 4, al. 1, let. b, en corrélation avec l'art. 13, al. 3 s.), par le conseil de fondation. Au vu de l'al. 4, le conseil de fondation ne peut pas accomplir les tâches réglementaires qui lui ont été confiées en inscrivant de nouvelles dispositions dans le règlement de la fondation au sens étroit.

Ne peuvent être déléguées que des prescriptions au sens de l'al. 3. Dans les faits, c'est souvent le conseil de fondation qui édicte les directives de placement et le règlement d'organisation. Etant donné l'importance de ces transferts de tâches, ceux-ci doivent être prévus dans les statuts. La délégation de la rédaction des dispositions sur le placement est déjà prévue à l'art. 53i LPP. Il est aussi possible que les statuts ne

chargent le conseil de fondation d'édicter des dispositions que sur des parties des domaines mentionnés à l'al. 4, soit sur des éléments particuliers du placement ou de l'organisation détaillée. Quoi qu'il en soit, il faut que le pouvoir de délégation soit formulé suffisamment clairement et que le cadre du règlement spécial édicté par le conseil de fondation soit défini de manière appropriée. Si ce n'est pas le cas, l'autorité de surveillance pourrait exiger des adaptations sur la base de l'al. 2.

Le droit de l'assemblée des investisseurs d'octroyer au conseil de fondation la compétence d'édicter des prescriptions d'organisation dans le domaine de l'organisation détaillée (art. 4, al. 1, let. b, en corr. avec l'al. 3) mérite une attention particulière. Une telle délégation se justifie malgré l'art. 53h, al. 3, LPP qui charge l'assemblée des investisseurs d'édicter des dispositions sur l'organisation, l'administration et le contrôle. Le devoir de l'assemblée des investisseurs doit être compris dans ce cadre comme celui de fixer des bases organisationnelles suffisantes. Il est respecté lorsque la responsabilité d'édicter les statuts au sens propre et le règlement de la fondation est attribuée clairement et sans délégation possible à l'assemblée des investisseurs (art. 4), et que celle-ci fasse figurer au moins dans ces actes des dispositions sur les principales instances de l'organisation, soit l'assemblée des investisseurs, le conseil de fondation et l'organe de révision. Il est impératif que l'assemblée des investisseurs établisse, dans les statuts, une réglementation de principe des tâches du conseil de fondation, ce qui est prévu à l'art. 15, al. 1. Une délégation au conseil de fondation de l'édiction de la réglementation détaillée ne contrevient pas au droit (cela est indiqué dans le rapport sur les fondations de placement rédigé par l'OFAS en vue de la séance de la CSSS-N du 27 août 2009). Ce qui serait problématique au vu de l'art. 53h, al. 3, LPP, ce serait qu'il n'existe pas de réglementation de l'organisation détaillée, expressément prévue à l'art. 15. L'assemblée des investisseurs doit soit édicter elle-même cette réglementation, soit en déléguer la rédaction au conseil de fondation. L'obligation de réglementation prévue l'art. 53h, al. 3, LPP n'oblige cependant pas l'assemblée des investisseurs à édicter elle-même toutes les dispositions sur l'organisation.

L'al. 4 prévoit expressément que le conseil de fondation ne peut pas déléguer à des tiers les tâches réglementaires que lui ont été confiées.

Art. 14 Réglementation des placements dans la fortune de placement

La fondation doit édicter des règles sur les placements, dont font aussi partie les éventuelles filiales au sens de l'art. 32 s. La fondation édicte des directives de placement pour chaque groupe de placements (al. 1). Par directives de placement, il faut entendre des prescriptions sur les placements. L'expression a été reprise dans l'ordonnance parce qu'elle est utilisée communément dans le contexte des fondations de placement. À côté des directives spéciales concernant certains groupes de placements, il existe le plus souvent des directives générales, complétées par les premières. Les prescriptions spéciales l'emportent cependant sur les prescriptions générales (*lex specialis derogat legi generali*). Généralement, l'ensemble des directives sont regroupées dans un seul document.

L'art. 14 demande que l'univers de placement et les restrictions de placement de chaque groupe de placements soient clairement et intégralement définis. L'al. 1 répond à des impératifs de sécurité du droit et de transparence : il faut que la réglementation soit claire et complète pour qu'il n'y ait pas de problème dans la gestion de la fortune. Par conséquent, toutes les dispositions légales relatives au placement (art. 26 ss.) doivent être rigoureusement mises en œuvre par les directives prévoyant des restrictions. Dans ce cas, il faut par exemple que celles-ci contiennent des dispositions sur les placements autorisés (y compris dérivés et placements collectifs) et sur la diversification. Toutes les restrictions de placement doivent figurer dans les directives.

L'al. 2 permet toutefois de faire figurer dans les directives de placement des renvois à des dispositions d'application, à condition que celles-ci ne règlent que des points de détail secondaires. Lorsqu'elle juge les dispositions d'application importantes, l'autorité de surveillance peut toutefois demander à la fondation de les faire figurer dans les directives elles-mêmes. La mesure répond à l'al. 2 et à l'art. 13, al. 2. La transparence est meilleure pour les investisseurs lorsque la réglementation sur les placements est contenue dans les directives au sens propre, et celle sur les points de détail techniques dans les dispositions d'application. Les directives au sens propre constituent la source de base pour les investisseurs qui veulent s'informer sur les placements autorisés. Il faut que les investisseurs reçoivent non seulement les directives de placement (art. 35, al. 1), mais aussi les dispositions d'application qui les accompagnent, celles-ci devant être remises au moins sur demande, conformément à l'art. 36, al. 1.

Art. 15 Réglementation de l'organisation détaillée

L'art. 15 impose une réglementation de l'organisation détaillée de la fondation et définit le domaine réglementaire. En fait partie l'organisation des tâches relevant de la responsabilité du conseil de fondation ou des instances auxquelles il a délégué celles-ci, tâches qui ne doivent être réglementées que sommairement dans les statuts au sens propre. La réglementation de l'organisation détaillée doit aussi préciser le domaine de délégation, ce que les exigences d'ordre matériel de l'al. 2 mettent spécialement en évidence. L'art. 15 n'exclut pas de régler l'organisation détaillée au moins en partie – et théoriquement aussi, en totalité – dans les statuts au sens propre ou dans le règlement de la fondation. En fait, cette organisation est presque toujours réglementée dans des règlements d'organisation, leur édicition étant déléguée au conseil de fondation (cf. commentaire de l'art. 13, al. 3). Ce qui est important, c'est qu'une réglementation de l'organisation détaillée soit élaborée. L'al. 3 ajoute cette considération d'ordre général : la réglementation détaillée de l'organisation doit être adaptée à la situation de la fondation, essentiellement à son type d'activité et au volume de celle-ci. De ce point de vue, les exigences posées en matière d'organisation et la réglementation à ce propos peuvent varier, selon qu'il s'agit d'une institution focalisée sur plusieurs classes d'actifs ou sur une seule (p. ex. fondation de placements immobiliers). Il faut, selon les circonstances, opter pour la solution la mieux adaptée à l'organisation (art. 6) et à sa réglementation.

Selon l'al. 1, la réglementation de l'organisation détaillée doit aussi indiquer les tâches que le conseil de fondation ne peut pas déléguer, au moins celles qui, selon l'art. 53h, al. 2, LPP, « sont directement rattachées à la direction suprême de la fondation de placement ». Une liste détaillée de ces tâches doit être établie. En font partie notamment les décisions stratégiques ou concernant la politique d'entreprise, la conclusion de contrats importants (p. ex. avec la direction des affaires, des gestionnaires de fortunes, la banque dépositaire ou les experts chargés des estimations), l'exercice de compétences réglementaires (selon l'art. 13, al. 3), la réglementation du droit de souscription, les fonctions de contrôle importantes, la représentation de la fondation à l'extérieur, etc.

Mais ce qui est le plus important dans la réglementation de l'organisation détaillée, c'est la définition des tâches assumées par le conseil de fondation lui-même, de celles qui sont déléguées à des tiers et du contrôle de ces tâches. Doivent donc être mentionnées les tâches concrètes du conseil de fondation, de ses commissions et comités, ainsi que d'autres instances bénéficiant de délégations, et en particulier les tâches de la direction. Les personnes chargées de fonctions mentionnées à l'al. 2 sont d'abord les membres du conseil de fondation lui-même et les personnes auxquelles il délègue des tâches. On peut toutefois penser également à d'autres détenteurs de fonctions, responsables devant le conseil de fondation, organe exécutif le plus élevé,

sans avoir pour autant reçu leurs prérogatives de ce conseil, mais du fondateur ou de l'assemblée des investisseurs, sur la base des statuts ou du règlement de la fondation. Ainsi, de fait, la mise en place de comités de placements est parfois prévue dans les statuts ou dans le règlement de la fondation.

L'al. 2 dispose que la réglementation de l'organisation détaillée doit établir clairement, avec suffisamment de précision, les droits et les devoirs de toutes les personnes chargées de fonctions et notamment des contrôles. Il faut donc veiller à ce que les mécanismes de contrôle soient à la hauteur et les responsables des tâches de surveillance clairement définis. La réglementation de l'organisation doit régler les tâches des décideurs de telle sorte qu'il n'y ait pas de conflits négatifs ou positifs de compétences. L'établissement d'une liste des tâches détaillée et une délimitation claire des prérogatives de chacun sont donc requis.

Art. 16 Réglementation des émoluments

Dans ce domaine, la réglementation – souvent un règlement des émoluments et des frais – doit mentionner tous les frais directs à la charge du groupe de placements. Il faut que les informations sur le prélèvement des émoluments soient suffisantes, traitant leur montant, les facteurs de coûts et les modalités de calcul (al. 2). Cette réglementation garantit la transparence sur les frais et les émoluments, ce qui est primordial, puisque ces derniers affectent considérablement la performance des placements. Si les émoluments ne couvrent pas tous les frais à la charge des groupes de placements, il faut que la réglementation contienne des indications particulières sur les coûts imputés en plus des émoluments (al. 1). Les frais de transaction, les frais de mandats particuliers, les commissions de distribution et de garde, etc. constituent de tels coûts, qui n'entrent pas toujours dans les émoluments. De plus, dans les comptes annuels, les coûts doivent être indiqués conformément à l'art. 38, al. 5 à 7.

Les émoluments prélevés auprès des investisseurs peuvent être calculés en fonction du volume des placements, des sommes étant le cas échéant remboursées à ceux qui investissent un certain montant dans un groupe de placements sur une période donnée au moins. Dans ce cas, il faut que l'échelle des tarifs utilisée et les critères de répartition des investisseurs dans telle ou telle catégorie soient indiqués (p. ex. période durant laquelle l'investisseur doit investir un montant donné ; tarif et volume minimum, etc.). A défaut, l'autorité de surveillance peut intervenir (art. 13, al. 2). En ce qui concerne l'égalité de traitement, nous renvoyons au commentaire de l'art. 2, al. 3.

Les commissions d'émission et de rachat, déterminantes pour la formation des prix (art. 18, al. 1) doivent aussi être clairement réglementées. Au lieu de quoi, on parle souvent des dépenses (moyennes). Les facteurs de coûts déterminants et le montant des commissions doivent être indiqués.

