



19 juillet 2011

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Indications

- 790 Entrée en vigueur de la réforme structurelle et du financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public
- 791 Rapport de recherche: les frais de gestion de la fortune dans le 2^e pilier

Prise de position

- 792 Modification de l'art. 60b OPP 2 : précision du Bulletin n° 120 ch. 765 (personnes arrivant de l'étranger)

Jurisprudence

- 793 Rente de survivant pour le/la concubin/e: conditions réglementaires à remplir avant le départ à la retraite
- 794 Demande de dommages-intérêts par une institution de prévoyance contre un office AI
- 795 Assurance prolongée et début de l'assurance obligatoire pour les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage ; institution de prévoyance compétente
- 796 Versement en espèces de la prestation de sortie en cas d'activité indépendante à l'étranger ?

Le bulletin est un simple moyen d'information de l'OFAS. Son contenu n'a valeur de directives que lorsque cela est indiqué expressément.

Indications

790 Entrée en vigueur de la réforme structurelle et du financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public

Le Conseil fédéral a adopté les dispositions d'ordonnance nécessaires à la mise en œuvre de la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle lors de ses séances des 10 et 22 juin 2011. La transparence, la gouvernance et l'indépendance, ainsi que le renforcement et la réorganisation du système de surveillance avec la mise en place d'une commission indépendante de haute surveillance constituent les éléments clés de la réforme. Le Conseil fédéral a nommé Monsieur Pierre Triponez comme premier président de la Commission de haute surveillance à partir du 1^{er} août 2011.

Parallèlement à la réforme structurelle, le Conseil fédéral a adopté des dispositions relatives au financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public, qui visent à garantir leur sécurité financière.

Le Parlement a adopté la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle le 19 mars 2010. Cette révision partielle de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) vise à améliorer la transparence et la gouvernance dans la gestion des institutions de prévoyance et de leur fortune. L'objectif est aussi de renforcer l'indépendance des principaux acteurs du 2^e pilier. La surveillance directe des institutions de prévoyance est transférée de la Confédération à des autorités de surveillance cantonales ou régionales indépendantes de l'administration. La haute surveillance sera quant à elle assurée par une commission décisionnelle indépendante dotée de son propre secrétariat.

Dispositions d'exécution de la réforme structurelle

Le Conseil fédéral a adopté les dispositions d'exécution, au niveau des ordonnances. L'ordonnance sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance professionnelle (OPP 1) est abrogée. Elle est remplacée par une nouvelle OPP 1, intitulée «ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle». L'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) est partiellement révisée. Enfin, une nouvelle «ordonnance sur les fondations de placement» (OFP) est créée.

La large consultation sur les ordonnances a montré que les objectifs et contenus fondamentaux de la réforme structurelle remportent l'adhésion. En revanche, les avis divergent à propos des dispositions d'exécution. Les ordonnances ont donc été remaniées en profondeur à l'issue de la consultation. La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) et celle du Conseil des Etats (CSSS-E) ont été à nouveau consultées, mais n'ont pas suggéré d'autres modifications. La Commission LPP a été consultée à trois reprises et a approuvé toutes les adaptations à l'unanimité ou à une large majorité.

Sur la base des résultats de la consultation et des discussions menées avec les différents acteurs concernés, les ordonnances ont été fortement remaniées. Les modifications essentielles sont les suivantes :

Art. 1, 3, 7, 12, 18, 19 et 20 de l'ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1) :

le champ d'application de l'OPP 1 a été précisé ; les projets de contrats de travail, de gestion et d'administration de la fortune ne devront finalement pas être examinés par l'autorité de surveillance au cours de la phase de création d'une institution ; la garantie pourra aussi être fournie au moyen d'un contrat d'assurance avec couverture intégrale ; le délai pour l'organisation d'élections paritaires a été raccourci et ne sera plus que d'une année à compter de la décision de prise en charge par l'autorité de surveillance.

Art. 34, 35, 40, 46, 48a, 48b, 48c, 48f, 48g, 48h, 48i, 48j, 48k, 48l et III Dispositions transitoires de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) :

un contrôle interne adapté à la taille et à la complexité de l'institution de prévoyance est jugé suffisant ; les conditions relatives à l'indépendance des organes de révision et des experts en matière de prévoyance professionnelle ont été revues ; l'interdiction des contrats de durée a été supprimée ; l'habilitation des gestionnaires de fortune externes est réglée ; les modalités et le montant des indemnités doivent être consignés de manière claire et distincte dans une convention et tout avantage financier supplémentaire reçu dans le cadre de l'activité exercée pour l'institution de prévoyance doit lui être remis ; les gérants de caisses et les gestionnaires de fortune ne doivent plus déclarer leurs liens d'intérêt à l'organe de révision, mais à l'organe suprême ; les institutions de prévoyance doivent adapter leurs règlements et contrats, ainsi que leur organisation d'ici au 31 décembre 2012.

- Art. 7, 10, 17, 23, 24, 26, 27 et 28 de l'ordonnance sur les fondations de placement (OFP) : cette ordonnance reprend pour l'essentiel la pratique actuelle, conformément à la volonté du législateur ; on a procédé à quelques allègements, par ex. au niveau de l'examen préalable (qui concerne seulement les statuts et les règlements) et des groupes de placement (écart en % par rapport à l'indice et plus tracking error).
- Les effectifs de la Commission de haute surveillance et de son secrétariat sont limités à 25,5 postes, soit nettement moins que ce que prévoyait le message sur la réforme structurelle (29,8 postes). Le coût par assuré passe ainsi d'un franc (projet mis en consultation) à 80 centimes par an.

Les dispositions relatives à la transparence et à la gouvernance entrent en vigueur le 1er août 2011. Les institutions de prévoyance ont jusqu'à fin 2012 pour adapter, si nécessaire, leurs règlements et leur organisation. Les dispositions concernant la structure de la surveillance entrent en vigueur le 1er janvier 2012, date à laquelle la Commission de haute surveillance deviendra opérationnelle.

Maintenir et renforcer la confiance dans le 2^e pilier

La réforme structurelle inscrit dans la LPP des **dispositions plus sévères relatives à la gouvernance et à la transparence**. La modification de l'OPP 2 les précise.

De nouvelles exigences concrètes sont introduites en ce qui concerne l'intégrité et la loyauté des personnes chargées de gérer ou d'administrer l'institution de prévoyance ou sa fortune (bonne réputation, garantie d'une activité irréprochable et prévention des conflits d'intérêts). Les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches devront être signalés. 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 (hors indemnités convenues au préalable par écrit).

Elles n'auront pas le droit non plus de réaliser préalablement, simultanément ou subséquentement des opérations en Bourse en ayant connaissance de transactions décidées ou prévues par l'institution de prévoyance. Les frais d'administration et de gestion de la fortune devront être indiqués dans les comptes annuels de façon plus détaillée qu'aujourd'hui. Les dispositions de bonne gouvernance auront d'autant plus de poids que de nouvelles dispositions pénales ont été introduites dans la LPP.

Les tâches de l'organe de révision, de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et de l'organe suprême de l'institution de prévoyance sont décrites plus clairement.

La **surveillance directe** des institutions de prévoyance ayant un caractère national ou international, exercée jusqu'ici par l'Office fédéral des assurances sociales, sera transférée aux cantons. La **haute surveillance** relèvera désormais d'une commission indépendante ad hoc, dotée d'un secrétariat professionnel. Cette commission veillera à ce que la surveillance soit pratiquée partout de la même manière et garantira la stabilité du système du 2^e pilier. Les autorités cantonales de surveillance devront être indépendantes de l'administration et prendre la forme d'un établissement de droit public ayant sa propre personnalité juridique.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

La réforme structurelle inscrit pour la première fois dans la loi des **dispositions applicables aux fondations de placement**. La nouvelle ordonnance sur ces fondations (OFP) règle, comme le prévoit la loi, le cercle des investisseurs admis, l'augmentation, l'utilisation et le placement de la fortune, l'établissement des comptes et la révision, les droits des investisseurs, ainsi que des questions d'organisation. Ces dispositions s'inspirent pour l'essentiel de la pratique existante. Les fondations de placement seront surveillées par la Commission de haute surveillance.

Financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public

Le Parlement a adopté les dispositions relatives au financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public le 17 décembre 2010. L'objectif est de garantir la sécurité financière de ces institutions. A cet effet, le modèle financier retenu prévoit un objectif de couverture différencié et une recapitalisation à hauteur de 80 % en 40 ans. Par ailleurs, les institutions devront être détachées de la structure de l'administration sur les plans juridique, organisationnel et financier, et devenir autonomes.

La modification correspondante de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Les institutions de prévoyance ont toutefois jusqu'à fin 2013 pour se conformer aux exigences en matière d'organisation.

Liens internet pour les deux communiqués de presse du 14 juin 2011 (rapport sur les résultats de la procédure de consultation, feuilles d'information, nomination du président) :

<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=39598>

<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=39566>

Nous publions ci-après les **modifications légales ainsi que les nouvelles dispositions d'ordonnances**.

Seule fait foi la version publiée dans le Recueil officiel du droit fédéral

(publication le 19 juillet 2011 : [RO 2011 3385 ss.](#))

La modification de la LPP du 19 mars 2010 entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2012, sauf les art. 51b, 51c, 52c, 53a et 64 al. 1 qui entreront en vigueur le 1^{er} août 2011.

**Loi fédérale
sur la prévoyance professionnelle vieillesse,
 survivants et invalidité**

(LPP)

(Réforme structurelle)

Modification du 19 mars 2010

version non officielle

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 15 juin 2007¹,
arrête:*

I

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité² est modifiée comme suit:

Art. 10, al. 2, let. d

² L'obligation d'être assuré cesse, sous réserve de l'art. 8, al. 3:

- d. lorsque le droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage s'éteint.

Art. 26, al. 3

³ Le droit aux prestations s'éteint au décès du bénéficiaire ou dès la disparition de l'invalidité. Pour les assurés qui sont astreints à l'assurance obligatoire selon l'art. 2, al. 3, ou qui poursuivent volontairement leur prévoyance selon l'art. 47, al. 2, la rente-invalidité s'éteint au plus tard lors de la naissance du droit à une prestation de vieillesse (art. 13, al. 1).

Art. 33

Abrogé

Art. 47, al. 2

² L'assuré qui n'est plus soumis à l'assurance obligatoire selon l'art. 2, al. 3, peut maintenir la prévoyance contre les risques de décès et d'invalidité dans la même mesure que précédemment auprès de l'institution supplétive.

Art. 49, al. 2, ch. 7, 9, 10, 14 et 15

² Lorsqu'une institution de prévoyance étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, seules s'appliquent à la prévoyance plus étendue les dispositions régissant:

- 7. la gestion paritaire et les tâches de l'organe suprême de l'institution de prévoyance (art. 51 et 51a),
- 9. l'agrément des organes de contrôle et leurs tâches (art. 52a à 52e),
- 10. l'intégrité et la loyauté des responsables, les actes juridiques passés avec des personnes proches et les conflits d'intérêts (art. 51b, 51c et 53a),
- 14. la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 62a et 64 à 64c),
- 15. *abrogé*

Art. 51, al. 6 et 7

Abrogés

¹ FF 2007 5381

² RS 831.40

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 51a Tâches de l'organe suprême de l'institution de prévoyance

¹ L'organe suprême de l'institution de prévoyance assure la direction générale, veille à l'exécution de ses tâches légales et en détermine les objectifs et principes stratégiques ainsi que les moyens permettant de les mettre en œuvre. Il définit l'organisation de l'institution de prévoyance, veille à sa stabilité financière et en surveille la gestion.

² Il remplit les tâches suivantes, qui sont intransmissibles et inaliénables:

- a. définir le système de financement;
- b. définir les objectifs en matière de prestations, les plans de prévoyance et les principes relatifs à l'affectation des fonds libres;
- c. édicter et modifier les règlements;
- d. établir et approuver les comptes annuels;
- e. définir le taux d'intérêt technique et les autres bases techniques;
- f. définir l'organisation de l'institution de prévoyance;
- g. organiser la comptabilité;
- h. garantir l'information des assurés;
- i. garantir la formation initiale et la formation continue des représentants des salariés et de l'employeur;
- j. nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion;
- k. nommer et révoquer l'expert en matière de prévoyance professionnelle et l'organe de révision;
- l. prendre les décisions concernant la réassurance, complète ou partielle, de l'institution de prévoyance et le réassureur éventuel;
- m. définir les objectifs et principes en matière d'administration de la fortune, d'exécution du processus de placement et de surveillance de ce processus;
- n. contrôler périodiquement la concordance à moyen et à long termes entre la fortune placée et les engagements de l'institution de prévoyance.

³ L'organe suprême de l'institution de prévoyance peut attribuer à des commissions ou à certains de ses membres la charge de préparer et d'exécuter ses décisions ou de surveiller certaines affaires. Il veille à ce que ses membres soient informés de manière appropriée.

⁴ Il fixe une indemnité appropriée destinée à ses membres pour la participation à des séances et des cours de formation.

⁵ Pour les institutions de prévoyance qui revêtent la forme d'une société coopérative, l'administration peut se charger des tâches énumérées aux alinéas précédents, à condition que celles-ci ne fassent pas partie des tâches intransmissibles de l'assemblée générale définies à l'art. 879 du code des obligations³.

⁶ Les dispositions fédérales, cantonales ou communales qui, pour les institutions de prévoyance de droit public, répartissent sur plusieurs organes de droit public les tâches visées à l'al. 2 sont réservées.

Art. 51b Intégrité et loyauté des responsables

¹ Les personnes chargées de gérer ou d'administrer l'institution de prévoyance ou sa fortune doivent jouir d'une bonne réputation et offrir toutes les garanties d'une activité irréprochable.

² Elles sont tenues, dans l'accomplissement de leurs tâches, de respecter le devoir de diligence fiduciaire et de servir les intérêts des assurés de l'institution de prévoyance. A cette fin, elles veillent à ce que leur situation personnelle et professionnelle n'entraîne aucun conflit d'intérêts.

Art. 51c Actes juridiques passés avec des personnes proches

¹ Les actes juridiques passés par les institutions de prévoyance se conforment aux conditions usuelles du marché.

² Les actes juridiques que l'institution de prévoyance passe avec des membres de l'organe suprême, avec l'employeur affilié ou avec des personnes physiques ou morales chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'en administrer la fortune, ainsi que ceux qu'elle passe avec des personnes physiques ou morales proches des personnes précitées sont annoncés à l'organe de révision dans le cadre du contrôle des comptes annuels.

³ L'organe de révision vérifie si les actes juridiques qui lui sont annoncés garantissent les intérêts de l'institution de prévoyance.

⁴ L'institution de prévoyance fait figurer dans son rapport annuel le nom et la fonction des experts, des conseillers en placement et des gestionnaires en placement auxquels elle a fait appel.

Art. 52, al. 1 et 4

¹ Les personnes chargées d'administrer ou de gérer l'institution de prévoyance et les experts en matière de prévoyance professionnelle répondent du dommage qu'ils lui causent intentionnellement ou par négligence.

³ RS 220

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

⁴ L'art. 755 du code des obligations⁴ s'applique par analogie à la responsabilité de l'organe de révision.

Art. 52a Vérification

¹ L'institution de prévoyance désigne pour la vérification un organe de révision et un expert en matière de prévoyance professionnelle.

² L'organe suprême de l'institution de prévoyance remet le rapport de l'organe de révision à l'autorité de surveillance et à l'expert en matière de prévoyance professionnelle et le tient à la disposition des assurés.

Art. 52b Agrément des organes de révision dans la prévoyance professionnelle

Peuvent exercer la fonction d'organe de révision les personnes physiques et les entreprises de révision qui sont agréées par les autorités fédérales de surveillance de la révision en tant qu'experts-réviseurs au sens de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision⁵.

Art. 52c Tâches de l'organe de révision

¹ L'organe de révision vérifie:

- a. si les comptes annuels et les comptes de vieillesse sont conformes aux dispositions légales;
- b. si l'organisation, la gestion et les placements sont conformes aux dispositions légales et réglementaires;
- c. si les mesures destinées à garantir la loyauté dans l'administration de la fortune ont été prises et si le respect du devoir de loyauté est suffisamment contrôlé par l'organe suprême;
- d. si les fonds libres ou les participations aux excédents résultant des contrats d'assurance ont été utilisés conformément aux dispositions légales et réglementaires;
- e. si, en cas de découvert, l'institution de prévoyance a pris les mesures nécessaires pour rétablir une couverture complète;
- f. si les indications et informations exigées par la loi ont été communiquées à l'autorité de surveillance;
- g. si l'art. 51c a été respecté.

² L'organe de révision consigne chaque année, dans un rapport qu'il adresse à l'organe suprême de l'institution de prévoyance, les constatations faites dans le cadre des vérifications visées à l'al. 1. Ce rapport atteste le respect des dispositions concernées, avec ou sans réserves, et contient une recommandation concernant l'approbation ou le refus des comptes annuels; ceux-ci doivent être joints au rapport.

³ L'organe de révision commente au besoin les résultats de ses vérifications à l'intention de l'organe suprême de l'institution de prévoyance.

Art. 52d Agrément des experts en matière de prévoyance professionnelle

¹ Les experts en matière de prévoyance professionnelle doivent être agréés par la Commission de haute surveillance.

² Les conditions d'agrément sont les suivantes:

- a. formation et expérience professionnelles appropriées;
- b. connaissance des dispositions légales pertinentes;
- c. bonne réputation et fiabilité.

³ La Commission de haute surveillance peut définir plus précisément les conditions d'agrément.

Art. 52e Tâches de l'expert en matière de prévoyance professionnelle

¹ L'expert en matière de prévoyance professionnelle examine périodiquement:

- a. si l'institution de prévoyance offre la garantie qu'elle peut remplir ses engagements;
- b. si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux dispositions légales.

² Il soumet des recommandations à l'organe suprême de l'institution de prévoyance concernant notamment:

- a. le niveau du taux d'intérêt technique et des autres bases techniques;
- b. les mesures à prendre en cas de découvert.

³ Si l'organe suprême ne suit pas les recommandations de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et qu'il s'avère que la sécurité de l'institution de prévoyance est compromise, l'expert en informe l'autorité de surveillance.

⁴ RS 220

⁵ RS 221.302

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 53

Abrogé

Art. 53a Dispositions d'exécution

Le Conseil fédéral édicte des dispositions concernant:

- a. les affaires que les personnes chargées de l'administration de la fortune peuvent mener pour leur propre compte;
- b. l'admissibilité des avantages financiers obtenus par des personnes en relation avec une activité qu'elles exercent pour une institution de prévoyance, et l'obligation de déclarer ces avantages.

Titre deuxième: Fondations de placement

Art. 53g But et droit applicable

¹ Des fondations au sens des art. 80 à 89bis⁶ du code civil⁷ peuvent être constituées pour la gestion et l'administration commune de la fortune.

² Les fondations de placement sont des institutions qui servent à la prévoyance professionnelle. Elles sont soumises à la présente loi. Dans la mesure où la présente loi et ses ordonnances d'application ne contiennent pas de règles spéciales applicables aux fondations de placement, les dispositions générales du droit des fondations sont applicables à titre subsidiaire.

Art. 53h Organisation

¹ L'organe suprême de la fondation de placement est l'assemblée des investisseurs.

² Le conseil de fondation est l'organe de gestion. Il peut déléguer ses tâches de gestion à des tiers, excepté celles qui sont directement rattachées à la direction suprême de la fondation de placement.