Art. 17 Examen préalable

L'al. 1 porte sur l'édiction ou la modification de dispositions de la fondation devant être soumises à l'assemblée des investisseurs (art. 4, al. 1, let. a et b). Il prescrit impérativement à la fondation de clarifier au préalable avec l'autorité de surveillance si les modifications envisagées par le conseil de fondation sont conformes au droit ou si l'autorité approuverait une demande de modification des statuts soumise par l'assemblée des investisseurs. Cette exigence procédurale a été introduite pour éviter que l'assemblée des investisseurs vote sur des demandes de modification des statuts ou du règlement (c'est-à-dire des règlements de fondation et des directives de placement dans la mesure où, selon l'art. 13, al. 3, ils sont délégués au conseil de fondation) et que, une année plus tard, le conseil de fondation revienne sur les modifications proposées en raison des objections faites par l'autorité de surveillance.

Cela serait préjudiciable à la réputation du conseil de fondation ou à celle de l'autorité de surveillance.

Aux termes de l'art. 53k, let. d, LPP, l'ordonnance doit traiter en particulier des placements. Le Conseil fédéral a donc la compétence de fixer les conditions de placement, qu'elles soient de nature formelle ou matérielle. Sur cette base, pour protéger l'investisseur et pour garantir que les directives soient assez développées et conformes au droit, l'ordonnance impose un examen préalable des directives de placement de certains groupes de placements, même lorsqu'il n'est pas obligatoire de les soumettre à l'assemblée des investisseurs. L'exigence doit être respectée lors du lancement de certains groupes de placements et en cas de modification de leurs directives. Les éventuelles dispositions d'exécution visées à l'art. 14, al. 2 doivent elles aussi faire l'objet d'un examen. Les produits alternatifs visés ici sont essentiellement des véhicules ayant une structure de placement complexe et faisant courir des risques importants aux investisseurs. Il en va de même pour les placements immobiliers étrangers. Dans ce cas, il faut être préalablement d'autant plus attentif au respect des obligations légales et, partant, à la limitation des risques. Le plus souvent, ces placements sont difficiles à réaliser – la période d'engagement étant prolongée, par exemple. Du même coup, il est plus malaisé de modifier rapidement la composition de son portefeuille après coup. L'autorité de surveillance fait savoir dans le mois à la fondation si elle renonce à réaliser un examen préalable.

L'autorité de surveillance peut décider que les directives de placement d'autres groupes de placements sont soumises à un examen préalable (al. 3) s'il s'agit de produits ayant des structures de placement complexes ou difficiles à réaliser. Il n'est pas nécessaire que tous les critères mentionnés s'appliquent. Il suffit qu'un type de produit ait une structure de placement complexe pour que l'autorité de surveillance ait le droit d'exiger un examen préalable. Cette approche se justifie d'autant plus que les risques sont souvent plus élevés dans ce cas. Mais le dispositif vise avant tout les groupes de placements qui constituent de véritables produits structurés. L'autorité de surveillance informe de manière appropriée les fondations sur les exigences en matière d'examen préalable. Elle devrait au moins fournir des renseignements à ce propos sur son site Internet.

Si l'autorité de surveillance renonce à un examen préalable (al. 4), cela ne signifie pas qu'elle ne fera pas d'examen matériel par la suite. Un examen préalable peut être omis lorsque par exemple un véhicule de placement de la fondation a été examiné et qu'il s'agit de véhicules de placement identiques ou investis sous la même forme. L'art. 37, al. 4, demande que les directives de placement et le prospectus soient soumis à l'autorité de surveillance. Comme le commentaire de cette disposition l'indique, il n'y a cependant pas alors d'obligation d'examen sur ce point.

Un certificat de contrôle est établi au terme de l'examen préalable (al. 6). Il peut s'agir d'un document écrit ordinaire ou d'un acte attestant une décision formelle, notamment en cas de divergence manifeste d'interprétation du droit entre l'autorité de surveillance et la fondation. Le lancement d'un groupe de placements n'est autorisé que lorsque la procédure d'examen préalable est terminée. Si une décision a été prononcée, le lancement ne peut avoir lieu qu'une fois la décision entrée en force ou la procédure de recours contre la décision terminée.

Lorsqu'elles ont été adaptées en fonction des résultats de l'examen préalable et mises en vigueur – ou que le produit a été lancé –, les prescriptions doivent être envoyées à l'autorité de surveillance pour que celle-ci puisse faire une comparaison avec les indications qu'elle avait formulées.

Section 8 Droits

Art. 18 Dispositions générales

Les droits ne sont pas des papiers-valeurs et n'ont pas de valeur nominale. Ils constituent de pures créances comptables, qui garantissent à l'investisseur un droit à une part correspondante de la fortune nette du groupe de placements investi et de ses produits. L'art. 18, al. 1, formule des exigences concernant le contenu de la réglementation de ces droits. Des indications doivent être fournies sur le calcul de la valeur des droits du groupe de placements ou du compartiment (lorsque le groupe est compartimenté), ainsi que sur l'instance qui fixe le montant d'un droit lors de la première émission d'un groupe de placements. Il faut par ailleurs que les statuts ou le règlement de la fondation énoncent les conditions à remplir pour acquérir un droit, donc les modalités de souscription, les délais d'annonce préalable (clôture de la souscription) et les dates d'émission. Il en va de même pour les modalités de rachat (délais de garde, délais de dénonciation, dates de rachat, etc.). La manière dont sont établis les prix doit apparaître clairement dans les statuts au sens large (p. ex. prix d'émission par droit à la valeur nette d'inventaire, ou avec commission de lancement, ou selon la méthode *swinging single pricing*, etc.). L'al. 1 est respecté lorsque les dates et délais applicables pour les souscriptions ou les rachats figurent au moins dans le règlement, ou que celui-ci en fasse mention et confie expressément au conseil de fondation la tâche de les fixer.

Le conseil de fondation doit veiller (art. 65a LPP, par analogie) à ce que les modalités des souscriptions et des rachats soient publiées sous une forme appropriée (p. ex. sur le site Internet et, le cas échéant, dans un prospectus). A défaut, l'autorité de surveillance peut le demander à la fondation (art. 62a, al. 2, LPP).

L'al. 2 indique que les droits doivent être acquis lors de leur émission par la fondation de placement, et qu'un libre négoce des droits n'est pas autorisé. Il en va de même en cas de cession des droits, mais l'alinéa prévoit ici qu'un investisseur peut céder ses droits à d'autres investisseurs, mais pas à n'importe lesquels, puisque des conditions sont indiquées.

Art. 19 Engagements de capital

L'art. 19 permet à la fondation d'autoriser les engagements de capital pour un montant fixe en vue de l'acquisition de droits. L'engagement de capital étant un premier pas en vue d'acquérir des parts, il doit lui aussi être codifié dans le règlement ou dans les statuts, conformément à l'art. 18, al. 1. L'opération permet à la fondation de disposer immédiatement de fonds suffisants lorsque se présentent des opportunités d'achat, et les investisseurs ne doivent pas acquérir immédiatement des droits en injectant des sommes que la fondation devrait conserver sous forme de liquidités au rendement réduit. L'engagement de capital est une pratique courante dans les domaines des groupes de placements immobiliers et du *private equity*. Les statuts ou le règlement doivent préciser clairement quels sont, pour l'investisseur et pour la fondation, les droits et les devoirs liés à un engagement de capital. Il faut que l'autorité de surveillance puisse agir sur le contenu des dispositions régissant les engagements de capital, par exemple en matière d'égalité de traitement (art. 2, al. 3) des investisseurs souscrivant de tels engagements. Mentionnons ici que selon la pratique en matière de surveillance, il n'y a pas d'inégalité de traitement lorsque le règlement de la fondation prévoit que les engagements de capital doivent avoir l'aval du conseil de fondation, mais que celui-ci n'est pas tenu devant les investisseurs de les accepter.

Art. 20 Apports en nature

L'art. 20 prévoit que des investisseurs peuvent acquérir des droits non seulement en versant de l'argent, mais aussi en faisant des apports en nature, et il précise à quelles conditions. La fondation fait figurer tous les apports en nature dans un document destiné à l'organe de révision (al. 3), lequel vérifie que les opérations se sont déroulées correctement, sur la base de l'art. 10, al. 1 et 2 (respect des dispositions légales, et d'abord évaluation et répartition des droits correctes).

Art. 21 Limitation de l'émission et rachat de droits

L'al. 1 vise avant tout les groupes de placements immobiliers confrontés à une pénurie d'opportunités. Les restrictions de ce type devraient figurer dans l'annexe aux comptes annuels et être motivées.

L'al. 2 autorise, avec l'accord préalable de l'autorité de surveillance, le lancement de groupes de placements fermés (c'est-à-dire sans possibilité de rachat) investis dans des actifs très difficiles à réaliser, par exemple des groupes de placements en *private equity*. Un délai de garde peut dans ce cas être fixé (al. 4). On peut penser ici à la constitution d'un portefeuille de placements illiquides ou constitués de gros apports en nature faits au départ par un petit nombre d'investisseurs. La durée de garde doit être évaluée au cas par cas. L'autorité de surveillance devrait donner son accord lors de l'examen préliminaire des modifications réglementaires qui lui sont soumises (art. 17).

Un prospectus doit être disponible lorsqu'il y a fermeture au sens de l'al. 2. Cela se justifie d'autant plus qu'il s'agit alors de l'un des rares cas de figure où il y a, pour un groupe de placements, extension des possibilités de placement au sens de l'art. 50, al. 4, OPP 2 ; en effet, dans ce cas, l'art. 56, al. 2, let. b, OPP 2 ne s'applique plus, dans la mesure où il n'y a pas de rachat des droits. Le prospectus doit attirer l'attention de l'investisseur sur ce point. De plus, les groupes de placements fermés sont le plus souvent des groupes en *private equity*, pour lesquels un prospectus est nécessaire selon l'art. 37, al. 2.

L'al. 3 protège les investisseurs ayant investi des fonds dans des groupes de placements fermés des augmentations de capital résultant de l'émission de nouveaux droits octroyés à des tiers, si bien que les premiers investisseurs ne bénéficieraient pas dans la même mesure des hausses de valeur (dilution).

L'al. 5 indique que la fondation peut différer le rachat de droits. Cette disposition aussi a été introduite avant tout pour les véhicules de placement peu liquides. Le prix est établi à la fin de la période de report, sur la base de la valeur d'inventaire des droits à cette date (al. 6).

Section 9 Affectation de la fortune de base

Art. 22 Affectation possible

Selon l'al. 2, le capital de dotation peut, en particulier au début, être utilisé pour permettre à la fondation de fonctionner. Au terme de la phase de constitution de celle-ci et par la suite, la fortune de base (capital de dotation plus ses produits ainsi que les éventuels autres apports de capital) doit équivaloir au moins au minimum de 100 000 francs indiqué à l'art. 22 OPP 1 et ne jamais passer en-dessous de ce seuil.