³ L'assemblée des investisseurs édicte des dispositions sur l'organisation, l'administration et le contrôle de la fondation de placement.

Art. 53i Fortune

¹ La fortune totale de la fondation de placement se compose d'une fortune de base et d'une fortune de placement. L'assemblée des investisseurs édicte des dispositions sur le placement de ces fortunes. Les statuts peuvent prévoir que cette attribution soit exercée par le conseil de fondation.

² La fortune de placement comprend les placements de parts de fortune opérés en commun par différents investisseurs. Elle se compose d'un ou de plusieurs groupes de placements comptabilisés de façon séparée et économiquement indépendants les uns des autres.

³ Un groupe de placements est divisé en parts égales sans valeur nominale en fonction du nombre d'investisseurs.

⁴ En cas de faillite de la fondation de placement, les avoirs et les droits liés à un groupe de placements sont distraits de la masse au bénéfice des investisseurs. Cette disposition s'applique par analogie en cas de concordat par abandon d'actifs. Les créances suivantes de la fondation de placement sont réservées:

- a. les rémunérations prévues par le contrat;
- b. la libération des engagements contractés en exécution régulière de ses tâches pour un groupe de placements;
- c. le remboursement des frais encourus au titre de l'exécution de ces engagements.

⁵ La compensation n'est admissible que par rapport à des prétentions à l'intérieur d'un même groupe de placements ou à l'intérieur de la fortune de base.

Art. 53j Responsabilité

¹ La responsabilité de la fondation de placement pour les engagements d'un groupe de placements est limitée à la fortune de ce dernier.

² Chaque groupe de placements ne répond que de ses propres engagements.

³ La responsabilité des investisseurs est exclue.

Art. 53k Dispositions d'exécution

Le Conseil fédéral édicte des dispositions:

- a.⁸ sur le cercle des investisseurs;
- b. sur l'augmentation et l'utilisation de la fortune de base;

⁶ A l'entrée en vigueur de la modification du CC du 19 décembre 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, FF 2009 139), l'art. 89bis devient art. 89a.

⁷ RS 210

⁸ Rectifiée par la Commission de rédaction de l'Ass. féd. (art. 58, al. 1, LParl – RS 171.10).

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

- c. sur la fondation, l'organisation et la dissolution;
- d. sur les placements, l'établissement des comptes et la révision;
- e. sur les droits des investisseurs.

Titres précédant l'art. 54

Titre troisième: Fonds de garantie et institution supplétive

Chapitre premier: Supports juridiques

Titres précédant l'art. 61

Titre quatrième: Surveillance et haute surveillance

Chapitre premier: Surveillance

Art. 61 Autorité de surveillance

¹ Les cantons désignent l'autorité chargée de surveiller les institutions de prévoyance et les institutions servant à la prévoyance qui ont leur siège sur le territoire cantonal.

² Les cantons peuvent se regrouper en une région de surveillance commune et désigner une autorité de surveillance pour cette région.

³ L'autorité de surveillance est un établissement de droit public doté de la personnalité juridique. Elle n'est soumise à aucune directive dans l'exercice de ses fonctions.

Art. 62, al. 1, phrase introductive et let. a, ainsi qu'al. 2

¹ L'autorité de surveillance s'assure que les institutions de prévoyance, les organes de révision dans la prévoyance professionnelle, les experts en matière de prévoyance professionnelle et les institutions servant à la prévoyance se conforment aux dispositions légales et que la fortune est employée conformément à sa destination; en particulier:

- a. elle vérifie que les dispositions statutaires et réglementaires des institutions de prévoyance et des institutions servant à la prévoyance sont conformes aux dispositions légales;

² L'autorité de surveillance exerce aussi, pour les fondations, les attributions prévues par les art. 85 et 86 à 86b du code civil⁹.

Art. 62a Moyens de surveillance

¹ Pour remplir ses tâches, l'autorité de surveillance se fonde sur les rapports des experts en matière de prévoyance professionnelle et des organes de révision.

² L'autorité de surveillance peut au besoin:

- a. 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;
- b. donner des instructions à l'organe suprême, à l'organe de révision ou à l'expert en matière de prévoyance professionnelle dans des cas d'espèce;
- c. ordonner des expertises;
- d. annuler des décisions de l'organe suprême de l'institution de prévoyance;
- e. ordonner des mesures de substitution;
- f. mettre en demeure, sanctionner par une réprimande ou révoquer l'organe suprême de l'institution de prévoyance ou certains de ses membres;
- g. ordonner la gestion de l'institution de prévoyance ou de l'institution servant à la prévoyance par un organe officiel;
- h. nommer ou révoquer un organe de révision ou un expert en matière de prévoyance professionnelle;
- i. sanctionner l'inobservation de prescriptions d'ordre conformément à l'art. 79.

³ Les mesures relevant de la surveillance sont à la charge de l'institution de prévoyance ou de l'institution servant à la prévoyance qui les a occasionnées. Les coûts liés à la révocation prévue par l'al. 2, let. h, sont à la charge de l'organe de révision ou de l'expert en matière de prévoyance professionnelle concerné.

⁹ RS 210

Art. 63

Abrogé

Art. 63a

Abrogé

Titre précédant l'art. 64

1.1.1 Chapitre 2: Haute surveillance

Art. 64 Commission de haute surveillance

¹ Le Conseil fédéral nomme une commission de haute surveillance composée de sept à neuf membres. Il en désigne le président et le vice-président. Les membres doivent être des spécialistes indépendants. Chacun des partenaires sociaux est représenté par un membre. La durée des mandats est de quatre ans.

² Pour prendre ses décisions, la Commission de haute surveillance ne reçoit de directives ni du Conseil fédéral ni du Département fédéral de l'intérieur. Dans son règlement, elle peut déléguer certaines compétences à son secrétariat.

³ La responsabilité de la Confédération n'est engagée pour les actes de la Commission de haute surveillance et de son secrétariat que si des devoirs de fonction essentiels ont été violés et que les dommages ne résultent pas d'une violation des obligations d'un assujéti visé à l'art. 64a.

⁴ Au surplus, la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité¹⁰ est applicable.

Art. 64a Tâches

¹ La Commission de haute surveillance exerce la haute surveillance sur les autorités de surveillance. Elle accomplit les tâches suivantes:

- a. elle garantit que les autorités de surveillance exercent leur activité de manière uniforme; elle peut émettre des directives à cet effet;
- b. elle examine les rapports annuels des autorités de surveillance; elle peut procéder à des inspections auprès de ces dernières;
- c. elle édicte, à condition qu'une base légale existe et après avoir consulté les milieux intéressés, les normes nécessaires à l'activité de surveillance;
- d. elle décide de l'agrément et du retrait de l'agrément donné aux experts en matière de prévoyance professionnelle;
- e. elle tient un registre des experts agréés en matière de prévoyance professionnelle; ce registre est public et il est publié sur Internet;
- f. elle peut émettre des directives à l'intention des experts en matière de prévoyance professionnelle et des organes de révision;
- g. elle édicte un règlement concernant son organisation et sa gestion; ce règlement doit être approuvé par le Conseil fédéral.

² Elle surveille en outre le fonds de garantie, l'institution supplétive et les fondations de placement.

³ Elle présente chaque année un rapport d'activité au Conseil fédéral par l'intermédiaire du Département fédéral de l'intérieur.

Art. 64b Secrétariat

¹ La Commission de haute surveillance est dotée d'un secrétariat permanent rattaché administrativement à l'Office fédéral des assurances sociales.

² Le secrétariat remplit les tâches qui lui incombent en vertu du règlement d'organisation et de gestion de la Commission de haute surveillance.

Art. 64c Coûts

¹ Les coûts de la Commission de haute surveillance et du secrétariat sont couverts par:

- a. une taxe annuelle de surveillance;
- b. des émoluments pour les décisions et les prestations.

² La taxe annuelle de surveillance est perçue:

- a. auprès des autorités de surveillance, en fonction du nombre d'institutions de prévoyance surveillées et du nombre d'assurés;
- b. auprès du fonds de garantie, de l'institution supplétive et des fondations de placement, sur la base de la fortune et, le cas échéant, du nombre de compartiments d'investissement.

¹⁰ RS 170.32

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

³ Le Conseil fédéral détermine les coûts de surveillance imputables, règle les modalités de calcul et fixe le tarif des émoluments.

Art. 65, al. 2 et 4

² Elles règlent leur système de cotisations et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la présente loi puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles.

⁴ Le Conseil fédéral détermine un capital de prévoyance initial et des prestations de garantie pour la création d'institutions de prévoyance collectives ou communes qui sont soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage¹¹, quelle que soit leur forme juridique ou administrative. Les institutions de prévoyance destinées à plusieurs employeurs unis par des liens étroits de nature économique ou financière et les institutions d'associations professionnelles ne sont pas concernées par la présente disposition.

Art. 74, al. 3 et 4

³ Un recours contre une décision de l'autorité de surveillance n'a d'effet suspensif que si le Tribunal administratif fédéral le décide sur requête d'une partie.

⁴ La Commission de haute surveillance a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral contre des décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de prévoyance professionnelle.

Art. 76, par. 6 et 7

...

celui qui aura mené des affaires non autorisées pour son propre compte, aura contrevenu à l'obligation de déclarer en fournissant des indications inexactes ou incomplètes, ou desservi grossièrement de toute autre manière les intérêts de l'institution de prévoyance,

celui qui n'aura pas communiqué les avantages financiers ou les rétrocessions liés à l'administration de la fortune ou les aura gardés pour lui, à moins qu'ils ne soient indiqués expressément à titre d'indemnité et chiffrés dans le contrat d'administration de la fortune,

II

Les actes mentionnés ci-après sont modifiés comme suit:

1. Code civil¹²

Art. 89bis¹³, al. 6, ch. 7, 8, 12, 13 et 14

⁶ Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité sont en outre régies par les dispositions suivantes de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité¹⁴ sur:

7. l'agrément et les tâches des organes de contrôle (art. 52a à 52e),
8. l'intégrité et la loyauté des responsables, les actes juridiques passés avec des personnes proches et les conflits d'intérêts (art. 51b, 51c et 53a),
12. la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 62a et 64 à 64c),
13. *abrogé*
14. la sécurité financière (art. 65, al. 1, 3 et 4, art. 66, al. 4, art. 67 et 69),

2. Loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage¹⁵

Art. 9, al. 2, 2^e phrase

² ... L'art. 79b LPP¹⁶ est réservé.

¹¹ RS 831.42

¹² RS 210

¹³ A l'entrée en vigueur de la modification du CC du 19 décembre 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, FF 2009 139), l'art. 89bis devient art. 89a.

¹⁴ RS 831.40

¹⁵ RS 831.42

¹⁶ RS 831.40

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 19, 2^e phrase

... Les autres institutions de prévoyance ne peuvent déduire ce découvert technique que lors d'une liquidation, partielle ou totale (art. 53d, al. 3 LPP).

III

Disposition transitoire relative à la modification du 19 mars 2010 (LPP, réforme structurelle)

Les institutions de prévoyance qui sont soumises à la surveillance de la Confédération au moment de l'entrée en vigueur de la présente modification peuvent le rester pendant trois ans au plus à compter de ladite entrée en vigueur.

IV

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Conseil des Etats, 19 mars 2010

La présidente: Erika Forster-Vannini
Le secrétaire: Philippe Schwab

Conseil national, 19 mars 2010

La présidente: Pascale Bruderer Wyss
Le secrétaire: Pierre-Hervé Freléchoz

Expiration du délai référendaire et entrée en vigueur

¹ Le délai référendaire s'appliquant à la présente loi a expiré le 8 juillet 2010 sans avoir été utilisé.¹⁷

² A l'exception des modifications à l'al. 3, la présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

³ Les modifications des art. 51b, 51c, 52c, 53a et 64, al. 1, entrent en vigueur le 1^{er} août 2011.

10 et 22 juin 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public :

La modification de la LPP du 17 décembre 2010 entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2012, sauf les art. 48 al. 2, 1^{re} phrase, 50 al. 2, 51 al. 5, 51a al. 6, le chiffre II/2 (modification de la loi sur la fusion) et le ch. III/b (disposition transitoire) qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2014.

**Loi fédérale
sur la prévoyance professionnelle vieillesse,
survivants et invalidité**

(LPP)

**(Financement des institutions de prévoyance de corporations
de droit public)**

Modification du 17 décembre 2010

version non officielle

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu le message du Conseil fédéral du 19 septembre 2008¹⁸,

arrête:

I

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité¹⁹ est modifiée comme suit:

Art. 5, al. 2

² Elle s'applique aux institutions de prévoyance enregistrées au sens de l'art. 48. Les art. 56, al. 1, let. c et d, et 59, al. 2, ainsi que les dispositions relatives à la sécurité financière (art. 65, al. 1, 2 et 2^{bis}, 65c, 65d, al. 1, 2 et 3, let. a, 2^e phrase, et b, 65e, 67, 71 et 72a à 72g) s'appliquent également aux institutions de prévoyance non enregistrées qui sont soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)²⁰.

Art. 48, al. 2, première phrase

² Les institutions de prévoyance enregistrées doivent revêtir la forme d'une fondation ou être une institution de droit public dotée de la personnalité juridique. ...

Art. 49, al. 2, phrase introductive et ch. 16

² Lorsqu'une institution de prévoyance étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, seules s'appliquent à la prévoyance plus étendue les dispositions régissant:

16. la sécurité financière (art. 65, 65c, 65d, al. 1, 2 et 3, let. a, 2^e phrase, et b, 65e, 66, al. 4, 67 et 72a à 72g),

Art. 50, al. 2

² Ces dispositions peuvent figurer dans l'acte constitutif, dans les statuts ou dans le règlement. S'il s'agit d'une institution de droit public, les dispositions concernant soit les prestations, soit le financement peuvent être édictées par la corporation de droit public concernée.

Art. 51, al. 5

Abrogé

Art. 51a Tâches de l'organe suprême de l'institution de prévoyance

¹ L'organe suprême de l'institution de prévoyance en assure la direction générale, veille à l'exécution de ses tâches légales et en détermine les objectifs et principes stratégiques ainsi que les moyens permettant de les mettre en œuvre. Il définit l'organisation de l'institution de prévoyance, veille à sa stabilité financière et en surveille la gestion.

² Il remplit les tâches suivantes, qui sont intransmissibles et inaliénables:

- a. définir le système de financement;
- b. définir les objectifs en matière de prestations, les plans de prévoyance et les principes relatifs à l'affectation des fonds libres;

¹⁸ FF 2008 7619

¹⁹ RS 831.40

²⁰ RS 831.42

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

- c. édicter et modifier les règlements;
- d. établir et approuver les comptes annuels;
- e. définir le taux d'intérêt technique et les autres bases techniques;
- f. définir l'organisation;
- g. organiser la comptabilité;
- h. définir le cercle des assurés et garantir leur information;
- i. garantir la formation initiale et la formation continue des représentants des salariés et de l'employeur;
- j. nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion;
- k. nommer et révoquer l'expert en matière de prévoyance professionnelle et l'organe de révision;
- l. prendre les décisions concernant la réassurance, complète ou partielle, de l'institution de prévoyance et le réassureur éventuel;
- m. définir les objectifs et principes en matière d'administration de la fortune, d'exécution du processus de placement et de surveillance de ce processus;
- n. contrôler périodiquement la concordance à moyen et à long termes entre la fortune placée et les engagements;
- o. définir les conditions applicables au rachat de prestations;
- p. s'agissant des institutions de prévoyance de corporations de droit public, définir les rapports avec les employeurs affiliés et les conditions applicables à l'affiliation d'autres employeurs.

³ L'organe suprême de l'institution de prévoyance peut attribuer à des commissions ou à certains de ses membres la charge de préparer et d'exécuter ses décisions ou de surveiller certaines affaires. Il veille à ce que ses membres soient informés de manière appropriée.

⁴ Il fixe une indemnité appropriée destinée à ses membres pour la participation à des séances et des cours de formation.

⁵ Pour les institutions de prévoyance qui revêtent la forme d'une société coopérative, l'administration peut se charger des tâches énumérées aux al. 1 à 4, à condition que celles-ci ne fassent pas partie des tâches intransmissibles de l'assemblée générale définies à l'art. 879 du code des obligations²¹.

⁶ L'art. 50, al. 2, 2^e phrase, est réservé.

Art. 53d, al. 3

³ Les institutions de prévoyance peuvent déduire proportionnellement les découverts techniques pour autant que cela ne réduise pas l'avoir de vieillesse (art. 15).

Art. 56, al. 3

³ Lorsque plusieurs employeurs sans lien économique ou financier étroit entre eux ou plusieurs associations sont affiliés à une même institution de prévoyance, la caisse de pensions insolvable de chaque employeur ou association est traitée en règle générale de la même manière que les institutions de prévoyance insolubles. Il convient d'évaluer séparément l'insolvabilité des caisses de pensions affiliées. Le Conseil fédéral fixe les modalités d'application.

Art. 56a, al. 1

¹ Le fonds de garantie peut, vis-à-vis des personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou de la caisse de pensions affiliée, participer aux prétentions de l'institution au moment du versement des prestations garanties et jusqu'à concurrence de celles-ci.

Art. 61, al. 1 et 3

¹ Les cantons désignent l'autorité chargée de surveiller les institutions de prévoyance et les institutions servant à la prévoyance qui ont leur siège sur le territoire cantonal.

³ L'autorité de surveillance est un établissement de droit public doté de la personnalité juridique. Elle n'est soumise à aucune directive dans l'exercice de ses fonctions.

²¹ RS 220

Titre précédant l'art. 65

Quatrième partie Financement des institutions de prévoyance

Titre premier Dispositions générales

Art. 65, al. 2 et 2bis

² Elles règlent leur système de cotisations et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la présente loi puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles. A cet égard, elles ne peuvent se fonder que sur l'effectif des assurés et des rentiers à une date donnée (bilan en caisse fermée). Les art. 72a à 72g sont réservés.

^{2bis} La fortune de prévoyance de l'institution couvre la totalité de ses engagements (capitalisation complète). Les art. 65c et 72a à 72g sont réservés.

Art. 69

Abrogé

Titre précédant l'art. 72a

Titre deuxième

Financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public en capitalisation partielle

Art. 72a Capitalisation partielle

¹ Les institutions de prévoyance de corporations de droit public qui, au moment de l'entrée en vigueur de la modification du 17 décembre 2010, ne satisfont pas aux exigences en matière de capitalisation complète et qui bénéficient de la garantie de l'Etat conformément à l'art. 72c peuvent, avec l'accord de l'autorité de surveillance, déroger au principe de la capitalisation complète (capitalisation partielle) lorsqu'un plan de financement permet d'assurer à long terme leur équilibre financier. Ce plan de financement garantit notamment:

- a. la couverture intégrale des engagements pris envers les rentiers;
- b. le maintien des taux de couverture au moins à leur valeur initiale pour l'ensemble des engagements de l'institution de prévoyance, ainsi que pour les engagements envers les assurés actifs, jusqu'à ce que l'institution atteigne la capitalisation complète;
- c. un taux de couverture des engagements totaux pris envers les rentiers et les assurés actifs d'au moins 80 %;
- d. le financement intégral de toute augmentation des prestations par la capitalisation.

² L'autorité de surveillance contrôle le plan de financement et approuve la poursuite de la gestion de l'institution de prévoyance selon le système de la capitalisation partielle. Elle veille à ce que le plan de financement prévoie le maintien des taux de couverture acquis.

³ Les institutions de prévoyance peuvent prévoir une réserve de fluctuations dans la répartition si une modification structurelle de l'effectif des assurés est prévisible.

⁴ Le Conseil fédéral édicte des dispositions sur le calcul des fonds libres. Il peut décider qu'en cas de liquidation partielle, les assurés n'auront pas droit à une part proportionnelle de la réserve de fluctuations dans la répartition.

Art. 72b Taux de couverture initiaux

¹ Sont réputés initiaux les taux de couverture existants à l'entrée en vigueur de la modification du 17 décembre 2010.

² Le calcul des taux de couverture initiaux prend en compte l'intégralité du capital de couverture nécessaire pour verser les rentes échues.

³ Pour calculer les taux de couverture initiaux, les réserves de fluctuations de valeur et les réserves de fluctuations dans la répartition peuvent être déduites de la fortune de prévoyance.

Art. 72c Garantie de l'Etat

¹ Il y a garantie de l'Etat quand la corporation de droit public s'engage à couvrir les prestations de l'institution de prévoyance énumérées ci-après, dans la mesure où elles ne sont pas entièrement financées sur la base des taux de couverture initiaux visés à l'art. 72a, al. 1, let. b):

- a. prestations de vieillesse, de risque et de sortie;
- b. prestations de sortie dues à l'effectif d'assurés sortants en cas de liquidation partielle;
- c. découverts techniques affectant l'effectif d'assurés restants en cas de liquidation partielle.

² Si d'autres employeurs s'affilient par la suite à l'institution de prévoyance, la garantie porte aussi sur les engagements envers les effectifs d'assurés de ces employeurs.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 72d Vérification par l'expert en matière de prévoyance professionnelle

L'institution de prévoyance fait vérifier périodiquement par l'expert en matière de prévoyance professionnelle que son équilibre financier est garanti à long terme dans le système de la capitalisation partielle et que le plan de financement visé à l'art. 72a, al. 1, est respecté.

Art. 72e Taux de couverture inférieurs à leur valeur initiale

Lorsqu'un taux de couverture initial au sens de l'art. 72a, al. 1, let. b, n'est plus atteint, l'institution de prévoyance doit prendre les mesures prévues aux art. 65c à 65e.

Art. 72f Passage à la capitalisation complète

¹ Le financement des institutions de prévoyance est régi par les art. 65 à 72 dès qu'elles en remplissent les exigences.

² La corporation de droit public peut supprimer la garantie de l'Etat lorsque l'institution de prévoyance remplit les exigences de la capitalisation complète et dispose de suffisamment de réserves de fluctuations de valeur.

Art. 72g Rapports du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral établit tous les dix ans un rapport à l'intention de l'Assemblée fédérale sur la situation financière des institutions de prévoyance de corporations de droit public, notamment sur le rapport entre les engagements et la fortune de prévoyance.

II

Les lois mentionnées ci-après sont modifiées comme suit:

1. Code civil²²

Art. 89bis²³, al. 6, ch. 14

⁶ Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité sont en outre régies par les dispositions suivantes de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité²⁴ sur:

14. la sécurité financière (art. 65, al. 1, 3 et 4, 66, al. 4, 67 et 72a à 72g),

2. Loi du 3 octobre 2003 sur la fusion²⁵

Art. 97, al. 1

¹ Les institutions de prévoyance peuvent se constituer en fondations.

3. Loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage²⁶

Art. 19 Découvert technique

¹ En cas de libre passage, les institutions de prévoyance ne peuvent déduire le découvert technique de la prestation de sortie.

² Le découvert technique peut être déduit de la prestation de sortie en cas de liquidation partielle ou totale (art. 23, al. 2). S'agissant des institutions de prévoyance de corporations de droit public en capitalisation partielle, il ne peut être déduit que dans la mesure où un taux de couverture initial au sens de l'art. 72a, al. 1, let. b, LPP²⁷ n'est plus atteint.

Art. 23, al. 2

² La liquidation partielle ou totale est régie par les art. 53b à 53d, 72a, al. 4, et 72c, al. 1, let. b et c, LPP²⁸.

²² RS 210

²³ A l'entrée en vigueur de la modification du CC du 19 décembre 2008 (FF 2009 139), l'art. 89bis devient art. 89a.

²⁴ RS 831.40

²⁵ RS 221.301

²⁶ RS 831.42

²⁷ RS 831.40

²⁸ RS 831.40

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

III

Dispositions transitoires de la modification du 17 décembre 2010

a. Détermination des taux de couverture initiaux

L'organe suprême de l'institution de prévoyance détermine dans le délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente modification les taux de couverture initiaux visés à l'art. 72a, al. 1, let. b.

b. Forme juridique des institutions de prévoyance

Les institutions de prévoyance enregistrées ayant la forme juridique d'une coopérative au moment où la présente modification entre en vigueur peuvent poursuivre leur activité sous cette forme jusqu'à leur dissolution ou leur transformation en fondation. Les dispositions sur la société coopérative des art. 828 à 926 CO²⁹ leur sont subsidiairement applicables.

c. Taux de couverture insuffisant

¹ Les institutions de prévoyance de corporations de droit public qui n'atteignent pas le taux de couverture minimal visé à l'art. 72a, al. 1, let. c, soumettent tous les cinq ans à l'autorité de surveillance un plan visant à leur permettre de l'atteindre au plus tard 40 ans après l'entrée en vigueur de la présente modification.

² Si le taux de couverture est inférieur à 60 % à partir du 1^{er} janvier 2020 et à 75 % à partir du 1^{er} janvier 2030, les corporations de droit public versent à leurs institutions de prévoyance, sur la différence, les intérêts prévus à l'art. 15, al. 2.

IV

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Conseil des Etats, 17 décembre 2010

Conseil national, 17 décembre 2010

Le président: Hansheiri Inderkum

Le président: Jean-René Germanier

Le secrétaire: Philippe Schwab

Le secrétaire: Pierre-Hervé Freléchoz

Expiration du délai référendaire et entrée en vigueur

¹ Le délai référendaire s'appliquant à la présente loi a expiré le 7 avril 2011 sans avoir été utilisé.³⁰

² A l'exception des modifications à l'al. 3, la présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

³ Entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2014:

- a. art. 48, al. 2, première phrase, 50, al. 2, 51, al. 5, 51a, al. 6; ainsi que
- b. ch. II 2 (modification de la loi sur la fusion) et ch. III b (dispositions transitoires).

10 et 22 juin 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey

La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

²⁹ RS 220

³⁰ FF 2010 8223

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

des 10 et 22 juin 2011

version non officielle

Le Conseil fédéral suisse,

vu les art. 64c, al. 3, et 65, al. 4, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)³¹,

arrête:

Section 1 Champ d'application

Art. 1

La présente ordonnance s'applique tant aux institutions de prévoyance qu'aux institutions servant à la prévoyance professionnelle.

Section 2 Surveillance

Art. 2 Autorités cantonales de surveillance

¹ Les autorités cantonales de surveillance prévues à l'art. 61 LPP sont des établissements de droit public d'un ou de plusieurs cantons.

² Elles annoncent à la Commission de haute surveillance la formation ou la modification d'une région de surveillance.

Art. 3 Répertoire des institutions de prévoyance surveillées

¹ Chaque autorité cantonale de surveillance tient un répertoire des institutions de prévoyance professionnelle soumises à sa surveillance.

² Ce répertoire comprend:

- a. le registre de la prévoyance professionnelle prévu par l'art. 48 LPP;
- b. la liste des institutions de prévoyance qui ne sont pas enregistrées et des institutions servant à la prévoyance professionnelle.

³ Chaque inscription dans le répertoire comprend la dénomination et l'adresse de l'institution, ainsi que la date de la décision de prise en charge de la surveillance. Pour chaque inscription dans la liste, il faut également indiquer s'il s'agit d'une institution de prévoyance pratiquant exclusivement le régime surobligatoire, d'une institution de libre passage ou d'une institution du pilier 3a.

⁴ Le répertoire est public et consultable sur Internet.

Art. 4 Changement à l'intérieur du répertoire

¹ L'institution de prévoyance enregistrée qui entend ne plus pratiquer que la prévoyance surobligatoire demande à l'autorité de surveillance sa radiation du registre et son inscription dans la liste, et lui présente un rapport final. Tant que ce rapport n'a pas été approuvé, elle reste inscrite dans le registre.

² L'institution qui fait l'objet d'une liquidation ou qui transfère son siège dans un canton relevant d'une autre autorité de surveillance demande à l'autorité de surveillance sa radiation du répertoire et lui présente un rapport final. Tant que ce rapport n'a pas été approuvé, elle n'est pas radiée et reste soumise à la même autorité de surveillance.

Section 3 Haute surveillance

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

¹ Les membres de la Commission de haute surveillance doivent satisfaire aux exigences suivantes en matière d'indépendance:

- a. ne pas être employé ou mandataire du fonds de garantie, de l'institution supplétive ou d'une fondation de placement;
- b. ne pas être membre du comité ou de la direction d'une organisation active dans la prévoyance professionnelle, à l'exception des deux représentants des partenaires sociaux;

³¹ RS 831.40

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

- c. ne pas être membre de la direction ou du conseil d'administration d'une compagnie d'assurance, d'une banque ou de toute autre entreprise active dans la prévoyance professionnelle;
- d. ne pas être employé d'une autorité de surveillance, de l'administration fédérale ou d'une administration cantonale;
- e. ne pas être membre d'un gouvernement cantonal;
- f. ne pas être juge en matière d'assurances sociales;
- g. ne pas être membre de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle.

² Ils doivent se récuser lorsqu'ils se trouvent, dans un cas particulier, en conflit d'intérêts dans leurs relations d'affaires ou sur le plan privé.

Art. 6 Coûts de la haute surveillance

¹ Les coûts de la Commission de haute surveillance et de son secrétariat se composent:

- a. des coûts générés par la surveillance du système et par la haute surveillance exercée sur les autorités de surveillance;
- b. des coûts générés par la surveillance des fondations de placement, du fonds de garantie et de l'institution supplétive;
- c. du coût des prestations fournies par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) pour la commission et son secrétariat.

² Les coûts sont entièrement couverts par des taxes et des émoluments. Il est procédé périodiquement à une vérification de la couverture des coûts.

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

¹ La taxe annuelle de surveillance due par les autorités de surveillance s'élève à:

- a. 300 francs par institution de prévoyance surveillée, et
- b. 80 centimes par assuré de l'institution de prévoyance surveillée.

² Elle est facturée aux autorités de surveillance neuf mois après la clôture de l'exercice.

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

¹ La taxe annuelle de surveillance due par le fonds de garantie, l'institution supplétive et les fondations de placement est perçue sur la base de leur fortune selon les tarifs suivants:

- a. jusqu'à 100 millions de francs: 0,030 ‰;
- b. au-delà de 100 millions jusqu'à 1 milliard de francs: 0,025 ‰;
- c. au-delà de 1 milliard jusqu'à 10 milliards de francs: 0,020 ‰;
- d. au-delà de 10 milliards de francs: 0,012 ‰.

² Cependant, elle s'élève à 125 000 francs au plus.

³ Pour les fondations de placement, une taxe supplémentaire de 1000 francs par compartiment d'investissement est perçue. Un compartiment d'investissement est un groupe de placements.

⁴ La taxe est facturée aux institutions neuf mois après la clôture de l'exercice.

Art. 9 Emoluments ordinaires

¹ Pour les décisions et les prestations de service suivantes, il est perçu un émolument compris dans les limites du barème cadre ci-après et calculé d'après le temps de travail nécessaire:

Décision, prestation de service	Barème cadre, en francs
a. prise en charge de la surveillance (y compris approbation de l'acte de fondation)	1 000– 5 000
b. approbation des modifications de l'acte de fondation	500–10 000
c. examen de règlement et de modifications de règlement	500–10 000
d. examen de contrat	500– 800
e. dissolution d'une fondation de placement	1 500–20 000
f. fusion de fondations de placement	1 000–30 000
g. mesures de surveillance	200–50 000
h. agrément donné à l'expert en matière de prévoyance professionnelle	500– 1 000

² Le tarif d'après le temps de travail est de 250 francs l'heure.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 10 Emolument extraordinaire

¹ Pour une inspection extraordinaire ou des investigations complexes, l'autorité de surveillance doit s'acquitter d'un émolument proportionné à l'ampleur des travaux, compris entre 2000 et 100 000 francs.

² Pour une révision ou un contrôle extraordinaire ou encore des investigations complexes, le fonds de garantie, l'institution supplétive et les fondations de placement doivent s'acquitter d'un émolument proportionné à l'ampleur des travaux, compris entre 2000 et 100 000 francs.

Art. 11 Ordonnance générale sur les émoluments

A moins que la présente ordonnance prévoie des règles particulières, les dispositions de l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments³² s'appliquent.

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

¹ Les institutions de prévoyance et les institutions qui servent à la prévoyance professionnelle soumettent à l'autorité de surveillance, préalablement à l'acte de fondation et à l'inscription au registre du commerce, les documents et pièces justificatives nécessaires pour prononcer la décision de prise en charge de la surveillance et, le cas échéant, pour l'enregistrement de la future institution.

² Elles lui présentent en particulier les documents suivants:

- a. le projet d'acte de fondation ou le projet de statuts;
- b. des indications sur les fondateurs;
- c. des indications sur les organes de l'institution;
- d. les projets de règlement, notamment des règlements de prévoyance, d'organisation et de placement;
- e. des indications sur le type et l'étendue d'une éventuelle couverture et sur le montant des réserves techniques;
- f. une déclaration d'acceptation de l'organe de révision et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle.

³ Elles soumettent en outre à l'autorité de surveillance, pour l'examen de l'intégrité et de la loyauté des responsables, les documents suivants:

- a. pour les personnes physiques: des informations sur la nationalité, le domicile, les participations qualifiées détenues dans d'autres entités et d'éventuelles procédures judiciaires et administratives pendantes, ainsi qu'un curriculum vitæ signé, des références et un extrait du casier judiciaire;
- b. pour les sociétés: les statuts, un extrait du registre du commerce ou une attestation analogue, une description des activités, de la situation financière et, le cas échéant, de la structure du groupe, ainsi que des informations sur d'éventuelles procédures judiciaires ou administratives closes ou pendantes.

Art. 13 Examen par l'autorité de surveillance

¹ L'autorité de surveillance examine si l'organisation prévue, la gestion ainsi que l'administration et le placement de la fortune sont conformes aux dispositions légales et réglementaires, et en particulier si la structure organisationnelle, les procédures et la répartition des tâches sont clairement et suffisamment réglées et si les art. 51b, al. 2, LPP et 48h de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité³³ sont respectés.

² Lorsqu'elle examine les règlements de prévoyance, l'autorité de surveillance veille à ce que les prestations réglementaires et leur financement soient fondés sur un rapport de l'expert en matière de prévoyance professionnelle montrant que l'équilibre financier est assuré.

³ Lorsqu'elle examine l'intégrité et la loyauté des responsables, elle prend notamment en considération:

- a. les condamnations pénales dont l'inscription au Casier judiciaire suisse n'a pas été radiée;
- b. l'existence d'actes de défaut de biens;
- c. les procédures judiciaires ou administratives pendantes.

Art. 14 Rapports après la création de l'institution

L'autorité de surveillance peut exiger de l'institution de prévoyance qui commence son activité qu'elle présente au besoin des rapports d'activité à des échéances inférieures à un an.

³² RS 172.041.1

³³ RS 831.441.1

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Section 5

Dispositions particulières applicables à la création d'institutions collectives ou communes au sens de l'art. 65, al. 4, LPP

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

Outre les documents énumérés à l'art. 12, al. 2 et 3, les institutions collectives ou communes au sens de l'art. 65, al. 4, LPP remettent à l'autorité de surveillance:

- a. le projet de contrat d'affiliation;
- b. la preuve du capital initial (art. 17);
- c. la déclaration de garantie (art. 18);
- d. le plan d'affaires.

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

L'institution collective ou commune ne peut conclure aucun contrat d'affiliation avant que l'autorité de surveillance ait rendu la décision de prise en charge de la surveillance.

Art. 17 Capital initial

L'autorité de surveillance vérifie si l'institution collective ou commune dispose d'un capital initial suffisant. Le capital initial est réputé suffisant s'il couvre les frais d'administration et d'organisation ainsi que les autres coûts de fonctionnement auxquels il faut s'attendre durant les deux premières années.

Art. 18 Garantie, couverture

¹ L'autorité de surveillance examine si, au moment de sa création, l'institution collective ou commune dispose d'une garantie incessible et irrévocable auprès d'une banque soumise à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers ou d'une couverture intégrale auprès d'une compagnie d'assurance soumise à la surveillance suisse ou liechtensteinoise.

² La garantie doit se monter au minimum à 500 000 francs et avoir été conclue pour une durée de cinq ans au moins. L'autorité de surveillance peut fixer un montant minimal plus élevé, sans toutefois dépasser le plafond de 1 million de francs. Le capital de prévoyance attendu, le nombre de contrats d'affiliation et leur durée minimale sont déterminants pour le calcul de ce montant.

³ La couverture doit être conclue pour une durée contractuelle d'au moins cinq ans et ne pas être résiliable.

⁴ La garantie ou la couverture est utilisée lorsque, avant son échéance, l'institution fait l'objet d'une procédure de liquidation et qu'il n'est pas exclu que les destinataires ou des tiers subissent un préjudice ou que le fonds de garantie doive fournir des prestations. La banque ou la compagnie d'assurance intervient à la première sommation écrite de payer. Seule l'autorité de surveillance compétente est habilitée à envoyer une sommation.

Art. 19 Parité au sein de l'organe suprême

Des élections paritaires sont organisées un an au plus tard après la décision de prise en charge de la surveillance pour constituer l'organe suprême de l'institution collective ou commune.

Art. 20 Modification de l'activité

¹ Lorsque les activités d'une institution collective ou commune subissent des changements importants, l'organe suprême de l'institution l'annonce à l'autorité de surveillance. Cette dernière demande la preuve que ces activités pourront se poursuivre sur des bases solides.

² Constitue notamment un changement important une variation de 25 % du nombre d'affiliations ou du capital de couverture en l'espace de douze mois.

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

Outre les documents énumérés à l'art. 12, al. 2 et 3, les fondations de placement remettent à l'autorité de surveillance:

- a. le plan d'affaires;
- b. les prospectus requis.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 22 Capital de dotation

Lors de la constitution d'une nouvelle fondation, le capital de dotation doit se monter à 100 000 francs au moins.

Section 7 Dispositions finales

Art. 23 Abrogation du droit en vigueur

Les ordonnances suivantes sont abrogées:

1. ordonnance du 29 juin 1983 sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance professionnelle³⁴;
2. ordonnance du 17 octobre 1984 instituant des émoluments pour la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle³⁵, avec effet au 31 décembre 2014.

Art. 24 Modification du droit en vigueur

L'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce³⁶ est modifiée comme suit:

Art. 94, al.1, let. f

¹ La réquisition d'inscription au registre du commerce de la constitution d'une fondation est accompagnée des pièces justificatives suivantes:

- f. si la fondation sert à la prévoyance professionnelle: la décision de prise en charge de la surveillance émise par l'autorité de surveillance.

Art. 95, al.1, let. n

¹ L'inscription au registre du commerce d'une fondation mentionne:

- n. si la fondation sert à la prévoyance professionnelle: l'autorité de surveillance prévue par l'art. 61 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité³⁷.