Art. 23 Placement de la fortune de base

Les placements doivent respecter les prescriptions des art. 53 ss. OPP 2. Le Tribunal fédéral lui-même a reconnu que celles-ci étaient utiles pour garantir la sécurité, la rentabilité, la liquidité, la diversification et la préservation de la valeur (ATF 124 III 97

s., consid. 2 avec renvois). Lorsqu'il s'agit de placer la fortune de base, le conseil de fondation ou la direction doivent respecter ce cadre. Les dispositions spéciales des art. 24 s. demeurent réservées.

Les prescriptions des art. 22 ss. étant suffisamment claires, il n'est pas nécessaire d'imposer à la fondation une obligation d'édicter des dispositions sur l'affectation de la fortune de base.

Art. 24 Filiales dans la fortune de base

L'al. 1 fournit une définition légale du sens du mot filiale dans l'ordonnance. Pour que l'on puisse parler de filiale, la fondation ne doit pas simplement détenir la majorité du capital et des voix d'une société, mais en être l'unique propriétaire.

La société dont la fondation est l'unique propriétaire n'est évidemment pas cotée. Les dispositions de l'art. 23 ne sont donc pas respectées, la filiale dérogeant à l'art. 53, al. 1, let. d, OPP 2. Mais les filiales au sens de l'art. 24 doivent tout de même être autorisées à titre d'exception (*lex specialis*). A l'heure actuelle, ce sont surtout les fondations de placements immobiliers qui possèdent des filiales. Des discussions ont lieu depuis longtemps sur la légalité de celles-ci et sur le type d'activité exercée. L'ordonnance permet de remédier à l'insécurité du droit et de prévenir certains risques (concentration des risques, responsabilité de la fondation, conflits d'intérêts, manque de transparence des structures, etc.). Si les filiales ne sont pas totalement interdites, c'est parce qu'elles versent des dividendes et peuvent présenter des effets d'échelle intéressants, les investisseurs de la fondation ayant ainsi la possibilité de baisser leurs coûts, dans la mesure où les apports de tiers accroissent la fortune gérée dans la filiale. Une interdiction aurait posé d'autres problèmes, puisqu'il aurait fallu trouver un repreneur pour ces filiales, qui dirigent les affaires de la fondation de placement, afin d'éviter leur liquidation pure et simple.

L'al. 2 indique les conditions qui doivent être remplies pour qu'une filiale puisse exister dans la fortune de base.

Let. b : l'assemblée des investisseurs doit donner son aval à une participation de ce type (soit une participation de 100 % rendant la fondation unique propriétaire au sens de l'al. 1). C'est aussi le cas lorsqu'une société est créée.

La let. c : l'assemblée des investisseurs doit également approuver les affaires importantes de la filiale. Cette disposition a été rédigée à l'adresse du conseil de fondation, chargé de veiller à ce que ce type d'affaires soit soumis à l'assemblée des investisseurs. Sont considérées comme des affaires importantes notamment celles qui ont une grande portée financière ou stratégique, ou qui peuvent entraîner des conflits d'intérêts.

Let. d : l'entreprise doit d'abord permettre à la fondation de remplir ses buts au sens de l'art. 53g, al. 1, LPP, soit gérer et administrer les groupes de placements. Il faut que cette activité constitue au moins les deux tiers du chiffre d'affaires de la filiale. L'approche permet aussi de limiter les risques liés à la réalisation de mandats pour des tiers.

Let. e : l'art. 7, al. 4 s'applique pour le contrat passé avec la filiale. L'art. 7, al. 4, let. b, doit aussi être pris en compte, les filiales dans la fortune de base se trouvant essentiellement dans les fondations de placement en immobilier.

Let. f : la fondation doit exercer un contrôle suffisant sur la direction de la filiale. Un tel contrôle est déjà exigé par l'art. 7, al. 3, lorsqu'un mandat est attribué. Pour prévenir d'éventuels dommages, le contrôle doit aussi porter sur les travaux effectués par la direction de la filiale pour des tiers.

Let. g : une filiale ne peut posséder aucune participation dans des sociétés. Il s'ensuit qu'une filiale ne peut pas avoir elle-même une filiale. Cette disposition prévient les dangers liés aux enchevêtrements de participations, qui opacifient les structures.

Let. h : l'activité des filiales est limitée à la gestion d'avoirs de prévoyance, les fondations de prévoyance étant des institutions annexes de la prévoyance professionnelle. Selon les let. g et h, les filiales ne peuvent fournir que des services liés à la gestion de capitaux de prévoyance.

L'al. 3 reflète les liens étroits qui existent entre la fondation et sa filiale. Pour protéger la fortune de base et la fondation, l'autorité de surveillance doit également pouvoir obtenir de la filiale des informations ou des documents utiles. A cette fin, il faut que la fondation collabore avec l'autorité de surveillance.

Art. 25 Participations dans la fortune de base

L'al. 1 permet aux fondations de placement, en dérogation à l'art. 23 (en corr. avec l'art. 53, al. 1, let. d, OPP 2), de prendre des participations dans des sociétés anonymes non cotées en Bourse ayant leur siège en Suisse. Il présuppose que plusieurs fondations de placement s'unissent dans ce but en possédant et contrôlant ensemble la société non cotée. Chaque fondation doit détenir une participation de 20 % au moins (art. 665a CO, par analogie), autrement dit pouvoir exercer une influence déterminante. Si ce n'était pas le cas, il s'agirait d'un simple placement, contraire à l'art. 28.

Sur la base de l'art. 24, al. 2, let. b et c, une telle participation ainsi que les affaires importantes de celle-ci doivent être approuvées par l'assemblée des investisseurs (al. 2).

Section 10 Placements dans la fortune de placement

L'article déterminant pour le placement des avoirs de prévoyance par les fondations de placement était jusqu'à présent l'art. 59 OPP 2, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Il prévoyait d'appliquer par analogie les art. 49 ss. OPP 2, prévus pour le placement de la fortune, à l'activité de placement de ces fondations, en tant qu'institutions annexes de la prévoyance professionnelle. L'autorité de surveillance pouvait toutefois accorder des dérogations en vertu de l'art. 59, al. 2, OPP 2. Mais cet article n'autorisait pas une libéralisation plus importante, par exemple en termes de diversification. Se fondant sur l'art. 4b OPP 1, l'autorité voulait par ailleurs tenir compte d'une pratique ayant fait ses preuves et déduite des prescriptions de placement de l'OPP 2 (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108, ch. 2.10), en appliquant celles-ci par analogie aux fondations de placement. Les Chambres fédérales avaient aussi souligné la fonction des fondations de placement en tant qu'institutions auxiliaires de la prévoyance professionnelle. Elles portaient donc aussi de l'idée que leurs placements devaient se conformer aux prescriptions de l'OPP 2. Par l'art. 53k, let. d, LPP, le législateur a donc chargé le Conseil fédéral de doter ces institutions auxiliaires d'une réglementation sur les placements. Vu ce qui précède, celle-ci doit s'inspirer des prescriptions de l'OPP 2. Les institutions de prévoyance professionnelle, qui doivent s'en tenir au cadre fixé par les art. 53 ss OPP 2, voient dans les fondations de placement un avantage par rapport aux autres placements collectifs, puisqu'elles allègent leur activité de placement. Une réglementation des fondations de placement proche des prescriptions de placement de l'OPP 2 contribue ainsi à réduire les risques et à limiter les pertes. Compte tenu de cet arrière-fond et pour garantir la sécurité du droit, la réglementation prévue s'inspire donc des prescriptions de placement de l'OPP 2.

Art. 26 Dispositions générales

La clause générale de l'al. 1 renvoie aux prescriptions de placement de l'OPP 2 en raison de la fonction d'institutions auxiliaires des fondations de placement. Les art. 49 ss OPP 2 s'appliquent par analogie aux placements de tous les groupes de

placements des fondations de placement, sous réserve des prescriptions supplémentaires ou divergentes de la présente ordonnance et à l'exception de l'art. 50, al. 2, 4 et 5, OPP 2. Celui-ci est considéré comme non applicable, vu qu'il n'y a ni taux de couverture ni capacité de risque dans les fondations de placement. Les filiales autorisées en vertu des art. 32 s. sont considérées comme des placements dans la fortune au sens de l'al. 1. Par la mention de l'art. 50 OPP 2, la clause générale fait valoir les principes fondamentaux régissant les placements en général.

L'al. 1 contient par conséquent aussi le devoir de diligence, principe général de l'activité de placement. Celui-ci comprend l'obligation de choisir, contrôler et réaliser soigneusement les investissements. Quelques exemples tirés du domaine des obligations (groupes de placements en obligations ou part d'obligations de groupes mixtes) serviront d'illustration : la diligence impose que les obligations choisies soient négociées sur un marché liquide. L'investisseur espère en général des titres de ce type (obligations d'Etat ou d'entreprises ou d'organisations internationales). Le devoir de diligence suppose également que l'on tienne compte de la solvabilité des débiteurs, que la qualité s'appuie sur l'expertise d'une agence de notation reconnue ou simplement sur une notation bancaire. Les directives doivent donc prévoir un rating minimum (sauf s'il s'agit d'un groupe de placements en obligations avec gestion strictement passive ou considéré comme groupe d'obligations à taux élevés [*high yield bonds*]). Si les directives ne prévoient aucun seuil dans le rating des titres de dettes et si le groupe de placements n'est pas spécifiquement à taux élevés, les obligations mal notées (*non investment grade*) ne peuvent représenter qu'une fraction minimale de la part en obligations.

On est en présence d'un placement satisfaisant au devoir de diligence lorsque des investissements en créances garanties (les lettres de gage suisses mises à part) ne sont effectués qu'en connaissance du preneur de crédit et de la garantie, de sorte que la fondation est en mesure d'estimer la solvabilité des débiteurs et la sécurité. On peut par conséquent douter, au regard du devoir de diligence et de l'expérience acquise durant la crise financière des dernières années, qu'il faille autoriser des placements en créances restructurées (*collateralized debt obligations*, par exemple), surtout s'ils n'ont pas de valeur nominale (sans prix de rachat fixé).

L'al. 1 exige donc – en référence notamment à l'art. 50, al. 3, OPP 2 – que les groupes de placements soient diversifiés de manière adéquate. Il s'agit là d'un principe essentiel visant à limiter les risques. Diversifier les risques de manière appropriée est un principe valable dans tous les domaines comportant des risques ; il convient de l'introduire dans les directives de placement et de l'appliquer. Il doit même valoir lorsque des plafonds sont fixés pour des positions particulières : respecter ces valeurs-limites ne dispense pas d'observer le devoir de diligence et le principe de diversification des placements, ce que relève explicitement l'art. 50, al. 6, OPP 2. En d'autres termes, exploiter les limites maximales attribuées à des positions particulières tient du cas d'exception et non de la situation normale.

Le principe de diversification est limité à l'al. 2, en ce qu'il ne s'applique, pour un groupe de placements particulier, qu'en fonction de l'univers de placement dans lequel il s'inscrit. Les groupes de placements peuvent donc aussi constituer des produits de niche. Par produits de niche focalisés, on entend surtout des groupes de placements centrés sur un pays (étranger) ou sur une branche (pharma, technologie, etc.). En dépit de leur caractère exceptionnel, ils ne sont pas interdits. La diversification vise à limiter tout au moins le risque non systématique (lié à la spécificité de l'investissement, ou la particularité de l'entreprise), tandis que l'investisseur conserve sa responsabilité dans l'appréciation des risques de chaque catégorie de placement considéré sur le

marché (risque systématique). Si les fondations de placements devaient tenir compte de celui-ci, elles ne pourraient opérer que des groupes de placements mixtes, il serait du moins nécessaire d'appliquer une large diversification dans différentes catégories de placement pour réduire les risques du marché. Mais pour y parvenir de manière appropriée, les placements focalisés sur des régions ou des secteurs particuliers peuvent diversifier les échéances de placement, notamment quand il s'agit d'obligations. Concernant les actions, une répartition appropriée des investissements selon la situation géographique et les branches économiques est indiquée, dans la mesure où la focalisation du groupe d'actions le permet. Les limites par continent (ou pays) et la répartition régionale des placements doivent donc relever des directives (art. 14, al. 1), sauf pour la stratégie passive, dans laquelle la répartition suit l'indice défini. Les directives doivent également fixer à grands traits une répartition des placements entre branches.

L'al. 3 tient compte des investisseurs qui ont besoin d'investir dans des groupes de placements gérés passivement (ou axés sur un indice usuel) et de les conserver. Pensons par exemple à des groupes d'obligations dépassant la limite par débiteur fixée à l'art. 54 OPP 2 et dont l'indice de référence comprend un Etat particulier fortement pondéré. Une telle situation peut se rencontrer aujourd'hui pour les obligations de la Confédération, dans le cadre de l'indice *SBI Domestic*, sous-indice du *Swiss Bond Index* (SBI), ou pour les bons et obligations du Trésor américain. Aux termes de l'al. 3, la limite de l'art. 54a OPP 2 peut être dépassée dans un groupe d'actions si le SPI ou le SMI servent d'indice de référence, et que certains titres des secteurs pharmaceutiques ou de l'alimentation y ont sur le moment un poids important. L'autorité de surveillance peut formuler des exigences concernant l'indice de déviation (*tracking error*). Celui-ci ne peut être que minime pour les groupes de placements passifs : en général, de 0,5 % s'il s'agit d'actions, et de 0,3% s'il s'agit d'obligations. Pour les groupes de placements gérés activement, il convient de veiller à ce que le gestionnaire puisse exploiter la possibilité de surperformance par rapport à l'indice à l'intérieur d'un indice de déviation, sans occasionner un dépassement trop grand (cf. art. 54a OPP 2). D'autres exigences relatives à la diversification s'appliquent aussi à ces groupes gérés activement. L'approche strictement passive d'une gestion répliquant un indice doit clairement ressortir du titre et des directives, surtout quand, à la différence des groupes gérés activement, il ne reste guère de possibilité pour des prescriptions supplémentaires de diversification.

L'al. 4 précise que le risque de contrepartie pour les créances d'un groupe de placements – par quoi on entend la somme de toutes les créances de n'importe quel type – doit être limité à 10 % de la fortune (brute). La somme totale comprend non seulement des obligations ou des prêts normaux, mais aussi les produits dérivés. Les dispositions spéciales, telles que l'al. 3 concernant des exceptions à la limitation s'appliquant aux débiteurs individuels dans les groupes d'obligations, priment sur ce principe général.

L'al. 4 met une cautèle à l'al. 1 en supprimant les exceptions prévues à l'art. 54, al. 2, OPP 2. En pratique, vu l'al. 3, cette disposition n'entraînera aucun désavantage, et elle semble adéquate vu l'art. 50, al. 3, OPP 2. Elle vise surtout les fortunes mixtes.

L'al. 5 attribue aux fondations la responsabilité de veiller à une gestion garantissant des liquidités suffisantes. Le groupe de placements doit avoir des liquidités pour effectuer les paiements (liés aux engagements dans les affaires en cours, aux demandes de rachat, aux répartitions, etc.) ; il peut aussi en posséder pour des raisons tactiques (sommes « en attente » en cas de possibilités de placement insuffisantes). Les liquidités doivent être disponibles en suffisance et sous une forme appropriée. Une part en cash excédant largement et durablement, sans raison valable, les besoins en

liquidités auxquels on peut s'attendre ordinairement est incompatible avec une stratégie de placement efficace, contrevient aux directives de placement et ne répond pas aux attentes des investisseurs. Les groupes de placements répliquant un indice devraient en principe rester entièrement investis. Des placements à douze mois maximum sont considérés comme liquides. Entrent ainsi en considération les avoirs en caisse ou auprès de banques suisses de première catégorie ou auprès de la Poste (comptes d'épargne ou comptes courants, comptes de paiement et comptes de dépôt) et les placements sur le marché monétaire (fonds de placement monétaire ou portefeuilles collectifs du marché monétaire). Il paraît aussi approprié de conserver des liquidités en francs suisses ou dans la devise utilisée pour les investissements des groupes de placements.

Les crédits exercent un effet de levier sur la fortune. Afin de répondre aux exigences de sécurité, il y a lieu de renoncer à tout crédit portant sur l'ensemble du portefeuille de la fondation (al. 6). On peut en revanche tolérer des crédits transitoires, techniquement nécessaires pour résoudre un problème de liquidités de court terme. L'interdiction de tout emprunt de capital s'étend également aux placements collectifs investis dans des groupes de placements, sans quoi la fondation pourrait contourner la disposition par un véhicule de placement préalable, correspondant au groupe de placements. Au moment de les choisir, la fondation de placement doit veiller à la capacité d'emprunt des placements collectifs. L'interdiction de prendre un crédit s'applique aussi aux filiales – faisant partie du groupe – sous réserve de l'art. 33, al. 3 (en corr. avec l'art. 31, al. 1). Des dispositions s'écartant de l'al. 6 se trouvent aux art. 27, al. 7, et 28, al. 3.

L'al. 7 correspond à la pratique existante et permet à la fondation de mieux tenir compte des intérêts des investisseurs, dans des circonstances particulières.

L'al. 8 exige qu'au cas où les recommandations techniques de l'autorité de surveillance sur l'interprétation des dispositions de la section 10 ne sont pas respectées, des renvois à ces recommandations figurent dans le prospectus et que les dérogations à celles-ci y soient indiquées. Cela signifie que l'autorité de surveillance doit fournir dans ses recommandations techniques une aide à l'interprétation. Une fondation de placement qui y déroge est alors tenue d'indiquer dans le prospectus, à l'intention des investisseurs, les recommandations techniques de l'autorité de surveillance et celles qu'elle ne suit pas. Si l'autorité estime qu'il s'agit manifestement d'une infraction légale, elle garde toute latitude pour exiger de la fondation qu'elle s'amende et pour porter l'affaire devant le juge si nécessaire. Une éventuelle mention de la part de la fondation au sens de l'al. 8 ne saurait en effet rendre légale une situation illégale ou effacer l'infraction aux dispositions de l'ordonnance. Elle sert seulement d'information aux investisseurs. Quant à la recommandation technique de l'autorité de surveillance, elle peut certes servir d'aide à l'interprétation. Mais la fondation ne saurait en déduire que l'autorité de surveillance considère chacune de ses recommandations, malgré le sens usuel du mot de *recommandation*, comme n'étant pas contraignante et digne d'être mise en œuvre. Des produits alternatifs peuvent servir d'illustration, à titre d'exemple. Ceux-ci, conformément à l'art. 26, al. 1, en corrélation avec l'art. 50, al. 4, OPP 2, doivent être diversifiés de manière appropriée, les véhicules de placements collectifs étant qualifiés d'alternatifs, en vertu de l'art. 53, al. 2, OPP 2. Encore faut-il comprendre ce que cela signifie en pratique. La question prioritaire est de savoir quelle focalisation semble admise à la lumière de l'art. 53, al. 2, OPP 2 et de l'al. 1 du présent article d'ordonnance (placement uniquement dans des catégories principales ou aussi dans des catégories inférieures importantes) et comment fixer des limites aux positions particulières. Vu l'expression abstraite figurant à l'art. 53, al. 2, OPP 2 dans le domaine des placements alternatifs (« placements collectifs diversifiés »), il faut comprendre que l'autorité de surveillance donnera des recommandations techniques à ce sujet

précisant quels types de groupes de placements peuvent être offerts de manière indépendante conformément à l'art. 2, al. 2 OPP 2, et à quelles exigences la diversification doit répondre. Si une fondation de placement y déroge, elle est tenue d'indiquer aux investisseurs dans le prospectus les recommandations techniques de l'autorité de surveillance et celles qu'elle ne suit pas. Et si l'autorité estime qu'il s'agit d'une infraction légale, vu les art. 50, al. 3, et 53, al. 2, OPP 2 (en corrélation avec l'art. 26, al. 1), elle a encore toute latitude pour exiger de la fondation qu'elle s'amende – en procédant à une diversification suffisante – et pour porter l'affaire devant le juge si nécessaire.

Les prescriptions de placement ne peuvent guère être concrétisées pour chaque type de produits, ni suivre l'évolution des marchés financiers. L'innovation financière peut tout à fait conduire à considérer des points de détail de manière différenciée et à revoir l'appréciation valant jusqu'à présent. Une révision d'ordonnance immédiate à chaque innovation n'est toutefois pas possible. C'est pourquoi l'al. 9 permet à l'autorité de surveillance d'accorder des exceptions aux prescriptions de la présente section 10 dans des cas particuliers fondés et d'imposer des conditions aux dérogations (concernant des indications spéciales dans les rapports et les publications, par exemple). De telles exceptions requièrent une motivation convaincante. La disposition permet à l'autorité de surveillance d'autoriser – exceptionnellement et sur la base d'une appréciation d'ensemble des avantages, des inconvénients et des risques – certains produits ne correspondant pas entièrement aux présentes prescriptions, mais dont les avantages sont prépondérants. Certains groupes de placements avec protection du capital peuvent en fournir une illustration : dans les cas où les créances bénéficieraient d'une garantie particulière, il serait éventuellement possible de s'éloigner de la limite par débiteur. Des exceptions pourraient aussi concerner des groupes de placements immobiliers au moment de leur lancement, en fonction de leurs caractéristiques (montant des placements directs prévus, volume des placements, apports en nature, etc.), en les dispensant des exigences de diversification lors de la phase de constitution.

Art. 27 Groupes de placements immobiliers

L'al. 1 répond à une question laissée ouverte sur la pleine propriété (*freehold*) et la location à bail (*leasehold*), en référence à l'art. 26, al. 1, en corr. avec l'art. 53, al. 1, let. c, OPP 2. L'auteur de l'ordonnance considère ces formes d'acquisition comme autorisées, puisque des raisons de systématique permettent de dire que l'art. 55, let. c, OPP 2 admet explicitement des placements immobiliers étrangers.

Al. 2 : En toute rigueur, des contrats de droits d'emption portant sur des bâtiments qui ne remplissent pas les conditions requises seraient proscrits.

L'al. 3 met des limites à la copropriété sans position dominante en raison des risques élevés qu'un manque de maîtrise peut entraîner au regard du devoir de diligence (art. 50, al. 1, OPP 2). Cela correspond à la pratique actuelle de la surveillance exercée par la Confédération.