Art. 25 Dispositions transitoires

¹ L'autorité cantonale de surveillance informe la Commission de haute surveillance de sa constitution en tant qu'établissement de droit public autonome doté de la personnalité juridique conformément à l'art. 61 LPP.

² L'ordonnance du 17 octobre 1984 instituant des émoluments pour la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle³⁸ reste applicable aux émoluments dus par les institutions placées sous la surveillance directe de l'OFAS tant que la surveillance de ces institutions n'a pas été transférée aux autorités cantonales de surveillance.

³ L'année du transfert, l'émolument annuel de surveillance prévu par l'ancien droit est dû pro rata temporis jusqu'à la date du transfert. L'OFAS fixe dans la décision de transfert l'émolument qui lui est dû sur la base du dernier rapport annuel de l'institution dont il dispose et le facture à l'institution.

⁴ Jusqu'à la fin de l'année au cours de laquelle la surveillance des institutions de prévoyance est transférée aux autorités cantonales de surveillance, l'OFAS doit s'acquitter de la taxe de surveillance prévue à l'art. 7.

⁵ L'OFAS transfère d'ici au 31 décembre 2014 la surveillance des institutions de prévoyance à l'autorité cantonale de surveillance compétente; il fixe la date du transfert. L'autorité cantonale compétente est celle du siège de l'institution au moment du transfert. Dès que la décision de transfert de la surveillance est devenue exécutoire, elle est communiquée à l'office du registre du commerce en vue de la modification de l'inscription.

Art. 26 Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

10 et 22 juin 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

³⁴ RO 1983 829, 1993 2475, 1996 146, 1998 1662 1840, 2004 4279, 2006 4705

³⁵ RO 1984 1224, 1993 2005, 2004 4279

³⁶ RS 221.411

³⁷ RS 831.40

³⁸ RO 1984 1224, 1993 2005, 2004 4279

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

Modification des 10 et 22 juin 2011

version non officielle

Le Conseil fédéral suisse

arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité³⁹ est modifiée comme suit:

Remplacement d'une expression

Dans toute l'ordonnance, le terme «office fédéral» est remplacé par «OFAS».

Art. 9, al. 4

⁴ L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) fournit aux caisses de compensation AVS des directives, notamment sur la procédure à suivre lors du contrôle, sur le moment du contrôle et sur les documents à fournir.

Art. 10 Renseignements à fournir par l'employeur
(art. 11 et 52c LPP)

L'employeur est tenu d'annoncer à l'institution de prévoyance tous les salariés soumis à l'assurance obligatoire et de lui fournir les indications nécessaires à la tenue des comptes de vieillesse et au calcul des cotisations. Il donne en outre à l'organe de révision les renseignements dont celui-ci a besoin pour accomplir ses tâches.

Art. 27g, titre (renvoi) et al. 1bis

Droit à des fonds libres en cas de liquidation partielle ou totale
(art. 53d, al. 1, et 72a, al. 4, LPP et art. 23, al. 1, LFLP)

^{1bis} Les institutions de prévoyance qui satisfont aux exigences en matière de capitalisation complète constituent fonds libres lorsque leurs réserves de fluctuation de valeur ont atteint leur valeur cible. Pour les calculer, elles se fondent sur un bilan commercial et technique assorti de commentaires décrivant clairement leur situation financière effective.

Chapitre 3 Organisation

Section 1 Organe suprême

Art. 33

(art. 51 et 51a LPP)

L'organe suprême d'une institution de prévoyance comprend au moins quatre membres. L'autorité de surveillance peut, dans des cas dûment motivés, notamment lors d'une liquidation, autoriser exceptionnellement un nombre de membres inférieur.

Section 2 Organe de révision

Art. 34 Indépendance
(art. 52a, al. 1, LPP)

¹ L'organe de révision doit être indépendant et former son jugement en toute objectivité. Son indépendance ne doit être restreinte ni dans les faits ni en apparence.

² L'indépendance de l'organe de révision est incompatible en particulier avec:

- a. l'appartenance à l'organe suprême ou à l'organe de gestion de l'institution de prévoyance, d'autres fonctions décisionnelles au sein de l'institution ou des rapports de travail avec elle;
- b. une participation directe ou indirecte à l'entreprise fondatrice ou à l'organe de gestion de l'institution de prévoyance;

³⁹ RS 831.441.1

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

- c. une relation étroite entre la personne qui dirige la révision et l'un des membres de l'organe suprême, l'un des membres de l'organe de gestion ou une autre personne ayant des fonctions décisionnelles;
- d. la collaboration à la tenue de la comptabilité et la fourniture d'autres prestations qui entraînent le risque de devoir contrôler son propre travail en tant qu'organe de révision;
- e. l'acceptation d'un mandat qui entraîne une dépendance économique;
- f. la conclusion d'un contrat à des conditions non conformes aux règles du marché ou d'un contrat par lequel l'organe de révision acquiert un intérêt au résultat du contrôle;
- g. l'existence d'un lien de subordination avec l'employeur, pour les institutions de prévoyance d'entreprise; si l'employeur a scindé son entreprise en plusieurs personnes morales distinctes, le groupe a qualité d'employeur.

³ Les dispositions relatives à l'indépendance s'appliquent à toute personne participant à la révision. Si l'organe de révision est une société de personnes ou une personne morale, ces dispositions s'appliquent également aux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration et aux autres personnes qui exercent des fonctions décisionnelles.

Art. 35 Tâches
(art. 52c, al. 1, let. b et c, LPP)

¹ Lors des vérifications portant sur l'organisation et sur la gestion de l'institution de prévoyance, l'organe de révision atteste l'existence d'un contrôle interne adapté à la taille et à la complexité de l'institution.

² Il vérifie par échantillonnage et en fonction des risques encourus que les indications visées à l'art. 48/ sont complètes et qu'elles ont été contrôlées par l'organe suprême. Si l'organe de révision a besoin de connaître l'état de la fortune de certaines personnes pour vérifier l'exactitude des données, les personnes concernées doivent le lui communiquer.

³ Si la gestion, l'administration ou la gestion de la fortune d'une institution de prévoyance est confiée en partie ou en totalité à des tiers, l'organe de révision examine aussi dûment leur activité.

Art. 35a, titre (renvoi), al. 1 et 2, phrase introductive
Tâches particulières en cas de découvert d'une institution
de prévoyance
(art. 52c, al. 1 et 2, LPP)

¹ En cas de découvert, l'organe de révision vérifie au plus tard lors de son examen ordinaire que l'autorité de surveillance a été informée conformément à l'art. 44. Si elle n'a pas été informée, il rédige immédiatement un rapport à son intention.

² Dans son rapport annuel, il indique notamment:

Art. 36 Rapports avec l'autorité de surveillance
(art. 52c, 62, al. 1, et 62a LPP)

¹ Si, lors de son examen, l'organe de révision constate des irrégularités, il accorde à l'organe suprême un délai approprié pour régulariser la situation. Si ce délai n'est pas respecté, il informe l'autorité de surveillance.

² Si l'organe de révision a connaissance de faits qui pourraient mettre en cause la bonne réputation ou la garantie d'une activité irréprochable des responsables d'une institution de prévoyance ou d'une institution servant à la prévoyance, il en informe l'organe suprême et l'autorité de surveillance.

³ L'organe de révision informe immédiatement l'autorité de surveillance:

- a. si la situation de l'institution requiert une intervention rapide;
- b. si son mandat prend fin;
- c. si son agrément selon la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision⁴⁰ lui est retiré.

Section 3 Expert en matière de prévoyance professionnelle

Art. 37 et 39

Abrogés

Art. 40 Indépendance
(art. 52a, al. 1, LPP)

¹ L'expert en matière de prévoyance professionnelle doit être indépendant; il doit former son jugement et émettre ses recommandations en toute objectivité. Son indépendance ne doit être restreinte ni dans les faits ni en apparence.

² L'indépendance de l'expert en matière de prévoyance professionnelle est incompatible en particulier avec:

- a. l'appartenance à l'organe suprême ou à l'organe de gestion de l'institution de prévoyance, d'autres fonctions décisionnelles au sein de l'institution ou des rapports de travail avec elle;
- b. une participation directe ou indirecte à l'entreprise fondatrice ou à l'organe de gestion de l'institution de prévoyance;

⁴⁰ RS 221.302

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

- c. une relation familière ou économique étroite avec l'un des membres de l'organe suprême, l'un des membres de l'organe de gestion ou une autre personne ayant des fonctions décisionnelles;
- d. la collaboration à la gestion;
- e. l'acceptation d'un mandat qui entraîne une dépendance économique à long terme;
- f. la conclusion d'un contrat à des conditions non conformes aux règles du marché ou d'un contrat par lequel l'expert acquiert un intérêt au résultat du contrôle;
- g. l'existence d'un lien de subordination avec l'employeur, pour les institutions de prévoyance d'entreprise; si l'employeur a scindé son entreprise en plusieurs personnes morales distinctes, le groupe a qualité d'employeur.

³ Les dispositions relatives à l'indépendance s'appliquent à toute personne participant au contrôle. Si l'expert est une société de personnes ou une personne morale, ces dispositions s'appliquent également aux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration et aux autres personnes qui exercent des fonctions décisionnelles.

Art. 41, titre (renvoi)

Rapports avec l'autorité de surveillance
(art. 52e, 62, al. 1, et 62a LPP)

Art. 41a, titre (renvoi)

Tâches particulières en cas de découvert d'une institution
de prévoyance
(art. 52e et 65d LPP)

Art. 44, titre (renvoi) et al. 2, phrase introductive

Découvert
(art. 65, 65c, 65d, al. 4, et 72a à 72g LPP)

² Toute institution de prévoyance gérée selon le système de la capitalisation complète ou selon le système de la capitalisation partielle qui présente un taux de couverture inférieur à son taux de couverture initial (art. 72e LPP) doit informer de manière appropriée l'autorité de surveillance, l'employeur, les assurés et les bénéficiaires de rentes:

Art. 44c et 45

Abrogés

Art. 46 Amélioration des prestations des institutions de prévoyance collectives ou communes lorsque les réserves de fluctuation de valeur n'ont pas été entièrement constituées
(art. 65b, let. c, LPP)

¹ Les institutions collectives ou communes soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage⁴¹ peuvent accorder une amélioration des prestations lorsque leurs réserves de fluctuation de valeur n'ont pas été entièrement constituées si:

- a. 50 % au plus de l'excédent des produits avant constitution des réserves de fluctuation de valeur y est affecté, et que
- b. les réserves de fluctuation de valeur atteignent au moins 75 % de la valeur cible du moment.

² La participation aux excédents résultant des contrats d'assurance prévue à l'art. 68a LPP et créditée au capital-épargne des assurés ne constitue pas une amélioration des prestations.

³ Le présent article ne s'applique ni aux institutions d'associations professionnelles ni aux institutions de prévoyance destinées à plusieurs employeurs unis par des liens étroits de nature économique ou financière.

Art. 48a, al. 1, let. d à f, et 3

¹ Les frais d'administration suivants doivent être indiqués dans le compte d'exploitation:

- d. les frais de courtage;
- e. les honoraires de l'organe de révision et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle;
- f. les émoluments des autorités de surveillance.

³ Si les frais de gestion de la fortune pour un ou plusieurs placements ne peuvent être indiqués, le montant de la fortune investie dans ces placements figure séparément dans l'annexe aux comptes annuels. Chacun de ces placements est identifié par son code ISIN (*International Securities Identification Number*), son fournisseur, son nom de produit, son volume et sa valeur de marché au jour de référence. L'organe suprême analyse chaque année la pondération des placements et se prononce sur la poursuite de la politique de placement.

⁴¹ RS 831.42

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 48b Information des caisses de pensions affiliées
(art. 65a, al. 4, LPP)

- ¹ Les institutions collectives communiquent à chaque caisse de pensions affiliée les données suivantes:
 - a. le montant total des cotisations ou des primes versées par l'institution collective, en indiquant les parts pour le risque, les frais et l'épargne;
 - b. les cotisations ou les primes à la charge de la caisse de pensions affiliée, en indiquant les parts pour le risque, les frais et l'épargne.
- ² Elles communiquent au surplus à chaque caisse de pensions affiliée les données suivantes sur les excédents:
 - a. le montant total des fonds libres ou des excédents qu'elles ont obtenus de contrats d'assurance;
 - b. la clé de répartition à l'intérieur de l'institution collective;
 - c. la part revenant à la caisse de pensions affiliée.

Art. 48c Information des assurés
(art. 86b, al. 2, LPP)

- ¹ Les institutions collectives présentent dans l'annexe aux comptes annuels les informations visées à l'art. 48b qui les concernent.
- ² La commission de prévoyance communique par écrit aux assurés qui le demandent les informations concernant la caisse de pensions affiliée.

Art. 48d

Abrogé

Section 2b Intégrité et loyauté des responsables

Art. 48f Exigences à remplir par les membres de l'organe de gestion
et par les gestionnaires de fortune
(art. 51b, al. 1, LPP)

- ¹ Les personnes chargées de la gestion d'une institution de prévoyance ou d'une institution servant à la prévoyance doivent attester qu'elles ont des connaissances théoriques et pratiques approfondies dans le domaine de la prévoyance professionnelle.
- ² Les personnes et les institutions chargées de la gestion de la fortune doivent être qualifiées pour accomplir ces tâches et garantir en particulier qu'elles remplissent les conditions visées à l'art. 51b, al. 1, LPP et qu'elles respectent les art. 48g à 48l.
- ³ Ne peuvent être chargés du placement et de l'administration de la fortune de prévoyance, en tant que personnes ou institutions externes, que :
 - a. des banques au sens de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques⁴² ;
 - b. des négociants en valeurs mobilières au sens de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses⁴³ ;
 - c. des directions de fonds et des gestionnaires de fortune de placements collectifs au sens de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs⁴⁴ ;
 - d. des entreprises d'assurance au sens de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances⁴⁵ ;
 - e. des intermédiaires financiers opérant à l'étranger soumis à une surveillance équivalente de la part d'une autorité de surveillance étrangère reconnue.
- ⁴ La Commission de haute surveillance peut habiliter d'autres personnes ou institutions à exécuter les tâches selon l'al. 3.

Art. 48g Examen de l'intégrité et de la loyauté des responsables
(art. 51b, al. 1, LPP)

- ¹ L'examen de l'intégrité et de la loyauté des responsables d'une institution de prévoyance ou d'une institution servant à la prévoyance s'effectue lors de la création de telles institutions, dans le cadre de l'examen visé à l'art. 13 de l'ordonnance des 10 et 22 juin 2011 sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle⁴⁶.
- ² Les mutations de personnel au sein de l'organe suprême, au sein de l'organe de gestion, au sein de l'administration, ou dans la gestion de fortune doivent être annoncés immédiatement à l'autorité de surveillance compétente. Celle-ci peut examiner l'intégrité et la loyauté des personnes concernées.

⁴² RS 952.0

⁴³ RS 954.1

⁴⁴ RS 951.31

⁴⁵ RS 961.01

⁴⁶ RS 831.435.1

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 48h Prévention des conflits d'intérêts
(art. 51b, al. 2, LPP)

¹ Les personnes externes chargées de la gestion ou de la gestion de la fortune et les ayants droit économiques des entreprises chargées de ces tâches ne peuvent pas être membres de l'organe suprême de l'institution.

² Les contrats de gestion de fortune, d'assurance et d'administration passés par l'institution pour la mise en œuvre de la prévoyance professionnelle doivent pouvoir être résiliés au plus tard cinq ans après avoir été conclus sans préjudice pour l'institution.

Art. 48i Actes juridiques passés avec des personnes proches
(art. 51c LPP)

¹ Un appel d'offres a lieu lorsque des actes juridiques importants sont passés avec des personnes proches. L'adjudication doit être faite en toute transparence.

² Sont en particulier considérés comme des personnes proches les conjoints, les partenaires enregistrés, les partenaires, les parents jusqu'au deuxième degré et, pour les personnes morales, les ayants droit économiques.

Art. 48j Affaires pour son propre compte
(art. 53a, let. a, LPP)

Les personnes et les institutions chargées de la gestion de la fortune agissent dans l'intérêt de l'institution de prévoyance. Les opérations suivantes en particulier leur sont interdites:

- a. utiliser la connaissance de mandats de l'institution de prévoyance pour faire préalablement, simultanément ou subséquemment des affaires pour leur propre compte (*front/parallel/after running*);
- b. négocier un titre ou un placement en même temps que l'institution de prévoyance, s'il peut en résulter un désavantage pour celle-ci, la participation à de telles opérations sous une autre forme étant assimilée à du négoce;
- c. modifier la répartition des dépôts de l'institution de prévoyance sans que celle-ci y ait un intérêt économique.

Art. 48k Restitution des avantages financiers
(art. 53a, let. b, LPP)

¹ Les personnes et les institutions chargées de la gestion ou de l'administration de l'institution de prévoyance ou de la gestion de sa fortune consignent de manière claire et distincte dans une convention la nature et les modalités de leur indemnisation et le montant de leurs indemnités. Elles remettent à l'institution de prévoyance tout autre avantage financier en rapport avec l'exercice de leur activité pour celle-ci.

² Les personnes externes et les institutions chargées du courtage d'affaires de prévoyance fournissent, dès le premier contact avec leur client, des informations sur la nature et l'origine de toutes les indemnités qu'elles ont reçues pour leur activité de courtage. Les modalités de l'indemnisation sont impérativement réglées dans une convention, qui est remise à l'institution de prévoyance et à l'employeur. Il est interdit de verser ou d'accepter d'autres indemnités en fonction du volume des affaires, de leur croissance ou des dommages subis.

Art. 48l Déclaration
(art. 51b, al. 2, 52c, al. 1, let. b, et 53a, let. b, LPP)

¹ Les personnes et les institutions chargées de la gestion ou de la gestion de la fortune déclarent chaque année à l'organe suprême leurs liens d'intérêt. En font partie notamment les relations d'ayants droit économiques avec des entreprises faisant affaire avec l'institution de prévoyance. Les membres de l'organe suprême déclarent leurs liens d'intérêt à l'organe de révision.

² Les personnes et les institutions chargées de la gestion ou de l'administration de l'institution de prévoyance ou de la gestion de sa fortune attestent chaque année par écrit à l'organe suprême qu'elles ont remis conformément à l'art. 48k tous les avantages financiers qu'elles ont reçus.

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

² Il a notamment pour tâche de:

- c. prendre les mesures organisationnelles appropriées pour l'application des art. 48f à 48l.

Art. 58a, al. 3

³ L'institution de prévoyance informe immédiatement l'organe de révision des communications visées aux al. 1 et 2.

Art. 59 Application des prescriptions de placement à d'autres institutions de la prévoyance professionnelle
(art. 71, al. 1, LPP)

Les dispositions de la présente section s'appliquent par analogie:

- a. aux fondations de financement;
- b. aux fonds patronaux de prévoyance;

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

c. au fonds de garantie.

Art. 60e, titre

Emolument pour tâches spéciales

Art. 60e^{bis} Qualité pour recourir de l'OFAS

L'OFAS est autorisé à former un recours devant le Tribunal fédéral contre les décisions rendues par les tribunaux cantonaux et le Tribunal administratif fédéral.

II

L'annexe est remplacée par la version ci-jointe.

III

La modification du droit en vigueur est réglée en annexe.

IV

Dispositions transitoires de la modification des 10 et 22 juin 2011

Les institutions de prévoyance adaptent leurs règlements et contrats et leur organisation d'ici au 31 décembre 2012 à la teneur des art. 48f, al. 1 et 2, 48g à 48l et 49a, al. 2, selon la présente modification. Le premier contrôle selon les nouvelles dispositions porte sur l'exercice comptable 2012.