L'al. 4 dispose, en relation avec l'art. 50, al. 3, OPP 2, et par analogie avec l'art. 62 de la loi sur les placements collectifs, que les placements doivent être répartis de manière appropriée selon la région, la situation et l'affectation, dans la mesure où la spécificité du groupe de placements le permet. Il faut par conséquent assurer une diversification régionale du groupe de placements notamment au sein de son univers de placement. Dans un groupe de placements Suisse, il conviendrait donc de prendre en compte plusieurs régions. Pour des objets immobiliers à l'étranger, il faut assurer une diversification raisonnable par pays – et dans le cadre de la cible, si possible par

monnaies (à moins que le risque de change ne soit couvert) –, afin de réduire les risques économiques et politiques propres à chaque pays, ainsi que les risques de change. Ces groupes doivent par conséquent indiquer des plages de placement, à moins que les directives ne prescrivent une stratégie de placement passive, répliquant des indices. Pour les groupes investis à l'échelle mondiale, ces plages devraient être définies par continent, et une subdivision devrait être adoptée en Europe, entre l'Ouest et l'Est du continent (anciens pays de l'Est). Une répartition régionale appropriée dans un portefeuille mondial ne peut pas attribuer une pondération trop élevée aux pays du tiers monde, dans la mesure où ils exposent souvent à des risques plus élevés que ceux des marchés bien établis (p. ex. instabilité politique, risques d'expropriation, systèmes juridiques et judiciaires différents de ceux de l'Occident, etc.). Il ne serait pas justifié de placer plus de 30 % de ses actifs dans ces pays.

Dans le cas d'un groupe fortement concentré au niveau régional, il faut également veiller à assurer une répartition entre différentes situations.

Les différentes affectations au sens de l'al. 4 sont notamment : immeuble résidentiel, immeuble d'affaires et immeuble industriel. La part du commercial (immeubles d'affaires et industriels) apparaît appropriée si, en situation normale, elle ne dépasse pas notablement 50 %. Dans sa pratique actuelle, l'autorité de surveillance fédérale recommande un plafond de 60 %. Les différents postes d'affectation doivent apparaître clairement.

L'obligation de répartition des risques relatifs aux constructions en chantier ou aux objets nécessitant un assainissement est motivée par le fait que la construction et l'assainissement génèrent souvent des coûts imprévus. Les objets immobiliers nécessitant un assainissement sont des immeubles pour lesquels un assainissement est prévu, autrement dit une réparation ou réhabilitation intégrale d'éléments ou de sections de l'immeuble, ou de son intégralité (p. ex. immeubles anciens).

D'après l'al. 6, la valeur vénale d'un bien-fonds ne doit pas dépasser 15 % de la fortune du groupe de placements. La norme de 5 % qui ressort de l'art. 26, al. 1, en corr. avec l'art. 54b, al. 1, OPP 2 a semblé trop restrictive pour la diversification d'un groupe de placements immobiliers ; elle a donc été portée à 15 %. Ce choix est justifié par le fait que la caisse de pension qui effectue les placements ne pourrait acquérir que 30 % d'immobiliers au maximum (art. 55, let. c, OPP 2) sans obligation de justification, conformément à l'art. 50, al. 4, OPP 2, et que par conséquent, même si elle utilisait la totalité de ce plafond pour un groupe de placements donné, avec un plafond de 15 % par position, aucune position ne dépasserait 5 % de son propre portefeuille (30 % de 15 % donnent 4,65 %). Cette application par analogie de l'art. 54b, al. 1, OPP 2, se justifie également dans les faits pour éviter que les fondations de placement ne soient contraintes de se défaire de leurs portefeuilles immobiliers.

L'al. 7 constitue une exception à l'interdiction presque complète des emprunts définie à l'art. 26, al. 6. Les crédits exercent un effet de levier sur la fortune. L'ordonnance les autorise toutefois – par analogie avec l'art. 65 LPCC en corr. avec l'art. 96 OAMal – dans une mesure restreinte, afin d'éviter que les fondations de placement ne soient trop désavantagées sur le marché. Toutefois, afin de répondre aux exigences en matière de sécurité, les crédits doivent être limités. Les placements du groupe sont des placements à long terme, difficilement réalisables à court terme. Il est donc particulièrement difficile que ces groupes de placements demeurent liquides. Pour en tenir compte, il est loisible de souscrire des crédits avec prudence.

En dérogation à l'art. 26, al. 6, les placements collectifs avec effet de levier lié à un emprunt de capital sont autorisés. En vertu de l'art. 26, al. 9, l'autorité de surveillance peut, dans des cas particuliers et dans l'intérêt des investisseurs, autoriser comme

investissements des placements collectifs dont la part d'emprunt dépasse celle indiquée à l'al. 7. Toutefois, la part de capital emprunté ne doit pas dépasser 50 % au niveau de l'ensemble du portefeuille.

Il n'est pas autorisé d'acquérir des placements collectifs dont le but n'est pas mentionné à l'al. 8 (ce point doit être réglé dans les directives, cf. art. 18, al. 1). Pour les placements collectifs, il faut par ailleurs que les directives – particulièrement pour les groupes de placements dans des objets immobiliers à l'étranger – indiquent également les formes juridiques autorisées des placements collectifs, notamment si l'autorité de surveillance devait autoriser des exceptions au titre de l'art. 30, al. 1.

Art. 28 Dispositions relatives aux groupes de placements dans des placements alternatifs

En vertu de l'art. 26, al. 1, l'art. 53, al. 1, let. e, OPP 2, qui énumère les principales catégories de placement alternatives, s'applique à ce type de groupe de placements. Les groupes de placements portant sur une ou plusieurs catégories de placements alternatifs seraient autorisés. Cette règle s'applique au moins aux principales catégories connues aujourd'hui – mentionnées à l'art. 53, al. 1, let. e, OPP 2 –, à savoir *private equity*, obligations catastrophes (qui, à la différence de ce qui est mentionné à l'art. 53, al. 1, let. b, OPP 2, sont des obligations variables et par là même des placements alternatifs), *hedge funds* et matières premières (voir le commentaire de l'art. 26, al. 8). Si plusieurs de ces catégories principales de placements alternatifs sont réunies dans un même groupe, la disposition de l'al. 1 s'applique aux différentes catégories par analogie.

L'al. 1 décrit la situation des fondations de placement. La restriction concerne notamment le domaine des *hedge funds*. Aucune stratégie de *hedge funds* ne doit être mise en œuvre de manière autonome au moyen de placements directs. Si on veut assurer une bonne diversification et réduire les risques, le placement via des fonds de fonds ou une pluralité de fonds s'impose. L'autorité de surveillance peut autoriser des exceptions dans le cadre de l'art. 26, al. 9. La pratique de la surveillance fédérale a fait apparaître quelques situations analogues : par exemple, en raison de la situation matérielle particulière, l'utilisation de certains dérivés dans les groupes de placements de *hedge funds* a été jugée préférable aux placements collectifs.

L'al. 2 tient compte de la situation de certaines fondations et de leurs groupes de placements dans le domaine du capital-risque, qui soutiennent parfois de jeunes entreprises suisses. Cet alinéa autorise les groupes de placements du domaine *private equity*, où les fonds sont souvent placés par étapes dans 10 à 20 objets différents avant de revenir par étapes à l'investisseur. En ce qui concerne ces groupes, on se reportera également au commentaire de l'art. 21, al. 2.

Al. 3 : Précisément pour les groupes de placements du domaine *hedge funds*, qui doivent être mis en œuvre conformément à l'al. 2 via des placements collectifs, de tels véhicules collectifs sont souvent indispensables pour contracter des crédits, en raison des stratégies du *hedge fund*. L'auteur de l'ordonnance autorise donc ici expressément l'emprunt de capitaux. La disposition de l'al. 3 signifie que les fonds cibles détenus par des fonds de *hedge funds* sont également autorisés à emprunter des capitaux.

Art. 29 Dispositions relatives aux groupes de placements mixtes

Sur la base de l'art. 26, al. 1, les prescriptions des art. 50 ss. OPP 2, et notamment la définition des catégories à l'art. 55 OPP 2, s'appliquent aux placements dans des groupes de placements mixtes.

L'al. 1 dispose, sur la base de l'art. 50, al. 3, OPP 2, que les obligations et actions sont réparties de manière appropriée entre différents secteurs économiques, différentes régions et différentes échéances (pour les obligations). Si des placements dans l'immobilier sont effectués à l'étranger, il faut assurer une répartition régionale appropriée. Toutefois, les placements immobiliers peuvent être limités à la Suisse et/ou au secteur résidentiel, dans la mesure où cette stratégie réduit souvent les risques en période de crise.

Pour la part des placements alternatifs, l'al. 3 dispose, restreignant légèrement le cadre de l'art. 26, al. 1, en corr. avec l'art. 53, al. 2, OPP 2, que ces placements ne sont possibles que via les groupes de placements de fondations de placements conformément à l'art. 28, ou via des formes collectives sous la surveillance de la FINMA. Cela renforce la sécurité des placements. L'utilisation de certains produits dérivés sur indices larges est par ailleurs possible. En revanche, les produits qui ne sont pas mentionnés (par ex. un certificat déterminé en fonction de prescriptions de diversification définies par l'émetteur) ne sont pas possibles. De même, l'utilisation exclusive de futures sur des indices de matières premières n'est pas non plus autorisée (art. 53, al. 2, OPP 2 *a contrario*).

Il reste encore à déterminer dans la pratique de surveillance relative à l'art. 26, al. 1, la part maximale en % qui peut être autorisée pour une catégorie (principale) – cf. commentaire de l'art. 28 – dans les placements alternatifs.

Art. 30 Recours à des placements collectifs

L'art. 30 autorise les placements collectifs en capital suffisamment diversifiés, conformément à l'art. 56, al. 2, OPP 2. L'exigence de diversification est justifiée par le fait que les placements collectifs insuffisamment diversifiés comportent des risques plus élevés et n'apportent guère d'avantages par rapport aux investissements individuels. De même, l'art. 56, al. 4, OPP 2 en corr. avec l'al. 3 pousse à ne plus autoriser sans autres les placements collectifs insuffisamment diversifiés.

La prescription de l'al. 1, phrase 2, repose sur l'expérience en matière de surveillance accumulée jusque-là dans les segments de l'immobilier à l'étranger et des placements alternatifs. Ces domaines comportent parfois dans les groupes de placements des placements collectifs fermés et non cotés, et par là même non conformes à l'art. 56, al. 2, let. b, OPP 2, faute de possibilité de rachat des parts. Ou encore, pour un groupe de placements du domaine *hedge funds*, il n'est pas possible de se conformer à l'art. 53, al. 2, OPP 2, et par là même à l'art. 56, al. 2, let. a, OPP 2 en ce qui concerne les différents *hedge funds* cibles pris en compte dans le groupe, à moins qu'il ne s'agisse de fonds de fonds très diversifiés au sens de l'art. 53, al. 2, OPP 2, ce qui n'est pas toujours le cas. L'autorité de surveillance ne devrait normalement autoriser des exceptions que dans la mesure où le groupe de placements reste lui-même conforme à l'OPP 2. Par exemple, l'investissement dans un placement collectif fermé et non coté est en contradiction avec l'art. 56, al. 2, OPP 2. Cependant, si cet investissement ne constitue qu'une part limitée dans le groupe de placements, cela n'a pas d'incidence particulière sur la liquidité de ce dernier, si bien qu'il peut continuer à être considéré comme groupe de placements au sens de l'art. 56, al. 2, OPP 2. Le raisonnement *a contrario* à partir de l'al. 1, phrase 2 ne permet pas d'autoriser des dérogations à l'al. 1, phrase 1 pour d'autres segments de placements.

Le volume d'informations nécessaires au sens de l'al. 2 doit être déterminé en fonction du type du groupe de placements. Par exemple, la fréquence à laquelle la valeur d'inventaire nette doit être communiquée dépend de la fréquence à laquelle le groupe de placements doit effectuer les évaluations (et l'émission et le rachat des droits de participation).

La réalisation ordinaire de promesses de paiement chiffrées au titre de participations dans des véhicules de placement au sens de l'art. 34, al. 1 n'est pas concernée par l'interdiction de l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires au titre de l'al. 3.

L'al. 4 autorise une part maximale de 20 % par placement collectif dans la fortune du groupe. Les véhicules de placements collectifs étrangers peuvent en effet comporter des risques, par exemple parce qu'ils sont insuffisamment régulés ou ne sont soumis à aucune surveillance. Ces risques peuvent exister même si les dispositions de l'art. 56, al. 2, OPP 2 sont respectées. En revanche, il n'y pas de limite à l'acquisition de parts de placements collectifs sous la surveillance de la FINMA, de même que pour les véhicules de placements dont celle-ci autorise la vente en Suisse. Cette règle s'applique également aux groupes de placements mis en place par les fondations de placements.

L'al. 5 dispose que le recours à des placements collectifs ne doit pas entraver le respect des directives de placement ou permettre de les contourner. Les placements qui font partie de placements collectifs doivent ainsi être conformes non seulement à l'art. 53 OPP 2 (art. 56, al. 2, let. a en corr. avec l'art. 53 OPP 2), mais également aux prescriptions des directives de placement relatives au type et à la qualité des placements. Par exemple, les exigences de solvabilité prescrites par les directives pour les obligations comprises dans les placements collectifs sont également déterminantes. Par ailleurs, le recours à des placements collectifs ne doit pas permettre de contourner les prescriptions en matière de produits dérivés de l'ordonnance et des directives de placement, etc.

Les placements compris dans les placements collectifs doivent être pris en compte dans le calcul des limites prescrites par les directives. Si, par exemple, une action est détenue, dans le cadre d'une limitation par société, directement dans le groupe de placements et en même temps dans le placement collectif choisi, la somme des deux positions est déterminante pour savoir si la restriction est respectée.

Par ailleurs, le recours à un placement collectif ne doit pas réduire la transparence du placement. Celle-ci doit être suffisante pour que les directives de placement soient respectées. Le risque de manque de transparence existe souvent dans l'utilisation de fonds de fonds. Il faut par conséquent proscrire les constructions imbriquées qui nuisent à la transparence des placements. Une telle situation peut parfois se présenter dans les fonds de fonds pris en compte, qui investissent à leur tour dans des produits de fonds de fonds. Les responsables de la fondation doivent, sur demande, démontrer de manière crédible à l'autorité de surveillance ou de révision que la transparence est suffisante pour chaque produit et que les directives de placement sont respectées.

Le recours à des fonds de fonds ne doit pas permettre de contourner les dispositions de l'ordonnance. Les placements collectifs détenus par les fonds de fonds dans lesquels des investissements ont été faits, à savoir chaque fonds individuel, doivent par exemple être conformes à l'art. 56, al. 2, OPP 2, faute de quoi il y aurait infraction à l'al. 1 (art. 2, al. 2, CC).

Art. 31 Prêt de valeurs mobilières

L'al. 2 précise qu'une fondation de placement peut agir uniquement en tant que cessionnaire (*reverse repo*). Ce genre d'affaire ne devrait produire aucun effet de levier ou aucune vente à découvert, ni directement ni indirectement (p. ex. suivi)

Les risques liés aux prêts de valeurs mobilières doivent être présentés en toute transparence aux investisseurs. L'autorité de surveillance peut émettre des exigences à ce propos, soit en relation avec l'art. 62a LPP, soit en vertu des art. 35, al. 3, ou 38, al. 8.

Art. 32 Filiales dans la fortune de placement

L'art. 32 fixe certaines dispositions générales sur les filiales dans la fortune de placement, tandis que l'art. 33 est consacré en particulier aux filiales de groupes de placements immobiliers étrangers. Par filiales dans la fortune de placement, on entend des entreprises que la fondation contrôle en en détenant la majorité du capital et des droits de vote, ou qu'elle possède en propre (al. 1). Cette définition est plus large que celle des filiales dans la fortune de base que l'on trouve à l'art. 24, puisqu'elle n'exige d'elles (étant donné l'investissement à l'étranger, cf. al. 2) ni un domicile suisse ni la forme juridique d'une société anonyme.

L'al. 2 autorise les filiales dans les groupes de placements immobiliers étrangers, car les directives prévoient souvent, en plus ou même de préférence à des placements directs dans des valeurs immobilières, des placements opérés par un fonds commun de créances, soit des filiales. La SPV (*special purpose vehicle*) est située en amont du bien-fonds pour des raisons fiscales et de responsabilité civile.

Conformément à l'al. 4, 1^{re} phrase, le but d'une filiale est d'être elle-même une entreprise dotée d'un petit capital et prometteuse ou d'investir dans des entreprises à forte croissance (capital risque), ou d'acquérir, vendre, construire, louer ou mettre en fermage ses propres biens-fonds (immobilier). S'il s'agit d'un groupe de capital risque, on considère comme placement soit une société simple (appartenant uniquement ou en majorité au groupe), soit la majorité des droits d'une société de participation financière qui investit dans un capital risque. S'il s'agit d'un groupe immobilier étranger, les investissements consistent, pour les raisons énoncées, en une SPV à laquelle appartiennent les biens immobiliers. Les SPV ne possèdent souvent qu'un seul objet immobilier. Pour des raisons d'optimisation fiscale, ces groupes immobiliers préfèrent, selon les pays, posséder les SPV par l'entremise de sociétés holding auxquelles elles appartiennent. Bien que ces holdings n'aient pas une fonction directe de placement, elles servent pourtant les intérêts des investisseurs, raison pour laquelle il est possible d'en faire usage. C'est en ce sens que l'al. 4 les autorise, sous réserve que les directives de placement y relatives ne soient pas contestées par l'autorité de surveillance.

Art. 33 Filiales de groupes de placements immobiliers

L'al. 1 exige la possession en propre des filiales de groupes de placements immobiliers, afin que la fondation puisse exercer son devoir de diligence au sens de l'art. 26, al. 1 (en corr. avec l'art. 50, al. 1, OPP 2) et garantir au mieux la disponibilité des liquidités, la mesure permettant surtout se protéger des droits d'accès et de cogestion d'éventuels tiers parties prenantes. Il est en effet important que les placements de la filiale puissent être liquidés en tout temps, sans nécessiter l'assentiment de tiers (parties prenantes). Dans le cas de filiales de capital risque, il n'est pas possible d'exiger la possession en propre, puisque leurs fondateurs et investisseurs tiennent généralement à avoir une participation. Mais même dans ce cas de figure, la fondation doit rédiger les statuts de la filiale ou être partie au contrat de telle sorte que la gestion de ses liquidités reste garantie, conformément à l'art. 26, al. 1, en corrélation avec l'art. 50, al. 1, OPP 2.

Il convient ici de relever les éléments suivants. Considérée pour elle-même, une filiale n'est pas conforme à l'art. 26, al. 1 (en corr. avec l'art. 53, al. 1, let. d, OPP 2), et l'art. 32, al. 2, constitue ainsi une *lex specialis* au regard de l'art. 26, al. 1. Il serait également difficile de considérer les filiales comme des placements collectifs autorisés vu l'art. 56, al. 2, OPP 2 – véhicule non coté et fermé –, à supposer qu'on veuille les considérer comme tels. Mais un placement collectif n'est précisément pas autorisé

dans une filiale en possession propre, vu la définition légale qu'en donne l'art. 56, al. 1, OPP 2. Si l'on considérait d'éventuelles participations majoritaires au sens de l'al. 2 comme des participations à un placement collectif, l'art. 32, al. 2, devrait avoir valeur de lex specialis par rapport à l'art. 26, al. 1 (qui renvoie à l'art. 56, al. 2, OPP 2). On relèvera toutefois qu'à la différence des autres participations non cotées à des sociétés ou à des placements collectifs fermés, les fondations de placement gardent toujours le contrôle de leurs filiales et qu'elles peuvent ainsi rapidement liquider leur placement. La gestion des liquidités du groupe de placements lui-même est ainsi peu entravée. Les filiales apparaissent en ce sens comme des investissements justifiés et, sous cet aspect, il n'y a pas de raison de voir dans le groupe de placements un cas visé par l'art. 50, al. 4, OPP 2. Quant à savoir si les groupes de placements en capital risque sont conformes à l'art. 26, al. 1 (et à l'art. 56 OPP 2) et s'ils peuvent être visés par l'art. 50, al. 4, OPP 2, la question est de moindre importance, dès lors que la plupart sont fermés, au sens de l'art. 26, al. 3. On peut donc considérer les groupes de placements comme une possibilité de placement étendu prévue à l'art. 50, al. 4, OPP 2 (cf. commentaire de l'art. 21, al. 2).

Les SPV sont fiscalement avantagées par la possibilité d'octroyer des prêts définie à l'al. 3. Cela n'entraîne aucun effet de levier au niveau du groupe de placements. Il n'en découle par conséquent aucun emprunt de capitaux de tiers au sens de l'art. 26, al. 6. Si la fondation devait permettre dans ses directives, sur la base de l'art. 27, al. 7, qu'un groupe de placements puisse emprunter des fonds de tiers par le biais de ses filiales, elle devrait veiller à ce que cela soit effectué avec toute la diligence requise (art. 26, al. 1, en corr. avec l'art. 50, al. 1, OPP 2). La fondation devrait alors prendre les mesures permettant d'éviter tout surendettement des filiales.

L'al. 5 prévoit que les placements détenus dans les filiales doivent correspondre aux prescriptions des art. 26 et 27 et aux directives de placement sur les placements directs. Il faut donc, par exemple, autoriser conformément à l'art. 26, al. 1, les biens-fonds gérés par des SPV et leur appliquer les principes de diversification.

Art. 34 Engagements de capital de la fondation

Les engagements de capital ne sont permis que si la fondation dispose d'engagements fermes de capital ou des liquidités d'un même montant. Ils doivent être couverts en tout temps, c'est-à-dire depuis le moment où ils sont promis jusqu'à l'appel des fonds. Ils ne doivent pas mettre la fondation dans des difficultés financières qui l'obligeraient à contracter un crédit (levier) et même, pressée par les circonstances, à vendre ses actifs à un mauvais moment, voire à des prix réduits.