V

La présente modification entre en vigueur le 1^{er} janvier 2012 avec les exceptions suivantes:

- a. les art. 48f, al. 1 et 2, 48g à 48l et 49a, al. 2, entrent en vigueur le 1^{er} août 2011 ;
- b. l'art. 48f, al. 3 et 4, entre en vigueur le 1^{er} janvier 2014.

10 et 22 juin 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération: Micheline Calmy-Rey

La chancelière de la Confédération: Corina Casanova

Calcul du découvert

¹ Le taux de couverture de l'institution de prévoyance est calculé comme suit:

$$\frac{Fp \times 100}{Cp} = \text{taux de couverture (en \%)},$$

- où Fp: est égal à l'ensemble des actifs à la date du bilan et à la valeur du marché, diminués des engagements, des passifs de régularisation et des réserves de cotisations de l'employeur, pour autant qu'aucun accord sur une renonciation à leur utilisation par l'employeur n'ait été conclu, la fortune de prévoyance effective, telle qu'elle ressort de la situation financière réelle au sens de l'art. 47, al. 2, étant déterminante; une réserve de cotisations de l'employeur incluant une déclaration de renonciation à leur utilisation, les réserves de fluctuation de valeur et les réserves de fluctuation dans la répartition ne sont pas déduites de la fortune de prévoyance disponible, et
- où Cp: est égal au capital de prévoyance actuariel nécessaire à la date du bilan (capital d'épargne et capital de couverture), y compris les renforcements nécessaires (au vu par ex. de l'augmentation de l'espérance de vie).

² Si le taux de couverture est inférieur à 100 %, il existe un découvert au sens de l'art. 44, al. 1.

Modification du droit en vigueur

Les actes mentionnés ci-après sont modifiés comme suit:

1. Ordonnance du 22 juin 1998 sur le «fonds de garantie LPP»⁴⁷

Art. 3 Surveillance

La fondation est soumise à la surveillance de la Commission de haute surveillance.

Art. 6, al. 2

² Les rapports entre le conseil de fondation et la direction font l'objet d'un contrat. Celui-ci est soumis à l'approbation de la Commission de haute surveillance.

Art. 7 Organe de révision et expert en matière de prévoyance professionnelle

¹ L'organe de révision du fonds de garantie contrôle chaque année la gestion, les comptes et les placements de la fortune du fonds.

² Lorsque le fonds de garantie assume lui-même des risques de nature actuarielle, l'expert en matière de prévoyance professionnelle examine périodiquement si le fonds offre la garantie de remplir ses engagements.

Art. 8 Rapport

Le conseil de fondation remet le rapport de l'organe de révision à la Commission de haute surveillance et à l'expert en matière de prévoyance professionnelle.

Art. 9, al. 3

³ Les autorités de surveillance et la Commission de haute surveillance ont accès à cette liste.

Art. 14, al. 1 et 1bis

¹ Sont financés par les cotisations des institutions de prévoyance enregistrées:

- a. les subsides pour structure d'âge défavorable (art. 56, al. 1, let. a, LPP);
- b. les indemnités versées à l'institution supplétive pour le contrôle de la réaffiliation à une institution de prévoyance (art. 56, al. 1, let. d, LPP);
- c. les indemnités versées aux caisses de compensation AVS (art. 56, al. 1, let. h, LPP).

^{1bis} Les autres prestations (art. 56, al. 1, let. b, c, e, f et g, LPP) sont financées par les cotisations de l'ensemble des institutions de prévoyance soumises à la LFLP⁴⁸.

Art. 15, titre et al. 1

Cotisations au titre de subsides et de dédommagements

¹ Le calcul des cotisations au titre de subsides pour structure d'âge défavorable, de dédommagement de l'institution supplétive pour le contrôle de la réaffiliation et de dédommagement des caisses de compensation AVS se fonde sur la somme des salaires coordonnés de tous les assurés tenus, en vertu de l'art. 8 LPP, de payer des cotisations pour les prestations de vieillesse.

Art. 17, al. 4 et 5

⁴ L'organe de révision de l'institution de prévoyance atteste que les données fournies sont exactes et complètes.

⁵ L'organe de direction du fonds de garantie peut demander aux institutions de prévoyance qui lui sont affiliées de lui communiquer les données suivantes afin de fixer les taux de cotisation:

- a. la part de l'avoire de vieillesse LPP dans les prestations de sortie;
- b. le taux de couverture;
- c. le taux d'intérêt technique.

⁴⁷ RS 831.432.1

⁴⁸ RS 831.42

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 18, al. 1

¹ Le conseil de fondation fixe chaque année les taux de cotisation et les soumet à la Commission de haute surveillance pour approbation.

Art. 21, al. 1

¹ Les demandes de subsides pour structure d'âge défavorable doivent être présentées jusqu'au 30 juin qui suit l'année civile déterminante. L'organe de révision de l'institution de prévoyance atteste que les données fournies sont exactes et complètes.

Art. 23, al. 3

³ Les institutions de prévoyance communiquent à l'employeur le montant des salaires coordonnés et la somme des bonifications de vieillesse de ses employés dans la forme prescrite par la direction du fonds de garantie. L'organe de révision de l'institution de prévoyance atteste que les données fournies sont exactes et complètes.

Art. 25, al. 2, let. b

² Un assainissement est réputé impossible lorsque:

- b. dans le cas d'un collectif d'assurés, l'employeur fait l'objet d'une procédure de mise en faillite ou d'une procédure analogue.

Art. 26, al. 4

⁴ Le fonds de garantie peut reprendre à son compte les cas de prestations gérés par des institutions de prévoyance insolvable. Le conseil de fondation peut édicter un règlement à cette fin; celui-ci doit être soumis à la Commission de haute surveillance pour approbation.

2. Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage⁴⁹

Art. 19b, let. c

Le registre peut être consulté par:

- c. la Commission de haute surveillance.

⁴⁹ RS 831.425

**Ordonnance
sur les fondations de placement
(OFP)**

des 10 et 22 juin 2011

version non officielle

Le Conseil fédéral suisse,

vu l'art. 53k de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)⁵⁰,
arrête:

Section 1 Cercle des investisseurs et statut d'investisseur

Art. 1 Cercle des investisseurs
(art. 53k, let. a, LPP)

Peuvent constituer le cercle des investisseurs d'une fondation de placement:

- a. les institutions de prévoyance et d'autres institutions exonérées d'impôt ayant leur siège en Suisse qui servent à la prévoyance professionnelle, et
- b. les personnes qui administrent les placements collectifs des institutions selon la let. a, sont soumises à la surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et ne placent dans la fondation que des fonds destinés à ces institutions.

Art. 2 Statut d'investisseur
(art. 53k, let. a et e, LPP)

¹ Quiconque veut être admis comme investisseur dans une fondation de placement présente à celle-ci une demande écrite d'admission attestant qu'il remplit les conditions fixées à l'art. 1. La fondation statue sur l'admission. Elle peut la refuser sans indiquer de motif.

² Le statut d'investisseur est acquis aussi longtemps que l'investisseur a au moins un droit ou s'est engagé à verser un capital déterminé.

³ La fondation applique l'égalité de traitement à tous les investisseurs.

Section 2 Assemblée des investisseurs

Art. 3 Convocation et déroulement
(art. 53k, let. c et e, LPP)

¹ Les art. 699, 700, 702, 702a et 703 du code des obligations⁵¹ s'appliquent par analogie à la convocation et au déroulement de l'assemblée des investisseurs.

² Le droit de vote des investisseurs est déterminé par leurs parts respectives à la fortune de placement.

Art. 4 Compétences inaliénables
(art. 53k, let. c et e, LPP)

¹ L'assemblée des investisseurs a les compétences inaliénables suivantes:

- a. elle prend des décisions sur les demandes de modification des statuts adressées à l'autorité de surveillance;
- b. elle approuve la modification du règlement de la fondation et des règlements spéciaux, y compris les directives de placement, sous réserve d'une délégation de la compétence réglementaire au conseil de fondation (art. 13, al. 3);
- c. elle élit les membres du conseil de fondation, sous réserve d'un droit de nomination reconnu aux fondateurs (art. 5, al. 2);
- d. elle choisit l'organe de révision;
- e. elle approuve les comptes annuels;
- f. elle approuve les filiales dans la fortune de base (art. 24, al. 2, let. b);
- g. elle approuve les participations à des sociétés anonymes suisses non cotées dans la fortune de base (art. 25, al. 2);
- h. elle prend des décisions sur les demandes adressées à l'autorité de surveillance pour dissoudre ou fusionner la fondation.

⁵⁰ RS 831.40

⁵¹ RS 220

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

² Elle vote, lors de sa première assemblée, sur les statuts édictés lors de la création de la fondation et sur le règlement de celle-ci.

Section 3 Conseil de fondation

Art. 5 Composition et désignation

(art. 53k, let. c, LPP)

¹ Le conseil de fondation comprend au moins trois spécialistes de la matière.

² Les statuts peuvent reconnaître aux fondateurs le droit de nommer une minorité de membres du conseil de fondation.

Art. 6 Tâches et compétences

(art. 53k, let. c, LPP)

¹ Le conseil de fondation exerce toutes les tâches et les compétences que la loi et les statuts de la fondation n'attribuent pas à l'assemblée des investisseurs.

² Il veille notamment à ce que l'organisation soit appropriée.

Art. 7 Délégation de tâches

(art. 53k, let. c, LPP)

¹ Les art. 51b, al. 1, LPP et 48f à 48l, à l'exception des art. 48h, al. 1, et 48i, al. 1, de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)⁵² s'appliquent par analogie aux personnes chargées de la gestion et de l'administration de la fondation de placement.

² Le conseil de fondation peut déléguer des tâches à des tiers si, en plus de l'al. 1, les conditions suivantes sont remplies:

- a. il s'agit de tâches dont la délégation est autorisée par la loi et les statuts;
- b. la délégation de tâches est consignée dans un contrat écrit;
- c. l'art. 12 est respecté;
- d. en cas de subdélégation, les dispositions sur la délégation de tâches s'appliquent par analogie. Toute subdélégation de tâches doit pouvoir être contrôlée par la fondation et par l'organe de révision et requiert l'approbation préalable du conseil de fondation. Les tâches faisant l'objet d'une subdélégation ne peuvent pas être transférées à d'autres personnes ou organes sauf dans le cadre d'un groupe.

³ Le conseil de fondation veille à ce que les personnes auxquelles des tâches ont été confiées soient soumises à un contrôle suffisant et à ce que les organes de contrôle soient indépendants.

Art. 8 Prévention des conflits d'intérêts, actes juridiques passés

avec des personnes proches

(art. 53k, let. c, LPP)

¹ Les art. 51b, al. 2, et 51c LPP, ainsi que les art. 48h, al. 2, et 48i, al. 2, OPP 2⁵³ s'appliquent par analogie.

² Les personnes chargées de la gestion, de l'administration ou de la gestion de la fortune de la fondation de placement constituent au maximum un tiers du conseil de fondation. Les membres de celui-ci ne votent pas sur les affaires dans lesquelles ils sont impliqués.

Section 4 Organe de révision

Art. 9 Conditions

(art. 53k, let. d, LPP)

Seules les entreprises agréées par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision en qualité d'entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat selon la loi du 16 décembre 2005⁵⁴ sur la surveillance de la révision peuvent exercer la fonction d'organe de révision.

Art. 10 Tâches

(art. 52c, 53k, let. d, et 62a, al. 2, let. a et b, LPP)

¹ L'art. 52c LPP s'applique par analogie aux tâches de l'organe de révision.

² Pour les apports en nature, l'organe de révision examine le rapport au sens de l'art. 20, al. 3, et, pour les apports en nature en biens immobiliers, il vérifie de plus que l'art. 41, al. 4, est respecté.

⁵² RS 831.441.1

⁵³ RS 831.441.1

⁵⁴ RS 221.302

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

³ Il apprécie aussi les motifs des fondations résultant de l'application de l'art. 41, al. 3 et 4, en relation avec les art. 92 et 93 de l'ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (OPCC)⁵⁵.

⁴ Après la dissolution d'un groupe de placements, il confirme au conseil de fondation que les règles ont été respectées.

⁵ Il se conforme aux instructions de l'autorité de surveillance au sens de l'art. 62a, al. 2, LPP. Celle-ci peut ordonner à l'organe de révision d'examiner l'organisation détaillée et de rédiger un rapport. Elle peut, sur la base de ce rapport, renoncer à faire elle-même un examen.

⁶ L'organe de révision peut effectuer des examens intermédiaires non annoncés.

Section 5 Experts chargés des estimations

(art. 53k, let. c et d, LPP)

Art. 11

¹ Avant de constituer un groupe de placements immobiliers (art. 27), la fondation mandate au moins deux personnes physiques ou une personne morale dont le siège est en Suisse à titre d'experts chargés des estimations.

² Une personne au sens de l'al. 1 vérifie que les experts étrangers ont correctement appliqué les principes d'évaluation prescrits par le règlement dans leur examen des placements immobiliers à l'étranger et que le résultat de leur expertise est plausible.

³ Les experts ont les qualifications requises et sont indépendants.

Section 6 Banque dépositaire

(art. 53k, let. c et d, LPP)

Art. 12

¹ La banque dépositaire est une banque au sens de l'art. 1, al. 1, de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)⁵⁶.

² La fondation peut autoriser la banque dépositaire à transférer des parts de la fortune de placement à des tiers dépositaires ou à des dépositaires centraux en Suisse et à l'étranger, à condition que le choix et l'instruction des dépositaires ainsi que leur contrôle s'opèrent avec la diligence due.

Section 7 Statuts de la fondation et examen préalable

Art. 13 Domaines de réglementation

(art. 53k, let. c à e, LPP)

¹ L'assemblée des investisseurs règle tous les domaines déterminants pour la fondation, notamment l'organisation de celle-ci, l'activité de placement et les droits des investisseurs.

² L'autorité de surveillance peut exiger que des domaines non pris en compte soient réglementés explicitement dans les statuts ou dans le règlement de la fondation. Elle peut obliger les fondations à modifier leur réglementation au nom de la sécurité du droit ou de la transparence.

³ Les statuts peuvent déléguer au conseil de fondation la tâche de réglementer les domaines suivants:

- a. la prévention des conflits d'intérêts, les actes juridiques passés avec des personnes proches (art. 8);
- b. les experts chargés des estimations (art. 11);
- c. la banque dépositaire (art. 12);
- d. le placement de la fortune de placement (art. 14);
- e. la gestion et l'organisation détaillée (art. 15);
- f. les émoluments et les frais (art. 16);
- g. l'évaluation (art. 41);
- h. la constitution et la suppression des groupes de placement (art. 43).

⁴ Le conseil de fondation consigne sa réglementation dans un règlement spécial. Il ne peut pas déléguer à des tiers la compétence réglementaire.

Art. 14 Placement de la fortune de placement

(art. 53k, let. c et d, LPP)

La fondation édicte, pour chaque groupe de placements, des directives de placement qui exposent de manière claire et complète l'axe de placement, les placements autorisés et les restrictions de placement applicables.

⁵⁵ RS 951.311

⁵⁶ RS 952.0

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 15 Gestion et organisation détaillée

(art. 53k, let. c, LPP)

¹ Les statuts contiennent une réglementation de principe sur les tâches du conseil de fondation, y compris de la tâche de contrôle et de ses compétences de délégation. La réglementation de l'organisation détaillée précise la réglementation de principe et indique les tâches que le conseil de fondation ne peut déléguer.

² La réglementation de l'organisation détaillée fixe les droits et les devoirs des autres personnes chargées de la gestion et de son contrôle.

³ Elle est adaptée aux particularités de la fondation.

Art. 16 Emoluments et frais

(art. 53k, let. c à e, LPP)

¹ La fondation édicte des dispositions sur le prélèvement des émoluments et l'imputation d'autres frais à la charge des groupes de placements.

² Le type et le montant des émoluments, ainsi que les bases pour leur prélèvement et l'imputation des frais sont présentés de manière compréhensible.

Art. 17 Examen préalable par l'autorité de surveillance

(art. 53k, let. c et d, LPP)

¹ Nécessitent un examen préalable par l'autorité de surveillance:

- a. les propositions de modification des statuts avant que l'assemblée des investisseurs ne se prononce sur celles-ci;
- b. les modifications des dispositions réglementaires que le conseil de fondation soumet au vote de l'assemblée des investisseurs;
- c. les directives de placement sur les groupes de placements dans le domaine des placements alternatifs ou des biens immobiliers à l'étranger, et leurs modifications.

² L'autorité de surveillance fait savoir à la fondation dans le mois et par écrit si elle renonce à un examen préalable.

³ Un certificat de contrôle est établi au terme de l'examen préalable.

⁴ Des groupes de placements visés à l'al. 1, let. c, ne peuvent être constitués que lorsque la procédure d'examen est terminée.

Section 8 Droits des investisseurs

Art. 18 Dispositions générales

(art. 53k, let. e, LPP)

¹ Les statuts ou le règlement règlent le contenu, la valeur, l'émission, le rachat et la formation des prix des droits, ainsi que l'information des investisseurs sur ces points.

² Le libre négoce des droits n'est pas autorisé. Les statuts ou le règlement peuvent autoriser la cession de droits entre les investisseurs dans des cas particuliers fondés ou pour des groupes de placements peu liquides à condition que l'organe de gestion ait donné préalablement son accord.

Art. 19 Engagements de capital

(art. 53k, let. e, LPP)

Pour les groupes de placements immobiliers et les groupes de placements dans le domaine des placements alternatifs, les statuts ou le règlement peuvent autoriser la fondation à accepter les engagements de capital fermes pour un montant fixe. Ils règlent dans ce cas les droits et les devoirs liés aux engagements de capital. L'autorité de surveillance peut subordonner ces opérations à des conditions.

Art. 20 Apports en nature

(art. 53k, let. e, LPP)

¹ La contre-valeur du prix d'émission des droits doit en principe être apportée en espèces.

² Les statuts ou le règlement peuvent autoriser les apports en nature si ceux-ci sont compatibles avec la stratégie de placement et ne portent pas atteinte aux intérêts des autres investisseurs du groupe de placements. Sauf pour les placements en *private equity*, les objets de l'apport doivent être négociés en bourse ou sur un autre marché réglementé ouvert au public.

³ L'organe de gestion établit un rapport indiquant chaque apport en nature des investisseurs, avec sa valeur de marché à la date de référence du transfert ainsi que les droits émis en retour.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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

(art. 53k, let. e, LPP)

¹ Les statuts ou le règlement peuvent autoriser le conseil de fondation ou des tiers chargés de la gestion à suspendre provisoirement l'émission de droits dans l'intérêt des investisseurs ayant investi dans un groupe de placements.

² Ils peuvent prévoir que des groupes de placements comprenant des placements peu liquides soient limités dans la durée et fermés au rachat par le conseil de fondation au moment de leur constitution. Ils doivent prescrire la fermeture au rachat des groupes de placements selon l'art. 28, al. 3.

³ Ils ne peuvent autoriser, pour les groupes de placements fermés selon l'al. 2, l'émission de droits après la constitution du groupe de placements que lors de l'appel d'engagements de capital existants.

⁴ Ils peuvent autoriser le conseil de fondation, lorsque cela se justifie, à fixer un délai de garde de cinq ans au plus lors de la constitution d'un groupe de placements.

⁵ Ils peuvent attribuer au conseil de fondation ou à des tiers chargés de la gestion la compétence de différer jusqu'à deux ans le rachat des droits de tous les groupes de placements ou de certains d'entre eux dans des circonstances exceptionnelles, en particulier lorsqu'il y a des problèmes de liquidités en raison de placements difficiles à réaliser.

⁶ Lorsque le rachat est reporté, l'organe de gestion en informe immédiatement les investisseurs concernés. La fortune nette des groupes de placements à la fin de la période de report fait référence pour la fixation du prix de rachat. L'autorité de surveillance peut autoriser des exceptions dans des cas fondés.

Section 9 Fortune de base

Art. 22 Utilisation

(art. 53k, let. b, LPP)

¹ La fondation peut utiliser sa fortune de base comme fonds de roulement pour le placement et pour le règlement des coûts de liquidation.

² Au terme de la phase de constitution, mais au plus tard trois ans après la création de la fondation, l'utilisation de la fortune de base comme fonds de roulement est autorisée si elle ne fait pas passer la fortune de base au-dessous du capital de dotation requis lors de la fondation.

Art. 23 Placement de la fortune de base

(art. 53k, let. b et d, LPP)

Pour autant que les art. 24 et 25 n'en disposent pas autrement, les art. 49a et 53 à 56a OPP ⁵⁷ s'appliquent pour le placement de la fortune de base. Le dépôt illimité auprès d'une banque au sens de l'art. 1, al. 1, LB ⁵⁸ est aussi autorisé.

Art. 24 Filiales dans la fortune de base

(art. 53k, let. b à d, LPP)

¹ Les filiales dans la fortune de base sont des entreprises que la fondation contrôle en tant qu'unique propriétaire.

² Toute filiale dans la fortune de base répond aux conditions suivantes:

- a. elle est une société anonyme qui a son siège en Suisse; le domicile ne peut être établi dans un autre pays que si cela répond à un intérêt prépondérant de l'investisseur;
- b. l'acquisition ou la fondation de la société nécessite l'approbation de l'assemblée des investisseurs de la fondation;
- c. les deux tiers au moins du chiffre d'affaires de la filiale proviennent de la gestion et de l'administration de la fortune de la fondation;
- d. un contrat écrit au sens de l'art. 7 est conclu entre la fondation et la filiale;
- e. le conseil de fondation veille à ce que l'organe de gestion de la filiale soit soumis à un contrôle suffisant;
- f. la filiale elle-même ne détient aucune participation;
- g. la filiale limite son activité à l'administration d'avoirs de prévoyance.

³ La fondation veille à ce que l'autorité de surveillance puisse exiger en tout temps de la filiale des informations ou la remise de documents pertinents.

Art. 25 Participations dans la fortune de base

(art. 53k, let. b à d, LPP)

¹ Plusieurs fondations peuvent participer ensemble à une société anonyme suisse non cotée à condition qu'elles détiennent ainsi la totalité du capital-actions. La participation par fondation se monte à 20 % au moins.

⁵⁷ RS 831.441.1

⁵⁸ RS 952.0

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

² Une représentation au conseil d'administration est accordée sur demande à une fondation dans laquelle il y a une participation.

³ Pour le reste, l'art. 24, al. 2 et 3, s'applique par analogie.

Section 10 Fortune de placement

Art. 26 Dispositions générales

(art. 53k, let. d, LPP)

¹ Les art. 49 à 56a OPP 2⁵⁹, à l'exception de l'art. 50, al. 2, 4 et 5, s'appliquent par analogie à la fortune de placement pour autant que la présente ordonnance n'en dispose autrement.

² Le principe de la répartition appropriée des risques s'applique à tous les groupes de placements dans le cadre de leur focalisation.

³ Les limites par débiteur et par société fixées aux art. 54 et 54a OPP 2 peuvent être dépassées dans les groupes de placements ayant une stratégie axée sur un indice usuel, sauf dans les groupes de placements mixtes. Les directives mentionnent un indice et indiquent l'écart en pour-cent maximal par rapport à cet indice. L'autorité de surveillance peut fixer des exigences en la matière.

⁴ Le risque de contrepartie pour les créances d'un groupe de placements est limité à 10 % de la fortune par débiteur, sauf dans les cas visés à l'al. 3. Des écarts sont possibles pour les créances envers la Confédération et les établissements suisses émettant des lettres de gage.

⁵ La fondation veille à ce que, dans chaque groupe de placements, la gestion des liquidités soit appropriée.

⁶ Seuls des emprunts à court terme, répondant à des impératifs techniques, sont autorisés dans le groupe de placements et dans les placements collectifs détenus par celui-ci.

⁷ Il n'est possible de déroger aux directives de placement que ponctuellement et provisoirement, lorsqu'une dérogation est requise de toute urgence dans l'intérêt des investisseurs et que le président l'approuve. Les dérogations sont indiquées et motivées dans l'annexe aux comptes annuels.

⁸ Les dérogations aux recommandations spécialisées de l'autorité de surveillance sur les placements dans la fortune de placement sont indiquées dans le prospectus du groupe de placements ou, s'il n'y a pas de prospectus, dans l'annexe aux comptes annuels.

⁹ L'autorité de surveillance peut, dans des cas particuliers fondés, autoriser des dérogations aux prescriptions de cette section et imposer des conditions.

Art. 27 Groupes de placements immobiliers

(art. 53k, let. d, LPP)

¹ Les placements suivants des groupes de placements immobiliers ne sont autorisés qu'aux conditions indiquées:

- a. les biens-fonds non construits, s'ils sont équipés et remplissent les conditions pour une construction immédiate;
- b. les biens-fonds en copropriété sans majorité des parts de copropriété et des voix, si leur valeur marchande totale ne dépasse pas 30 % de la fortune du groupe de placements;
- c. les placements collectifs, si leur seul but est l'acquisition, la vente, la construction, la location ou le bail à ferme de leurs propres biens-fonds;
- d. les biens-fonds à l'étranger sous une forme semblable au droit de superficie, s'ils peuvent être transférés et enregistrés.

² Les placements sont répartis de manière appropriée selon les régions, les emplacements et les affectations, pour autant que l'axe de placement du groupe de placements le permet.

³ Les terrains à bâtir, les constructions en chantier et les objets immobiliers nécessitant un assainissement ne doivent pas dépasser ensemble 30 % de la fortune du groupe de placements, sauf pour les groupes de placements qui ne sont investis que dans des projets de construction.

⁴ La valeur marchande d'un bien-fonds constitue au maximum 15 % de la fortune du groupe de placements. Les groupes d'habitations bâties selon les mêmes principes de construction ainsi que les parcelles contiguës constituent un même bien-fonds.

⁵ L'avance de biens-fonds est autorisée. Sur la moyenne de tous les biens-fonds détenus par un groupe de placements, directement ou par l'intermédiaire de filiales au sens de l'art. 33 ou de placements collectifs, le taux d'avance ne peut pas dépasser 50 % de la valeur marchande des biens-fonds. La valeur des placements collectifs dans lesquels le taux d'avance dépasse les 50 % ne peut pas dépasser 20 % de la fortune des groupes de placements.

⁵⁹ RS 831.441.1

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 28 Groupes de placements dans le domaine des placements alternatifs (art. 53k, let. d, LPP)

¹ Les groupes de placements dans le domaine des placements alternatifs investissent au moyen de placements collectifs. Des exceptions sont autorisées pour les placements:

- a. en *private equity*,
- b. en matières premières,
- c. en titres-risques (*insurance linked securities*),
- d. en liquidités.

² L'autorité de surveillance peut autoriser d'autres exceptions dans des cas fondés, notamment pour les *managed accounts*.

³ Les groupes de placements en *private equity* dont la diversification s'opère sur un certain laps de temps ne sont autorisés que s'ils ont une durée déterminée et sont fermés.

⁴ Les fonds cibles d'un groupe de placements des domaines des *hedge funds* ou des infrastructures peuvent recueillir des fonds de tiers, pour autant qu'il ne s'agit pas de fonds de fonds. Dans les groupes de placements du domaine des infrastructures, la part grevée de fonds de tiers du capital détenu au moyen de fonds cibles ne peut pas être supérieure à 40 % de la fortune du groupe de placements, et la part de fonds de tiers à 60 % par fonds cible.

Art. 29 Groupes de placements mixtes (art. 53k, let. d, LPP)

¹ Les principes de répartition suivants s'appliquent pour les groupes de placements mixtes:

- a. les obligations sont réparties de manière appropriée par branches, régions et durées;
- b. les actions sont réparties de manière appropriée par branches et régions;
- c. les placements immobiliers sont répartis de manière appropriée par régions et affectations; ils peuvent se limiter à la Suisse et à des immeubles d'habitation.

² L'art. 27 s'applique par analogie aux placements immobiliers.

³ Les placements alternatifs sont autorisés au moyen:

- a. de groupes de placements au sens de l'art. 28;
- b. de placements collectifs soumis à la surveillance de la FINMA ou d'une autorité de surveillance étrangère comparable, ou autorisés à la vente en Suisse par la FINMA;
- c. de certificats et de produits structurés, à condition qu'ils s'opèrent en fonction d'un large indice du domaine des placements alternatifs.

Art. 30 Placements collectifs (art. 53k, let. d, LPP)

¹ La fortune de placement ne peut être placée que dans des placements collectifs selon l'art. 56, al. 2, OPP 2⁶⁰ soumis à un devoir suffisamment étendu d'information et de renseignement. Dans des cas fondés, l'autorité de surveillance peut, en vertu de l'art. 26, al. 9, autoriser des dérogations pour les groupes de placements dans les domaines des placements alternatifs ou des biens-fonds à l'étranger.

² Les placements collectifs obligeant l'investisseur à effectuer des versements supplémentaires ou à donner des garanties ne sont pas autorisés.

³ La part d'un placement collectif est limitée à 20 % au maximum de la fortune du groupe de placements, pour autant que le placement collectif:

- a. n'est pas soumis à la surveillance de la FINMA ou autorisé par celle-ci à la vente en Suisse;
- b. n'a pas été lancé par des fondations de placement suisses.

⁴ Le placement dans des placements collectifs ne peut pas porter atteinte au respect des directives de placement et de la responsabilité de direction.

Art. 31 Prêt de valeurs mobilières et opérations de prise ou de mise en pension (art. 53k, let. d, LPP)

¹ La loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs⁶¹ et ses dispositions d'exécution s'appliquent par analogie au prêt de valeurs mobilières et aux opérations de prise ou de mise en pension. La limite de l'art. 26, al. 4, ne s'applique pas.

² Les opérations de mise en pension dans lesquelles une fondation de placement agit comme cédante ne sont pas autorisées.

⁶⁰ RS 831.441.1

⁶¹ RS 951.31

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Art. 32 Filiales dans la fortune de placement

(art. 53k, let. c et d, LPP)

¹ Les filiales dans la fortune de placement sont des entreprises ayant un caractère de placement que la fondation contrôle en détenant la majorité du capital et des droits de vote ou en tant qu'unique propriétaire.

² Elles ne sont autorisées que dans:

- a. les groupes de placements immobiliers;
- b. les groupes de placements en capital-risque.

³ Les directives de placement règlent l'admissibilité et les limitations de telles participations.

⁴ Dans les groupes de placements immobiliers contenant des biens-fonds à l'étranger, l'autorité de surveillance peut autoriser comme filiales, en plus des sociétés à objet immobilier, des sociétés holding, si c'est dans l'intérêt des investisseurs.

Art. 33 Filiales de groupes de placements immobiliers

(art. 53k, let. c et d, LPP)

¹ Les sociétés à objet immobilier peuvent seulement avoir pour but l'acquisition, la vente, la mise en location ou l'affermage de leurs propres biens-fonds.

² La fondation doit être l'unique propriétaire des filiales de groupes de placements immobiliers, et la société holding l'unique propriétaire de ses filiales.

³ Des dérogations à l'al. 2 sont autorisées si la législation étrangère interdit d'être l'unique propriétaire d'une société à objet immobilier ou si le fait d'être l'unique propriétaire d'une société à objet immobilier est source de désavantages économiques considérables. La part des sociétés à objet immobilier qui ne sont pas détenues à titre d'unique propriétaire ne dépasse en principe pas 50 % de la fortune du groupe de placements.

⁴ Le groupe de placements ou ses sociétés holding peuvent octroyer des prêts à leurs filiales.

⁵ Ils peuvent octroyer des garanties pour leurs filiales ou les cautionner. Les garanties et les cautions ne peuvent pas être supérieures, au total, aux liquidités du groupe de placements ou à 5 % de la fortune du groupe de placements et ne sont délivrées que comme des engagements de financement à court terme ou des financements de relais.

⁶ Les placements détenus dans les filiales sont pris en compte pour juger si les art. 26 et 27 ainsi que les directives de placement sont respectées.

Art. 34 Engagements de capital de la fondation

(art. 53k, let. d, LPP)

Les engagements de capital de la fondation doivent être couverts en tout temps par des engagements de capital d'investisseurs ou par des liquidités.

Section 11 Information et renseignement

Art. 35 Information

(art. 53, let. e, et 62, al. 1, let. b, LPP)

¹ Tout investisseur reçoit les statuts déterminants de la fondation lors de son admission dans celle-ci. Les modifications des statuts lui sont communiquées de manière appropriée.

² La fondation publie, dans les quatre mois qui suivent la clôture de l'exercice, un rapport annuel contenant au moins les informations suivantes:

- a. les organes de la fondation;
- b. les noms et les fonctions des experts, y compris des experts chargés des estimations (art. 11), des conseillers en placement et des gestionnaires de placement;
- c. les comptes annuels au sens des art. 38 à 41;
- d. le rapport de l'organe de révision;
- e. le nombre de droits émis pour chaque groupe de placements;
- f. les principaux événements, affaires et décisions de la fondation et des filiales;
- g. des renvois aux prospectus;
- h. les dépassements des limites par débiteur et par société visés à l'art. 26, al. 3.

³ L'autorité de surveillance peut, dans l'intérêt des investisseurs, exiger des informations complémentaires.

⁴ Les chiffres-clés au sens de l'art. 38, al. 7, sont publiés au moins tous les trimestres, sauf pour les groupes de placements immobiliers.

Art. 36 Renseignement

(art. 53k, let. e, et 62, al. 1, let. b, LPP)

- ¹ Les investisseurs peuvent en tout temps demander à la fondation des renseignements sur la gestion et un accès aux comptes.
- ² L'information ou la consultation peuvent être refusées, avec l'approbation du président du conseil de fondation, s'ils menacent des intérêts dignes de protection ou des secrets d'affaires.

Art. 37 Publications et prospectus

(art.53k, let. e, LPP)

- ¹ Les publications paraissent sous une forme appropriée. L'autorité de surveillance peut fixer des conditions à ce sujet.
- ² Avant de constituer des groupes de placements contenant des biens-fonds, des placements alternatifs ou des obligation à taux élevés, ainsi que dans les cas visés à l'art. 21, al. 2, la fondation publie un prospectus avant l'ouverture de la période de souscription. Elle en publie aussi les modifications ultérieures.
- ³ L'autorité de surveillance peut fixer des conditions pour l'établissement du prospectus et exiger la publication d'un prospectus pour d'autres groupes de placements présentant un concept de placement ou d'organisation complexe ou des risques plus élevés. La mise en conformité doit avoir lieu dans les trois mois.
- ⁴ Les prospectus sont adressés à l'autorité de surveillance après la publication et après chaque modification, munis des directives de placement qu'elle doit approuver lorsqu'il s'agit de groupes de placements nécessitant un examen préalable. L'autorité de surveillance peut exiger en tout temps de la fondation de placement qu'elle remédie à des lacunes du prospectus.
- ⁵ Il n'est pas nécessaire de rédiger un prospectus lorsqu'un seul investisseur a des droits sur le groupe de placements.

Section 12 Comptabilité et établissement des comptes

Art. 38 Dispositions générales

(art. 65a, al. 5, 53k, let. d, et 71, al. 1, LPP)

- ¹ L'art. 47 OPP ⁶² sur la tenue régulière de la comptabilité s'applique aux fondations de placement.
- ² Une comptabilité séparée est tenue pour la fortune de base et pour chaque groupe de placements.
- ³ L'autorité de surveillance peut imposer des prescriptions supplémentaires concernant la structure des comptes annuels. Dans ceux-ci, le compte de fortune, le compte de résultat et l'annexe sont désignés comme tels.
- ⁴ S'agissant des groupes de placements, les variations de la fortune de placement nette au cours de l'exercice annuel et l'affectation du résultat sont présentées suffisamment clairement. Cet alinéa s'applique par analogie à la fortune de base.
- ⁵ Les frais d'administration sont intégralement présentés dans les comptes annuels. Ils sont indiqués dans les comptes pour la fortune de base et pour les différents groupes de placements et ils sont commentés dans l'annexe.
- ⁶ Les frais d'administration de tiers qui sont portés à la charge de la fondation et qui ne sont pas facturés directement par ceux-ci sont indiqués dans l'annexe. Si ces frais ne peuvent pas être calculés, la part de la fortune de base ou du groupe de placements gérée par les tiers doit être indiquée dans l'annexe.
- ⁷ La fondation de placement présente dans le rapport annuel les chiffres-clés de chaque groupe de placements en ce qui concerne les frais, les rendements et les risques. L'autorité de surveillance prescrit les chiffres-clés déterminants. Elle peut exempter la fondation de l'obligation de publication dans des cas fondés.
- ⁸ L'autorité de surveillance peut ordonner à la fondation de placement de publier des informations supplémentaires dans l'annexe, dans l'intérêt des investisseurs, indépendamment des prescriptions de l'art. 47 OPP 2.

Art. 39 Filiales et participations

(art. 53k, let. d, 65a, al. 5, et 71, al. 1, LPP)

Les filiales dans la fortune de base, les participations dans la fortune de base au sens de l'art. 25 et les filiales de groupes de placements sont chaque fois consolidées dans cette fortune dans les comptes annuels. L'autorité de surveillance peut imposer des conditions à ce sujet et demander à la fondation de présenter les comptes annuels et le rapport de l'organe de révision concernant les filiales et les participations avec les documents du rapport ordinaire.

Art. 40 Restitutions, indemnités de distribution et de prise en charge

(art. 53k, let. d, 65a, al. 5, et 71, al. 1, LPP)

- ¹ Les restitutions ainsi que les indemnités de distribution et de prise en charge figurent autant que possible dans le compte de résultats des groupes de placements concernés, ou, si ce n'est pas le cas, dans l'annexe aux comptes annuels.
- ² Elles font l'objet d'un commentaire dans l'annexe aux comptes annuels. S'il n'y a eu ni restitutions ni indemnités, cela doit être expressément indiqué.

⁶² RS 831.441.1

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

³ Les restitutions à la fondation doivent être entièrement portées au crédit du groupe de placements correspondant.

Art. 41 Evaluation

(art. 53k, let. d, 65a, al. 5, et 71, al. 1, LPP)

¹ La fortune nette des groupes de placements est calculée en partant de la valeur des différents actifs augmentée des éventuels intérêts courus, et après soustraction des éventuels engagements. Dans le cas des placements immobiliers, les impôts qui devront probablement être payés lors de la cession des biens-fonds sont déduits.

² L'art. 48, 1^{re} phrase, OPP 2⁶³ s'applique à l'évaluation des actifs et des passifs des fondations. S'agissant de l'évaluation des placements, l'autorité de surveillance peut imposer des critères et déclarer déterminants les art. 57 et 58 de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 21 décembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (OPC-FINMA)⁶⁴.