Section 11 Information et renseignement

Art. 35 Information

Les actes déterminants de la fondation au sens de l'al. 1 rassemblent notamment les statuts, le règlement de la fondation, les directives de placement et les règlements relatifs à l'organisation et aux émoluments. Ils peuvent être remis de main à main ou par envoi postal, voire par courrier électronique. Les modifications qui leur sont apportées doivent être communiquées de manière appropriée : les projets de modification des statuts ou des règlements devront être adressés de toute façon aux investisseurs avant l'assemblée générale et, en principe, publiés simultanément sur Internet. Lorsque les modifications touchent l'ensemble des actes de la fondation, il convient assurément d'en faire mention dans les rapports semestriels ou annuels, et de publier les parties révisées à tout le moins sur Internet. D'autres formes de publication, imprimées par exemple, sont envisageables. Il n'apparaît pas nécessaire d'adresser à chacun les modifications adoptées dès lors que les rapports les

mentionnent et qu'elles sont publiées sur Internet. Les actes d'importance secondaire, comprenant en général ceux qui concrétisent les actes mentionnés plus haut (cf. commentaire de l'art. 14, al. 2), doivent au moins être mis à la disposition des investisseurs conformément à leur droit d'être renseigné (art. 36, al. 1).

L'al. 2 décrit le contenu minimum du rapport annuel que la fondation doit publier dans les quatre mois qui suivent la clôture de l'exercice. (Il devrait normalement être publié sur Internet.) La réduction du délai usuel de six à quatre mois permettra aux investisseurs de disposer de données actuelles, tout en laissant encore assez de temps aux institutions pour rédiger leur rapport. L'al. 3 donne à l'autorité de surveillance la possibilité de réclamer des informations supplémentaires. Son pouvoir d'appréciation doit servir à améliorer l'information des investisseurs. C'est pourquoi elle devrait dans la plupart des cas exiger une publication dans l'annexe du rapport annuel (cf. art. 38, al. 8, sur la comptabilité et l'établissement des comptes).

D'après l'al. 4, outre le rapport d'activité, une publication complémentaire (art. 37, al. 1) fournit au moins tous les trimestres les chiffres clés (art. 38, al. 7), sauf pour les groupes de placements immobiliers. Cette information est particulièrement importante pour les groupes titres normaux.

Art. 36 Renseignement

L'al. 1 prévoit que les investisseurs doivent être renseignés sur l'activité de la fondation. Le conseil de fondation est tenu de les informer, s'ils en font la demande, des achats, ventes et autres transactions réalisées. Les investisseurs doivent aussi pouvoir consulter les livres de comptes. S'ils réclament un inventaire, la fondation doit dresser la liste de tous les placements de manière claire et transparente. Un inventaire des groupes de placements immobiliers devrait présenter clairement et de manière distincte les terrains à bâtir (y compris les bâtiments à démolir), les bâtiments en construction, les immeubles destinés à l'habitation, ceux destinés au commerce et les terrains à usage commercial. L'investisseur qui le désire peut de surcroît réclamer des informations complémentaires sur les immeubles inventoriés, telles que l'adresse, le coût de revient, les frais d'assurance, la valeur estimée, le rendement réel, etc. Le droit d'être renseigné est limité lorsque des intérêts dignes de protection ou les secrets d'affaires de la fondation sont menacés (al. 2). Pour éviter toute restriction abusive du droit d'être renseigné, un renseignement ne peut être refusé qu'avec l'accord du président du conseil de fondation.

Art. 37 Publications et prospectus

L'al. 1 exige de manière générale que toutes les publications requises par l'ordonnance paraissent sous une forme appropriée. Une publication sur le site Internet de la fondation devrait la plupart du temps suffire. Quelquefois pourtant, le type de publication doit être précisé : prospectus (cf. alinéas suivants), rapport annuel ou autres, tels que dépliant, page Internet, rapports etc.

L'al. 2 exige un prospectus pour les groupes de placements, comme la pratique en vigueur le requiert, afin de clarifier les particularités relatives à l'organisation, à l'émission, au rachat et à l'évaluation des droits, au placement et aux risques. Dans une moindre mesure, l'autorité de surveillance peut aussi exiger un prospectus pour d'autres groupes de placements, comme par exemple certains produits de garantie. Elle le fera savoir, si possible au préalable, aux fondations de placement, pour les cas où l'al. 2 doit s'appliquer. Il se peut que la nécessité d'un prospectus ne se fasse jour qu'après l'évaluation a posteriori d'un groupe de placements d'un nouveau type. L'institution est alors tenue de le publier dans les trois mois (al. 3, 2^e phrase). L'autorité de surveillance peut exiger que des informations figurent dans le

prospectus, les documents publicitaires, les documents de souscription et les rapports (al. 1, art. 35, et art. 65a LPP). Le prospectus doit parvenir aux investisseurs qui le demandent, et gratuitement (par analogie à l'art. 36).

Le prospectus doit répondre aux exigences de transparence, être conforme à la vérité et présenter des informations simplement factuelles. En plus des directives de placement, il doit contenir les informations centrales concernant l'organisation, la banque de dépôt, les droits des investisseurs (à commencer par l'émission, l'appréciation, le rachat et la formation du prix des droits), les frais, les émoluments et les risques (y compris des renvois éventuels à l'art. 50, al. 4, OPP 2 pour les rares dérogations à l'OPP 2 dont un groupe de placements peut bénéficier, comme celle de l'art. 28, al. 2). L'autorité de surveillance peut imposer des exigences en ce qui concerne la présentation du contenu des informations soumises à publication (al. 3) et requérir le cas échéant davantage de détails et une clause spéciale attirant l'attention des investisseurs (avertissement).

L'obligation faite aux fondations de placement de transmettre leurs prospectus (al. 4) n'oblige pas l'autorité de surveillance à examiner ceux-ci ; mais l'autorité de surveillance est habilitée à procéder à un tel examen. Elle peut donc examiner la conformité des prospectus au droit en vigueur et aux actes de la fondation et, le cas échéant, exiger de celle-ci qu'elle remédie aux lacunes constatées. En principe, les prospectus engagent la responsabilité de la fondation de placement.

Section 12 Comptabilité et établissement des comptes

Art. 38 Comptabilité et établissement des comptes

L'al. 1 déclare les prescriptions concernant la comptabilité et l'établissement des comptes de l'art. 47 OPP 2 comme étant déterminantes pour les fondations de placement, et les alinéas suivants complètent ce principe par des dispositions spéciales élaborées pour ce type d'institutions.

Al. 2 : une comptabilité séparée doit être tenue pour la fortune de base et pour chaque groupe de placements. La comptabilité comprend plusieurs comptabilités partielles tenues séparément, telles que : la comptabilité financière, les comptes de placement (comptabilité titres et/ou comptabilité des immeubles), la comptabilité des investisseurs. Celles-ci doivent être actualisées au moins à chaque date de référence des transactions imposée par le règlement (p. ex. chaque jour ou chaque semaine) ainsi qu'aux dates du bilan.

Al. 3 : un compte de fortune et un compte de résultat sont établis pour la fortune de base et pour chaque groupe de placements. Ces documents, y compris l'annexe, doivent transmettre l'information nécessaire pour évaluer la situation à la fin de l'exercice annuel. La transparence requise suppose une coordination minimale entre comptes de fortune et comptes de résultat. L'autorité de surveillance peut fixer une règle, renvoyant par exemple à la pratique ayant fait ses preuves jusqu'à présent. Cela permet d'encourager une présentation homogène des comptes annuels.

Les données suivantes comptent parmi le socle d'informations nécessaires sur la fortune nette de placement visées à l'al. 4 : état de la fortune en début d'exercice, souscriptions, rachats, distributions, résultat global de l'exercice, état de la fortune à la fin de l'exercice. Il faut ensuite présenter l'affectation du résultat. Les informations essentielles sont les suivantes : résultat net de l'exercice comptable (certains gains en capital réalisés pour la distribution ou report de l'exercice précédent), résultat

disponible (prévu pour la distribution ou retenu pour un réinvestissement), report sur le nouvel exercice.

Al. 5 : toutes les dépenses et tous les coûts de la fondation de placement ou qui lui sont facturés par des tiers sont comptabilisés au titre des frais d'administration. La fondation de placement impute ces frais directement aux groupes de placements ou à la fortune de base, conformément au principe de causalité, ou elle les répartit entre les groupes de placements et la fortune de base en fonction de critères objectifs, lorsqu'ils ont une origine commune. Cet alinéa exige la présentation dans les comptes annuels. On peut renoncer à les répartir entre les catégories prévues par l'art. 48a, al. 1, OPP 2, surtout si les frais des investisseurs peuvent globalement être considérés comme des frais de gestion de la fortune au sens de la let. b du même article.

Al. 6 : les frais d'administration visés ici sont ceux qui résultent des placements indirects (placements collectifs de capitaux, produits structurés, etc.). Si ces coûts ne peuvent pas être calculés, la part de la fortune de base ou d'un groupe de placements gérée par les tiers doit être indiquée dans l'annexe. Cette disposition répond au besoin croissant des investisseurs de disposer d'informations complètes sur les coûts.

Les chiffres clés mentionnés à l'al. 7 fournissent aux investisseurs des indications importantes sur les dépenses, la performance et les risques ayant une grande importance pour l'activité de placement et son produit. Leur présentation répond au droit des investisseurs d'en disposer, lequel doit être compris comme un droit d'information inaliénable en vertu de l'art. 53k, let. e, LPP. La formulation de l'al. 7 garantit une grande flexibilité, en permettant aux fondations de placement de s'adapter à d'éventuels nouveaux chiffres clés sans qu'une modification du texte de l'ordonnance s'impose.

Concrètement, la présentation des chiffres clés doit faire apparaître la distinction entre groupes de placements selon qu'ils gèrent des titres ou des biens immobiliers. Pour les premiers, il convient de tenir compte, le cas échéant, d'autres facteurs encore et de nuancer la nécessité de disposer de chiffres clés. C'est pourquoi la disposition d'ordonnance prévoit la possibilité d'accorder des dérogations dans les cas fondés où il est possible de se passer de certains chiffres clés. Exemple : des groupes de placements gérés de manière passive pour lesquels on peut renoncer à des chiffres clés concernant la performance.

Les chiffres clés concernant les coûts tiendront compte de la transparence due au sujet des émoluments en vertu des art. 65, al. 3, et 65a LPP qui, par analogie, s'appliquent aussi aux fondations de placement. A cet effet, des données relatives à l'ensemble des frais sont indispensables. D'autres chiffres clés usuels bien connus comme le *total expense ratio* (TER) s'y ajoutent également, ou l'attestation d'un TER en termes de coûts complets (dit TER réel), dans la mesure où le calcul classique du TER ne reflète pas les coûts de transaction, alors même qu'ils peuvent constituer une partie non négligeable de l'ensemble des coûts.

Les chiffres clés concernant la performance et le risque concrétisent les art. 49a, al. 1, et 50, al. 1 à 3, OPP 2. Ils sont importants, car ils sont nécessaires pour choisir les placements et gérer la fortune en connaissance de cause. A l'heure actuelle, les chiffres clés suivants sont prioritaires :

- **Coefficient alpha / alpha de Jensen**

Le coefficient alpha mesure la surperformance (*coefficient alpha positif*) ou la sous-performance (*coefficient alpha négatif*).