³ S'il existe des placements directs dans l'immobilier, la méthode d'évaluation est prescrite dans les statuts de la fondation. L'évaluation des biens-fonds à l'étranger se conforme à des normes internationales reconnues. La fondation demande une fois par année aux experts au sens de l'art. 11 d'estimer la valeur marchande des biens-fonds. En l'absence de changement notoire, cette valeur peut être reprise pour les dates de références mentionnées à l'al. 6. L'art. 93, al. 2 et 4, OPCC⁶⁵ s'applique par analogie.

⁴ En cas d'apports en nature, une des personnes mentionnées à l'art. 11, al. 1, estime le prix de l'objet selon la méthode prescrite dans les statuts. Une deuxième personne indépendante de la première et de la fondation (art. 11, al. 3), vérifie l'évaluation. Pour le reste, l'art. 92 OPCC s'applique par analogie à l'évaluation en cas d'acquisition ou de cession de biens-fonds.

⁵ L'art. 94 OPCC s'applique par analogie à l'évaluation de projets de construction.

⁶ Les valeurs patrimoniales de la fortune de base et des différents groupes de placements sont évaluées aux dates de clôture de l'exercice prescrites dans les statuts, aux jours d'émission ou de rachat, et aux dates de publication.

Section 13 Dissolution

Art. 42 Dissolution de la fondation

(art. 53k, let. c, LPP)

¹ La dissolution de la fondation est régie par les art. 88 et 89 CC. Elle est prononcée par l'autorité de surveillance.

² Lors de la liquidation, la fortune de placement est répartie entre les investisseurs à concurrence de leurs droits.

³ Le solde de la liquidation de la fortune de base restant après déduction de tous les engagements est réparti entre les investisseurs existants lors de la dernière assemblée des investisseurs en fonction de la part de la fortune de placement détenue par chacun. L'autorité de surveillance peut autoriser une autre affectation si les montants sont minimes.

Art. 43 Suppression de groupes de placements

(art. 53k, let. c et d, LPP)

¹ En cas de suppression d'un groupe de placements, les investisseurs en sont informés suffisamment tôt; ils bénéficient de l'égalité de traitement.

² L'autorité de surveillance est informée en même temps que les investisseurs du projet de dissoudre le groupe de placements.

Section 14 Dispositions finales

Art. 44 Disposition transitoire

Les fondations de placement existantes adaptent leurs statuts à la présente ordonnance d'ici au 31 décembre 2013.

Art. 45 Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

10 et 22 juin 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey

La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

⁶³ RS 831.441.1

⁶⁴ RS 951.312

⁶⁵ RS 951.311

**Directives
sur les conditions requises pour la création
d'institutions collectives ou communes**

Abrogation des 10 et 22 juin 2011 ([FF 2011 5745](#))

Le Conseil fédéral

arrête:

Article unique

Les directives du Conseil fédéral du 10 juin 2005 sur les conditions requises pour la création d'institutions collectives ou communes⁶⁶ sont abrogées avec effet au 1^{er} janvier 2012.

10 et 22 juin 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération: Micheline Calmy-Rey

La chancelière de la Confédération: Corina Casanova

⁶⁶ FF 2005 4013

**Ordonnance
sur l'organisation du gouvernement et de l'administration
(OLOGA)**

Modification du 10 juin 2011

Le Conseil fédéral suisse

arrête:

I

L'annexe 2 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration⁶⁷ est modifiée comme suit:

Annexe 2
(art. 8, al. 2, 8n, al. 2, 8o, al. 2, 8p, al. 2, et 8q, al. 2)

Commissions extraparlémentaires

Ch. 2

Département compétent	Commission	Type	Président (100 %) en francs	Vice-président (100 %) en francs	Membre (100%) en francs
...					
DFI	Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle	M2/A	250 000	180 000	150 000
...					

II

Le présente modification entre en vigueur le 1^{er} août 2011.

10 juin 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

⁶⁷ RS 172.010.1

**Ordonnance
sur l'organisation
du Département fédéral de l'intérieur
(Org DFI)**

Modification du 10 juin 2011

Le Conseil fédéral suisse

arrête:

I

L'ordonnance du 28 juin 2000 sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur⁶⁸ est modifiée comme suit:

Art. 16g Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle

Les tâches et l'organisation de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle sont régies par loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité⁶⁹ et par le règlement d'organisation et de gestion édicté sur cette base.

II

Le présente modification entre en vigueur le 1^{er} août 2011.

10 juin 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

⁶⁸ RS 172.212.1

⁶⁹ RS 831.40



Rapport explicatif

sur les modifications d'ordonnances dans le cadre de la

réforme structurelle de la prévoyance professionnelle

ainsi que du

financement des institutions de prévoyance

de corporations de droit public

Office fédéral des assurances sociales OFAS

Juin 2011

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.
- 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.

La réforme structurelle sera mise en vigueur en deux étapes :

- 1^{er} août 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. Le message du Conseil fédéral du 15 juin 2007 concernant la réforme structurelle est publié dans la FF 2007 5381.

Par ailleurs, l'Assemblée fédérale a adopté, le 17 décembre 2010, la modification légale sur le financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public. Le texte a été publié dans la FF 2010 8223. La modification correspondante de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2012, à l'exception des art. 48, al. 2, 1^{re} phrase, 50, al. 2, 51, al. 5, 51a, al. 6, et des ch. II.2 (modification de la loi sur la fusion) et III.b (disposition transitoire), qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2014.

1.2 Adaptations au niveau des ordonnances

La réforme structurelle prévoit de déléguer expressément au Conseil fédéral les compétences suivantes dans le cadre de la LPP :

- 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.

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. Etant donné l'ampleur du besoin d'adaptation, sous l'angle tant formel que matériel, l'OPP 1 actuelle, intitulée « ordonnance sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance professionnelle », du 29 juin 1983, est abrogée. En lieu et place est édictée une nouvelle OPP 1, intitulée « ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle ». Dans l'OPP 2, les dispositions d'exécution relatives à la gouvernance et à la transparence sont adaptées, ou de nouvelles dispositions à ce sujet sont introduites.

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 investisseurs ;
- 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.

L'art. 72a, al. 4, LPP (financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public) prévoit que le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions pour le calcul des fonds libres. Il peut décider en outre qu'en cas de liquidation partielle, les assurés n'auront pas droit à une part proportionnelle de la réserve de fluctuation dans la répartition. Les dispositions d'ordonnance correspondantes sont intégrées dans l'OPP 2 (art. 27g al. 1 bis, art. 44 avec son annexe et abrogation de l'art. 45). Les dispositions sur le financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public sont englobées dans la réforme structurelle pour éviter d'avoir deux procédures de modifications d'ordonnance simultanément ou successivement à peu d'intervalle.

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.

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'édition d'un règlement concernant son organisation et sa gestion, qui doit être approuvé par le Conseil fédéral.

Les exigences déterminantes touchant la composition de la commission 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). A 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. Sous l'aspect de la gouvernance 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 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 des spécialistes et des ressources nécessaires.

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 réglementation y dérogeant, s'appliquent à toutes les institutions de prévoyance professionnelle au sens de l'art. 56 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), autrement dit aux institutions de prévoyance au sens de l'art. 80 LPP (pratiquant le régime obligatoire, le régime surobligatoire, ou dont les prestations relèvent exclusivement de la liberté d'appréciation), ainsi qu'aux autres institutions servant exclusivement et irrévocablement à la prévoyance professionnelle, comme les fondations de libre passage (art. 10 et 19 OLP), les fondations bancaires du pilier 3a (art. 1 OPP 3) et les fondations de placement (art. 53g LPP).

Section 2 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 servant à la prévoyance professionnelle et soumises à une autorité de surveillance, qui figureront dans un répertoire officiel (al. 1).

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

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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 ne pratiquant que la prévoyance surobligatoire. Cette dernière catégorie comprendra aussi les institutions dont les prestations relèvent exclusivement de la liberté d'appréciation, par ex. les fonds patronaux de prévoyance.

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 dans ces institutions ou pour elles 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 de gestion, 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'organisations (associations par ex.) actives dans le domaine

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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 organisation 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

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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. Cela dit, les fondations de libre passage, les institutions du pilier 3a et les fonds patronaux ne sont pas soumis à cette taxe.

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 ;
- 80 centimes 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 fortune 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 l'examen des règlements et des modifications apportées aux 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.

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.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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.

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 par 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 au sens de l'art. 65, al. 4, LPP

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, ni les institutions de prévoyance assurant plusieurs employeurs étroitement liés entre eux sur le plan économique ou financier. Seule une association professionnelle au sens de l'art. 44, al. 1, LPP est habilitée à fonder une institution d'association professionnelle, ce qui ne ressort pas aussi clairement du texte allemand (« *Verbandseinrichtung* ») que du texte français. Une association professionnelle a pour but de défendre les intérêts professionnels (politiques ou économiques) de ses membres, d'apporter son soutien aux organismes communs pour atteindre les buts de l'association (groupements d'achat ou de vente, journal associatif), d'encourager la promotion professionnelle au moyen d'institutions de formation (centres de formation, perfectionnement professionnel) et, en règle générale, d'assumer les institutions d'assurances sociales (caisses AVS, caisses de compensation pour allocations familiales) ou d'y collaborer.

Il n'est par conséquent pas admissible de fonder d'abord une association d'intérêts qui instituerait ensuite une fondation collective en tant que caisse d'association professionnelle afin de contourner les conditions financières requises.

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.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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, couverture

L'art. 18, qui traite de la garantie et de la couverture, reprend largement 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. Cette disposition sert à garantir que le contrat d'assurance ne puisse être résilié avant terme, par 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

Cette disposition s'applique à toutes les institutions de prévoyance qui sont tenues par la loi de respecter le principe de la parité. 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

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

art. 19 précise que des élections paritaires doivent avoir lieu un an au plus tard 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. Cette règle est plus sévère que la directive de l'OFAS en vigueur jusqu'ici (50 employeurs affiliés ou deux ans).

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 capital de couverture 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.

Cette disposition s'applique aussi aux institutions collectives ou communes existantes.

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'ordonnance sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance professionnelle (OPP 1 actuelle) est abrogée et remplacée par la présente ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (nouvelle OPP 1).

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.

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 (FF 2011 5745).

Art. 24 Modification du droit en vigueur

L'art. 12, al. 1, OPP 1 prévoit que l'acte de fondation ou les statuts doivent être examinés par l'autorité de surveillance préalablement à leur authentification officielle. Il s'agit d'éviter ainsi qu'un acte de fondation ou des statuts qui ne rempliraient pas les conditions requises pour la création d'une institution de prévoyance doivent être modifiés avant la décision de prise en charge de la surveillance ou simultanément. L'examen par l'autorité de surveillance avant l'inscription au registre du commerce sert aussi à prévenir le risque d'abus.

Pour assurer la coordination avec les offices du registre du commerce, il est nécessaire d'adapter l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce.

Art. 94, al. 1, let. f (nouvelle) Réquisition et pièces justificatives

L'art. 94 énumère les documents qui doivent être remis à l'office du registre du commerce lors de l'annonce de la constitution d'une fondation. Lorsque la fondation sert à la prévoyance professionnelle, il faut également remettre à cet office la pièce attestant que l'autorité de surveillance prend en charge la surveillance de la fondation. Cela garantit qu'aucune institution de prévoyance ne puisse être inscrite au registre du commerce et entamer son activité avant que l'autorité de surveillance ait procédé à son examen.

Art. 95, al. 1, let. n (nouvelle) Contenu de l'inscription

L'art. 95 détaille le contenu de l'inscription au registre du commerce. Il exige désormais que, pour les institutions qui servent à la prévoyance professionnelle, l'inscription au registre mentionne également l'autorité de surveillance prévue par l'art. 61 LPP.

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.

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.

Art. 27g, al. 1^{bis} Droit à des fonds libres en cas de liquidation partielle ou totale

Cet alinéa précisait jusqu'à présent sur la base de quel bilan calculer les fonds libres, mais sans définir ces derniers. La modification comble cette lacune en apportant une définition légale des fonds libres qui n'existait pas jusqu'à présent. D'après la 2^e recommandation technique des recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26 auxquelles doivent se conformer les caisses de pensions, il y a excédent uniquement si les réserves de fluctuation de valeur ont atteint leur valeur cible. Ce principe renforce la sécurité financière.

Par analogie avec la recommandation technique Swiss GAAP RPC 26, il sera désormais prévu dans l'OPP 2 que des fonds libres ne pourront être constitués par une institution de prévoyance qui remplit les exigences de la capitalisation complète que lorsque ses réserves de fluctuations de valeur seront entièrement constituées. Cette réglementation s'applique non seulement aux institutions de prévoyance qui ont toujours appliqué le système de la capitalisation complète, mais aussi à celles qui appliquaient le système de la capitalisation partielle et qui sont passées à la capitalisation complète en vertu de l'art. 72f LPP.

Les institutions de prévoyance qui appliquent le système de la capitalisation partielle ne peuvent pas constituer de fonds libres si leur taux de couverture calculé conformément à l'art. 44 OPP 2 n'atteint pas au moins 80 %. La valeur de 80 % est l'un des objectifs d'ordre financier minimaux à atteindre prévus par la loi pour ces institutions. Raison pour laquelle des fonds libres ne peuvent être constitués que lorsque le taux de couverture atteint 80 %.

Cette prescription n'a pas d'effet sur l'octroi d'améliorations de prestations lorsque les réserves de fluctuation de valeur ne sont pas complètement constituées.

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

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 réglera désormais 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. Son indépendance ne doit être restreinte ni dans les faits ni en apparence. Une révision effectuée par un organe de révision se considérant comme impartial n'a aucune valeur vis-à-vis de l'extérieur si la crédibilité de la révision est entachée par des circonstances laissant penser que l'organe de révision n'est pas indépendant.

Cette notion d'indépendance insuffisante « en apparence » ne repose pas sur des considérations éthiques quant à la partialité de l'organe de révision, mais sur l'appréciation des circonstances qu'en ferait un observateur ordinaire ayant une expérience générale de la vie. La situation personnelle des membres de l'organe de révision notamment peut donner l'impression d'un manque d'indépendance.

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 entièrement modifiée, 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 peuvent par conséquent être supprimés.

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 s'il existe un contrôle interne adapté à la taille et à la complexité de l'institution de prévoyance, c'est-à-dire correspondant au profil de risque de l'institution. Dans les petites caisses, un contrôle très simple et informel peut donc suffire (séparation des fonctions, principe des « quatre yeux », signature collective, etc.). Un système interne de contrôle formel est en revanche indispensable dans les grandes institutions. La Commission de haute surveillance édictera des règles plus précises en la matière.

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/.

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

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

(remise du rapport par l'institution de prévoyance). L'examen prévu actuellement par l'al. 4 lorsque la gestion, l'administration ou la gestion de la fortune de l'institution de prévoyance est confiée à des tiers ne figure pas dans le nouvel art. 52c LPP et fait désormais l'objet de 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 prévoyance ou d'une institution servant à la prévoyance 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 adaptés.

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.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

En vertu de l'al. 2, 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. Lorsque l'on parle de participations indirectes, on pense notamment aux participations importantes par le biais de sociétés-écrans.

Conformément à la let. c, l'expert ne peut pas entretenir d'étroite relation familière ou économique avec les personnes exerçant des fonctions décisionnelles au sein de l'institution de prévoyance.

La let. d prévoit que la collaboration à la gestion est également incompatible 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 personnes collaborant à la gestion sont des personnes différentes, mais travaillent pour la même entreprise. En revanche, la prestation de services limités à l'administration technique et à la comptabilité est tout à fait compatible avec un mandat d'expert.

L'acceptation d'un mandat engendrant à plus long terme une dépendance économique (concentration des risques) n'est pas non plus compatible avec la fonction d'expert (let. e). Il sera vérifié de cas en cas si un mandat engendre à plus long terme 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). Comme il est clair que cette disposition ne pourra pas être respectée durant la période où les experts débutent leur activité, il ne faut pas qu'elle s'applique pendant cette période, c'est-à-dire durant les deux ou trois premières années.

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 membres de l'organe de gestion ou d'administration de l'entreprise à qui le mandat d'expert est confié ou exerçant des fonctions décisionnelles au sein de celle-ci.

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. 44 Découvert

L'al. 1 fixe quand il y a découvert. Cette définition vaut pour les caisses de pensions à capitalisation complète comme pour les institutions de prévoyance de corporations de droit public gérées selon le système de la capitalisation partielle. Le taux de couverture des deux types d'institutions est calculé de la même manière.

Ce découvert n'a cependant pas les mêmes effets pour une caisse gérée selon le système de la capitalisation complète que pour une caisse gérée selon le système de la capitalisation partielle. Pour cette dernière, le montant manquant est garanti par l'employeur, du moins en partie ; il n'est donc pas nécessaire de prendre des mesures d'assainissement, exception faite du cas prévu à l'art. 72e LPP, et le découvert ne touche ni les actifs ni les rentiers. C'est pourquoi, d'un point de vue technique, il ne s'agit pas d'un découvert, mais de la partie non capitalisée de l'institution de prévoyance. Pour cette raison, l'institution de prévoyance d'une corporation de droit public gérée selon le système de la capitalisation partielle est exemptée du devoir d'information prévu à l'art. 44, al. 2, OPP 2, pour autant que son taux de couverture ne soit pas inférieur à la valeur initiale. Dans le cas contraire (art. 72e LPP), l'art. 44, al. 2, OPP 2 s'applique. Dans tous les cas, les institutions de prévoyance gérées selon le système de la capitalisation partielle et n'atteignant pas le taux de couverture de 80 % doivent soumettre tous les cinq ans à l'autorité de surveillance un plan présentant comment elles comptent atteindre ce taux au plus tard 40 ans après l'entrée en vigueur de la révision (let. c des dispositions transitoires de la modification du 17 décembre 2010 de la 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. 45 (abrogé)

L'al. 1 est repris à l'art. 72a, al. 1, LPP. La 1^{re} phrase de l'al. 2 n'a plus lieu d'être, car la recommandation Swiss GAAP RPC 26 est devenue obligatoire depuis la 1^{re} révision LPP. La disposition de la 2^e phrase, selon laquelle l'institution de prévoyance doit inscrire le montant correspondant de la garantie dans les actifs de son bilan, émane précisément des mêmes normes comptables. L'ensemble de l'art. 45 OPP 2 peut ainsi être abrogé.

Art. 46 Amélioration des prestations des institutions de prévoyance collectives ou communes lorsque les réserves de fluctuation de valeur n'ont pas été entièrement constituées

L'art. 46 règle l'admissibilité des améliorations des prestations lorsque les réserves de fluctuation de valeur n'ont pas été entièrement constituées.

Cette disposition s'appuie sur l'art. 65b LPP et s'inscrit dans le contexte suivant : en vertu des art. 65 et 65a LPP, les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements et respecter le principe de transparence. S'appuyant sur l'art. 65a, al. 5, LPP, l'art. 47, al. 2, OPP 2 prévoit que les institutions de prévoyance doivent établir et structurer leurs comptes annuels conformément aux recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26, dans leur version du 1^{er} janvier 2004, et que ces recommandations s'appliquent par analogie aux autres institutions actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle. En vertu de l'art. 48e OPP 2, l'institution de prévoyance fixe dans un règlement les règles pour la constitution des réserves de fluctuation de valeur et doit respecter à cet effet le principe de la permanence. La constitution des réserves de fluctuation de valeur jusqu'à l'objectif fixé est élémentaire pour l'équilibre financier des institutions de prévoyance. Mais d'un autre côté, offrir aux assurés (actifs) une participation au résultat positif avant constitution de la réserve de fluctuation de valeur est, pour de nombreuses institutions, un aspect important de la politique en matière de prestations. La constitution des réserves de fluctuation de valeur, tel que réglée au nouvel art. 46, est donc affaire de pondération entre ces intérêts opposés, la responsabilité propre des institutions entrant également en considération.