- **Coefficient bêta (bêta)**

Le coefficient bêta mesure la volatilité d'une action par rapport à un indice de référence.

- **Ratio de Sharpe**
Le ratio de Sharpe détermine le rapport rendement/risque.
- **Ratio d'information**
Permet d'établir dans quelle mesure un actif obtient un rendement supérieur par rapport à l'indice de déviation.

Al. 8 : l'autorité de surveillance doit exercer son pouvoir d'appréciation dans le but d'améliorer l'information des investisseurs, en exigeant des fondations la publication complémentaire de certaines données dans l'annexe du rapport annuel, au sujet des principaux risques, notamment. Cela peut être utile lorsqu'un groupe de placements n'est pas soumis à l'obligation d'un prospectus, mais que des informations s'avèrent nécessaires sur certains points.

Art. 39 Filiales et participations

L'al. 1 exige que les filiales dans la fortune de base et dans les groupes de placements soient consolidées dans les comptes annuels de cette fortune, c'est-à-dire dans la fortune de base ou dans les groupes de placements concernés. Sur ordre de l'autorité de surveillance, elles peuvent aussi être tenues de remettre les comptes annuels et le rapport de l'organe de révision avec les documents du rapport ordinaire. La transmission de ces informations est usuelle dans les filiales d'une certaine importance.

L'al. 2 prescrit également la consolidation des participations dans les comptes annuels (à la fortune de base). Vu leur influence déterminante sur la société et les filiales communes, cette disposition semble judicieuse.

Art. 40 Indemnités liées aux activités de distribution et restitutions

Al. 1 et 2 : l'attestation relative aux indemnités liées aux activités de distribution et aux restitutions peut se trouver dans le compte de résultat au moyen d'un poste ad hoc ou dans le cadre d'un *all-in-fee*.

Si elle figure à l'annexe du rapport annuel, elle doit comprendre la présentation des bases autorisant ces versements (base contractuelle), la périodicité des décomptes et le niveau de l'indemnité (taux d'indemnisation et remboursement versé, en francs). Si elle figure dans un *all-in-fee*, il suffit de mentionner que ces indemnités sont comprises dans le forfait.

En cas de restitutions en faveur de la fondation de placement, l'annexe devrait mentionner au moins le nom du payeur, la nature et l'importance du placement (collectif), et le montant du versement.

En cas de restitutions effectuées par la fondation de placement à la charge d'un groupe de placements, il faudrait mentionner dans l'annexe au moins la base réglementaire autorisant ce versement, les taux de réduction et les critères déterminants (seuils, période) par groupe de placements (s'ils sont mentionnés dans les bases réglementaires), les remboursements par groupe de placements en francs et la périodicité des décomptes.

L'al. 3 précise que la fondation de placement qui bénéficie de restitutions (remboursements, provisions, primes d'intermédiation, etc.) doit impérativement les imputer au groupe de placement concerné. Il n'est pas permis d'affecter ces fonds à d'autres groupes de placements ou à la fortune de base. Les restitutions imputées doivent figurer dans le compte de résultat du groupe de placements concerné.

Art. 41 Evaluation

Al. 2 : l'évaluation des actifs et des passifs de la fondation de placement se conforme en principe à l'art. 48 OPP 2 en corrélation avec les normes comptables Swiss GAAP

RPC 26. L'al. 2 tient compte de textes concrétisant ces normes et des approches particulières en matière d'évaluation.

Al. 3 : l'évaluation des biens-fonds étrangers se conforme à des normes internationales reconnues. S'agissant de placements immobiliers directs à l'étranger (y compris ceux des filiales éventuelles), l'évaluation de la valeur vénale suit en priorité l'*International Valuation Standards* (IVS).

Al. 4 : concrètement, une entreprise spécialisée évalue l'apport en nature et une autre, indépendante de la première et de la fondation de placement, effectue une contre-expertise afin de confirmer (ou non) la première évaluation. La seconde expertise peut se limiter à un contrôle de plausibilité. L'organe de révision examine, sur la base de ces évaluations et d'autres aspects déterminants, si le prix est justifié en considérant l'intérêt de l'investisseur (art. 10, al. 2).

Section 13 Dissolution, fusion et transfert de patrimoine

Art. 42 Dissolution

La fortune de base doit couvrir prioritairement les frais de liquidation, conformément à l'al. 3. Ce n'est qu'une fois déduits tous les engagements que le solde de la liquidation peut être distribué. Il semble approprié d'appliquer ici aussi la clé de répartition inscrite à l'al. 2, en répartissant le solde entre les investisseurs à concurrence de la valeur globale des droits qu'ils détiennent. L'autorité de surveillance peut admettre une affectation différente si les montants sont minimes et la charge de travail disproportionnée, en préconisant par exemple une restitution aux seuls membres fondateurs.

Art. 43 Fusion et transfert de patrimoine

Vu l'art. 2, let. i, de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus), les prescriptions des art. 88 ss. de la même loi s'appliquent aussi aux fondations de placement. Le renvoi aux dispositions déterminantes pour une fusion ou un transfert du patrimoine est repris dans la présente ordonnance en raison de la quasi-similitude, dans une lecture téléologique de l'art. 53k, let. c, LPP, de ces situations avec une dissolution.

Art. 44 Dissolution de groupes de placements

La décision de dissoudre un groupe de placements, rédigée conformément aux dispositions prévues par la fondation, est présentée à l'autorité de surveillance au moins un mois avant la date prévue pour la passer en force (al. 2), afin que l'autorité puisse l'examiner et, le cas échéant, agir conformément aux art. 62 s. LPP. Cela pourrait s'avérer nécessaire si le droit des investisseurs d'être informé à temps (al. 1) n'était pas suffisamment respecté. Après la liquidation, l'organe de révision doit confirmer que le groupe de placements a été correctement dissous (art. 10). Cette obligation résulte de l'art. 52c, al. 1, let. b, LPP.

Section 14 Dispositions finales

Art. 45 Disposition transitoire

Les fondations de placement existantes doivent adapter aux dispositions de l'ordonnance les actes visés à l'art. 13, al. 1, d'ici au 31 décembre 2013.

Art. 46 Entrée en vigueur

Cette disposition prévoit que l'ordonnance entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

6 Annexe

6.1 Liste des tâches du secrétariat de la Commission de haute surveillance

Une organisation provisoire a été élaborée à titre indicatif sur la base de la liste détaillée des tâches. Il va cependant de soi que la conception de l'organisation interne du secrétariat est du ressort de la Commission de haute surveillance.

Domaine	Tâches et activités	Equivalents temps plein (ETP)
Direction du secrétariat	Direction technique, organisationnelle et financière du secrétariat	100
Droit	<ul style="list-style-type: none"> - Ediction de directives - Ediction de normes - Mesures propres à éliminer les insuffisances constatées - Décision d'agrément / de retrait d'agrément (experts) - Système d'annonce des experts - Evaluation juridique des produits de placement - Réponse aux questions - Collaboration au contrôle des rapports annuels des autorités de surveillance cantonales et régionales - Examen et évaluation de la jurisprudence - Traitement des recours / réponse à des procédures de consultation - Collaboration à la réponse à des interventions parlementaires - Soutien de l'OFAS pour les travaux législatifs et les séances des commissions parlementaires - Evaluation des évolutions internationales - Collaboration au rapport d'activité à l'intention du Conseil fédéral 	400
Gestion des risques	<ul style="list-style-type: none"> - Ediction de normes - Ediction de directives - Elaboration de contrôles axés sur les risques (solvabilité, p. ex.) - Recommandations et élaboration de règles de meilleures pratiques dans les domaines de la gestion actifs/passifs et de la gestion des actifs - Evaluation technique des placements (produits, risques) - Collaboration au contrôle des rapports annuels des autorités de surveillance cantonales et régionales - Evaluation des évolutions internationales (systèmes de surveillance, gestion des actifs) 	350
Audit	<ul style="list-style-type: none"> - Elaboration de programmes de contrôle - Réalisation d'audits des autorités de surveillance (en particulier contrôle du respect du droit fédéral et des directives, de l'organisation et de la 	250

	<ul style="list-style-type: none"> perception des émoluments de la Commission de haute surveillance) - Contrôle des rapports annuels des autorités de surveillance cantonales et régionales - Conseil et gestion - Elaboration de rapports d'audit - Introduction et mise en œuvre de mesures - Collaboration au rapport d'activité à l'intention du Conseil fédéral 	
Surveillance directe du fonds de garantie, de l'institution supplétive et des fondations de placement	<ul style="list-style-type: none"> - Examen des bases réglementaires - Contrôle des rapports annuels / examen des rapports de l'expert et de l'organe de révision - Contrôle des conditions et de la procédure en cas de liquidation totale ou partielle - Réponse aux questions - Mesures propres à éliminer les insuffisances constatées - Contrôle des mesures prises en cas de découvert - Contrôle des conditions lors de créations (fondations de placement) - Contrôle des produits des fondations de placement - Collaboration au rapport d'activité à l'intention du Conseil fédéral - Collecte des émoluments de surveillance directe 	400
Services centraux	<ul style="list-style-type: none"> - Bureau de la Commission de haute surveillance - Communication et information - Représentation vis-à-vis de l'extérieur - Administration générale (Commission de haute surveillance et secrétariat) - Support informatique de premier recours - Aspects financiers (budget, comptes, frais) - Emoluments de haute surveillance - Enregistrement et archivage - Evaluations statistiques - Tenue du registre des experts - Création, exploitation et gestion du site Internet - Coordination avec l'OFAS, le département, les commissions et le Parlement - Recrutement et gestion des effectifs - Traductions 	300
Total Equivalents temps plein (ETP)		1'800

6.2 Fonctions transversales

Tâches et activités	Total : 800 % de postes
Statistique Relevés statistiques sur mandat de la Commission de haute surveillance et de son secrétariat	
Finances et controlling Processus budgétaire, paiement des factures, facturation des émoluments perçus, mises en demeure, controlling, contrats, gestion des voyages, décomptes de frais, décompte des séances de la Commission de haute surveillance	
Personnel, hors service linguistique Ressources humaines (recrutement, gestion, développement, etc.), salaires y c. décomptes avec les assurances sociales, controlling des frais de personnel, classification, assurance-accidents, formation de base et formation continue, développement du personnel et des cadres	
Service linguistique Traductions	
Technologies de l'information et de la communication Équipement des postes de travail (matériel, logiciels, imprimantes, etc.), maintenance et développement d'applications spécialisées (projets, gestion des changements et des mises en production) sur la base des exigences des utilisateurs, élaboration et gestion du budget TIC, organisation du décompte des prestations avec les services internes et externes de la Confédération, contrôle et autorisation de paiement, gestion du portefeuille informatique et du controlling IT, contrôle et application des mesures de sécurité TIC	
Informations, connaissances et logistique Courrier interne et externe, aménagement des postes de travail, achat de mobilier, graphisme et impression, publication assistée par ordinateur, documentation, sécurité, réception, contrôle des accès, accueil des visiteurs, permanence téléphonique, enregistrement, GEVER, gestion des salles de réunions, gestion des consommables	
Communication Rédaction de communiqués de presse, organisation de conférences de presse et participation à des conférences de presse, réponse aux questions des médias, présence sur Internet	