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 de valeur : c'est justement ce que la nouvelle disposition vise à éviter. Le champ d'application de cet article est limité aux institutions présentant un risque particulièrement élevé d'octroyer des améliorations de prestations de manière peu responsable. Sont visées les institutions collectives et communes, à l'exception des institutions d'associations professionnelles et des institutions de prévoyance de plusieurs employeurs unis par des liens étroits de nature économique ou financière (al. 3). Vu la concurrence, la tentation est grande d'offrir des améliorations de prestations directement visibles afin de générer de nouvelles affiliations plutôt que de constituer des réserves de fluctuation de valeur, dont l'importance ne se fait sentir qu'à long terme.

Aucune réglementation n'est prévue pour les institutions n'entrant pas dans le champ d'application de cet article. On part du principe que les employeurs possédant leur propre institution de prévoyance agiront de manière responsable, étant donné qu'ils sont directement soumis au risque de devoir prendre des mesures d'assainissement s'ils octroient imprudemment des améliorations de prestations.

Les institutions collectives et communes visées à l'art. 46 ne peuvent procéder à des améliorations de prestations que dans certaines limites tant qu'elles n'ont pas entièrement constitué leurs réserves de fluctuation de valeur. Cette disposition tient compte de la difficile conciliation entre une participation des assurés (actifs) au résultat positif avant constitution des réserves de fluctuation de valeur et la garantie de l'équilibre financier. Lorsque les réserves de fluctuation de valeur n'ont pas été entièrement constituées, une amélioration des prestations est possible à deux conditions : 50 % au plus de l'excédent des produits avant constitution des réserves de fluctuation de valeur peuvent être affectés à l'amélioration des prestations (let. a), et les réserves de fluctuation de valeur doivent atteindre au moins 75 % de la valeur cible du moment (let. b). En pratique, cela signifie que le taux de couverture de l'institution de prévoyance calculé selon l'art. 44 OPP 2 dépasse 100 %, puisque, les réserves n'étant pas intégrées au capital de prévoyance, un taux de couverture de 100 % correspond à une situation sans réserve de fluctuation de valeur. L'amélioration envisagée ne doit bien entendu pas être prise en compte lors de l'examen de ces conditions. Cet examen doit en outre, le cas échéant, être effectué au niveau des caisses de pensions affiliées.

Il est impossible d'énumérer avec précision et de manière exhaustive ce que l'on entend par « amélioration des prestations » au niveau de l'ordonnance. C'est donc la Commission de haute surveillance qui édictera, au besoin, des directives réglant en détail cette question. On peut toutefois déjà préciser que la rémunération à concurrence du taux d'intérêt minimal dans le système de la primauté des cotisations et l'octroi de prestations ne dépassant pas le niveau du taux technique dans le système de la primauté des prestations ne constituent pas des améliorations de prestations au sens de l'art. 46. L'al. 2 précise que la participation aux excédents résultant des contrats d'assurance prévue à l'art. 68a LPP et créditée au capital-épargne des assurés ne compte pas non plus comme une amélioration des prestations au sens de l'art. 46.

Il va de soi que l'art. 46 ne s'applique que dans les cas où la constitution de réserves de fluctuation de valeur est nécessaire. Il ne s'applique donc pas, par ex., aux institutions de prévoyance dont l'ensemble des risques est entièrement réassuré.

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

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. Afin d'améliorer la transparence des frais d'administration, il faudra à l'avenir indiquer explicitement les frais dus aux instances de contrôle et de conseil prévues par la loi (organe de révision, expert en matière de prévoyance professionnelle, autorités de surveillance).

Le nouvel al. 3 s'attelle au problème des frais de gestion de la fortune, qui ne figurent pas toujours tous dans le compte d'exploitation : en règle générale, seuls les frais explicitement imputés comme tels à l'institution de prévoyance y sont indiqués. La notion de frais de gestion de la fortune est donc interprétée de manière restrictive. Les frais de transaction et les commissions, notamment, ne sont généralement pas indiqués dans le compte d'exploitation, alors qu'ils devraient y figurer pour assurer transparence et exhaustivité. Toutefois, exiger une transparence totale en la matière reviendrait à interdire tout placement dans des fonds ou dans des produits structurés. Une telle interdiction de fait serait très délicate vu l'importance de ces produits sur le marché.

Il existe en pratique déjà des directives largement reconnues définissant les frais de gestion de la fortune. On peut les diviser en trois catégories, à savoir le total expense ratio (TER), dont font partie les commissions de gestion, de performance, de dépôt, de service, de direction du fonds et d'administration ; les frais de transaction et les charges fiscales, comme les commissions de courtage versées à des tiers, les taxes boursières, les taxes sur les transactions et l'impôt sur le rendement, et les frais supplémentaires, comme les frais de conseil, de controlling et de global custody. Il n'est cependant pas possible de définir précisément dans l'ordonnance les frais de gestion de la fortune correspondant aux différents placements et produits. C'est donc à la Commission de haute surveillance qu'il reviendra, si besoin est, d'établir une liste, avec toutes les difficultés techniques que cela implique. De cette manière il sera désormais possible d'obtenir de manière globale une meilleure transparence lors de l'indication des frais de gestion de la fortune. Mais tous les frais attestés peuvent d'ores et déjà être indiqués par les institutions de prévoyance dans la rubrique « frais de gestion de la fortune » de leur compte d'exploitation ou dans l'annexe.

L'al. 3 prévoit que les éléments de la fortune placés dans des produits non transparents, c'est-à-dire pour lesquels les frais ne peuvent pas être indiqués selon les catégories susmentionnées, devront être indiqués séparément dans l'annexe des comptes annuels. L'organe suprême sera tenu d'analyser chaque année la situation et de se prononcer sur la poursuite de la politique de placement.

Les frais devront être indiqués pour la première fois sous cette forme dans les comptes annuels 2012.

Art. 48b Information des caisses affiliées

Les dispositions de l'art. 48b n'ont pas été suffisamment mises 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 cotisations ou 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 fonds libres ou 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 de modification de cette disposition sont les mêmes que ceux qui ont conduit à l'abrogation de 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 les comptes annuels, celles concernant la caisse de pensions affiliée devront être communiquées par écrit aux assurés qui le demandent par leur commission de prévoyance.

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 personnes chargées de la gestion de la 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 l'organe de gestion et par les gestionnaires de fortune

Les personnes chargées de la gestion ou de la gestion de la fortune de l'institution de prévoyance, respectivement de l'institution servant à la prévoyance, 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 gestion 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 ou une institution servant à la prévoyance doit avoir des connaissances pratiques et théoriques approfondies dans le domaine de la prévoyance professionnelle. 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 il existe également d'autres possibilités d'acquérir les connaissances théoriques nécessaires dans le domaine du 2^e pilier ou en dehors de celui-ci. Les formations ou les cours de perfectionnement peuvent aussi être suivis dans un délai convenable après l'entrée en fonction. L'ordonnance ne précise pas de formation spécifique afin d'éviter d'être trop restrictive. Dans les plus petites institutions, il faut que la gestion puisse continuer à être assurée à l'interne ou par l'employeur. Par ailleurs, cette disposition ne s'applique pas aux gérants déjà en fonction avant son entrée en vigueur.

Conformément à l'al. 2, toute personne ou institution souhaitant se voir confier la gestion de la fortune (y c. le placement de la fortune) doit être habilitée pour ce faire et remplir les exigences de l'art. 51b LPP (bonne réputation, activité irréprochable et absence de conflits d'intérêts). Elle doit en outre fournir la garantie qu'elle respecte les prescriptions des art. 48g à 48l. En pratique, elle doit être soumise au droit et à la juridiction suisses. Si tel n'est pas le cas, il faut au moins que le respect de ces prescriptions et les sanctions en cas de non-respect soient fixés contractuellement.

La prévoyance professionnelle constitue une assurance obligatoire et gère à titre fiduciaire des montants importants ; par conséquent, des exigences strictes envers les gestionnaires de fortune externes se justifient. Sont concernés tous les gestionnaires de fortune qui ne travaillent pas au sein de l'institution de prévoyance ou d'une entreprise affiliée. La disposition de l'art. 48f, al. 3, OPP 2 vise à garantir une gestion qualifiée et professionnelle de la fortune. Elle prévoit que la gestion de la fortune peut être confiée à des banques au sens de la loi sur les banques, à des négociants en valeurs mobilières au sens de la loi sur les bourses, à des directions de fonds et des gestionnaires de fortune de placements collectifs au sens de la loi sur les placements collectifs, à des entreprises

d'assurance au sens de la loi sur la surveillance des assurances, ainsi qu'à des intermédiaires financiers opérant à l'étranger soumis à une surveillance équivalente de la part d'une autorité de surveillance étrangère. Il existe aussi des personnes et des institutions qui ne disposent d'aucune des autorisations légales mentionnées ci-dessus, mais offrent toutes les garanties qu'elles accompliront leur tâche d'une manière irréprochable en gérant la fortune avec les compétences et le professionnalisme requis. La Commission de haute surveillance pourra les habilitier.

Aujourd'hui déjà, l'organe suprême des institutions servant à la prévoyance professionnelle est tenu de vérifier l'habilitation des gestionnaires de fortune, de sélectionner, instruire et surveiller soigneusement ceux-ci, même s'ils sont soumis à la surveillance de la FINMA par une loi des marchés financiers⁷⁰. Cette responsabilité ressort des art. 49a (cf. al. 1 et al. 2, let. a et d) et 50 OPP 2. Ainsi l'art. 49a, al. 2, let. d, OPP 2 oblige-t-il l'organe suprême à définir les exigences auxquelles doivent satisfaire les personnes et les institutions qui placent ou qui gèrent la fortune de l'institution de prévoyance. Il faut que ces exigences soient inscrites dans un règlement, qui doit être approuvé par les autorités de surveillance. Dans ce cadre, la Commission de haute surveillance pourra indiquer aux autorités de surveillance les exigences que les gestionnaires de fortune doivent remplir pour obtenir l'habilitation nécessaire.

Il va de soi que les produits étrangers (par ex. dans des placements collectifs) dans lesquels l'institution de prévoyance investit directement, à savoir sans passer par un gestionnaire de fortune, ne sont pas concernés.

La disposition entrera en vigueur le 1er janvier 2014. Il est opportun de prévoir ce délai, car des adaptations (contrats, règlements) sont nécessaires au niveau des institutions de prévoyance.

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. 51b, al. 1, LPP a en principe lieu lors de la création d'une institution de prévoyance ou d'une institution servant à la prévoyance (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 gestion ou de l'administration, ou dans la gestion de fortune. L'autorité de surveillance ne procédera à aucun contrôle si une autre autorité de surveillance ou la FINMA se charge déjà de l'examen des garanties. Par ailleurs, en raison de la charge de travail élevée qu'entraîne la vérification, elle n'examinera 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

Les personnes actives au sein de l'organe suprême ou de l'organe de gestion ou chargées de la gestion de la fortune de l'institution de prévoyance ne doivent pas être impliquées dans un conflit d'intérêts durable. 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 (par ex. pour la gestion, la gestion de la fortune ou le conseil), il y a automatiquement conflit d'intérêts.

L'al. 1 précise l'art. 51b, al. 2, LPP, en stipulant que les personnes externes et les institutions chargées de la gestion de la fortune ou de la gestion ne peuvent pas être membres de l'organe

⁷⁰ Il n'existe pas, dans les lois des marchés financiers, de base légale prévoyant une soumission des gestionnaires de fortune des institutions qui servent à la prévoyance professionnelle. La FINMA ne vérifie donc pas spécifiquement l'habilitation de ceux-ci.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

suprême de l'institution. Si un seul employeur est affilié à l'institution de prévoyance, cet employeur et ses employés ne sont pas considérés comme des personnes externes.

Par « ayant droit économique », on entend toute personne dont la participation directe ou indirecte au capital-actions d'une société est d'au moins 5 %, ainsi que toute personne ou tout groupe de personnes liées par des conventions de vote détenant au moins 5 % des voix.

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.

L'al. 2 limite à cinq ans la durée des contrats de gestion de fortune, d'assurance et d'administration 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.

Art. 48i Actes juridiques passés avec des personnes proches

L'al. 1 prévoit qu'un appel d'offres doit toujours avoir lieu et que la transparence doit être totale lors de l'adjudication d'importants actes juridiques à des personnes proches, de sorte que l'organe de révision puisse effectuer un examen irréprochable.

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

Art. 48j 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 (par ex. *parallel running* pour autant qu'il n'en résulte aucun désavantage pour l'institution de prévoyance) et interdites (par 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 gère 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* (exécuter des transactions pour son propre compte préalablement à des transactions de l'institution de prévoyance), le *parallel running* (exécuter des transactions pour son propre compte tout en réalisant pour l'institution de prévoyance) et l'*after running* (intercaler des transactions pour son propre compte entre différents ordres de clients exécutés par tranches), ainsi que la négociation de titres identiques pour autant qu'il peut en résulter un désavantage pour l'institution de prévoyance. La personne chargée de la gestion de la fortune est tenue de prendre les mesures organisationnelles qui s'imposent (cloisonnement de l'information, par 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

Les personnes et les institutions chargées de diriger ou d'administrer l'institution de prévoyance ou de gérer sa fortune conignent dans une convention écrite (contrat de travail, mandat) les modalités et les montants des indemnités qui doivent être déterminables en francs. Elles remettent également à l'institution de prévoyance tout avantage financier reçu en rapport avec l'exercice de leur activité pour celle-ci. 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).

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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 et à l'employeur. 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), par 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. 48/ Déclaration

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

En outre, les personnes et institutions chargées de la gestion ou de l'administration de l'institution de prévoyance ou du placement et de la gestion de la fortune de prévoyance doivent déclarer chaque année par écrit à l'organe suprême si elles ont reçu des avantages financiers personnels non prévus contractuellement selon l'art. 48k 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. 60e^{bis} 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 actives dans le domaine 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 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.

Annexe à l'art. 44 OPP 2

S'agissant du calcul du taux de couverture, les réserves de fluctuation dans la répartition doivent être traitées de la même manière que les réserves de fluctuation de valeur, en ne les déduisant pas de la fortune de prévoyance disponible. Cela a pour conséquence que les réserves de fluctuation dans la répartition disponibles augmentent le taux de couverture, puisqu'elles doivent être dissoutes pour son calcul. Le fait de traiter de manière identique les réserves de fluctuation de valeur et les réserves de fluctuation dans la répartition est justifié, car la réserve de fluctuation dans la répartition a expressément été conçue en tant que réserve et non en tant que provision.⁷¹

En édictant cette règle, le Conseil fédéral fait usage de sa compétence (art. 72a, al. 4, LPP) pour déterminer que les assurés n'ont pas droit à une part proportionnelle de la réserve de fluctuation de répartition en cas de liquidation partielle. Dans le cas contraire, cette réserve ne devrait pas être dissoute pour calculer le taux de couverture et l'employeur serait tenu en tant que garant, en cas de liquidation partielle, d'apporter les fonds manquants afin que les assurés perçoivent leur prestation de sortie à 100 % et de garantir une partie de la réserve au profit de la caisse reprenante. Conformément à l'art. 72c LPP, la corporation de droit public garantit toutefois seulement les prestations de vieillesse, de risque et de sortie, les prestations de sortie dues au collectif d'assurés sortant en cas de liquidation partielle et les découverts techniques affectant le collectif d'assurés restant en cas de liquidation partielle. Il n'est pas prévu qu'elle garantisse aussi une partie des réserves. C'est pourquoi l'annexe à l'art. 44 OPP 2 est complétée de telle sorte que la réserve de fluctuation dans la répartition ne soit pas déduite de la fortune de prévoyance disponible pour le calcul du taux de couverture et qu'elle soit ainsi dissoute. Il s'ensuit que la réserve reste dans la caisse cédante. Cette disposition est sans effet sur les assurés, puisque l'employeur garantit l'intégralité de la prestation de sortie (art. 72c, al. 1, let. b, LPP).

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 le 1^{er} août 2011. Cette date a été fixée de telle sorte que les éventuelles mesures nécessaires (adaptation des règlements, des contrats et de l'organisation des institutions de prévoyance, par ex.) puissent être prises d'ici au 31 décembre 2012. De la sorte, les organes de révision pourront contrôler en 2013 le respect des nouvelles dispositions en matière de gouvernance, dans le cadre du contrôle des comptes annuels 2012.

L'al. 3 entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Il est opportun de prévoir ce délai, car des adaptations (contrats, règlements) sont nécessaires au niveau des institutions de prévoyance.

⁷¹ Rapport de la commission d'experts du 19 décembre 2006 sur le financement des institutions de prévoyance de droit public, p. 25, in : <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=11732>.

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).

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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 insolubles. 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 Commentaire de l'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 servant à la prévoyance professionnelle, exonérées d'impôts selon le droit de la prévoyance professionnelle, qui ont leur siège en Suisse. Il s'agit d'institutions d'entreprises dont le domicile, le siège, une succursale ou un établissement est situé en Suisse et d'entreprises qui leur sont proches, si leurs fonds servent durablement et exclusivement à la prévoyance du personnel. Font partie du cercle des investisseurs 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 personnes qui gèrent des placements collectifs – comme les sociétés de direction de fonds agissant pour les fonds de placement qu’elles ont lancés – et qui sont soumises à l’Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) à condition qu’il soit prouvé que le cercle des investisseurs du placement collectif ne comprenne 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, en y joignant les preuves de son appartenance au cercle des investisseurs autorisés. 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. Le statut d’investisseur est donné *dès que et aussi longtemps* qu’il existe au moins un droit ou un engagement de capital ferme. 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, 702 et 702a CO servent de référence pour les modalités de la convocation, les mesures nécessaires et la participation des membres du conseil de fondation à l’assemblée. 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.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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 inaliénables

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.

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. Ces membres doivent être des spécialistes de la matière ; l'art. 7 précise ce qu'il faut entendre par là. 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 et compétences

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.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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 clairs 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 prescrit que les dispositions de l'art. 51b, al. 1, LPP et des art. 48f à 48/OPP 2 sur l'intégrité et la loyauté s'appliquent aux personnes chargées de la gestion ou de l'administration, à quelques exceptions près résultant de l'art. 8. Des exigences en matière de qualification en découlent pour toutes les personnes chargées de la gestion et de l'administration. L'al. 1 concerne toutes les personnes, y compris les membres de conseil de fondation qui assument ce type de tâches. Le cas échéant, on pourra ainsi refuser d'attribuer un mandat de membre du conseil de fondation pour des raisons d'incompétence. Les art. 51b, al. 1, LPP et 48f OPP 2 sont déterminants. La gestion des groupes de placements dans les placements alternatifs requiert une formation et une expérience professionnelle particulièrement pointues.

L'al. 2 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 (al. 2, let. a). Les tâches que le conseil de fondation ne peut déléguer et celles qu'il peut déléguer sont mentionnées, au moins dans les grandes lignes, dans le règlement de l'organisation détaillée (art. 15), tout comme 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.

Tous les contrats de délégation doivent être passés par écrit (al. 2, let. b). Ils ne doivent pas seulement être conformes aux prescriptions de la loi et de la fondation (par ex. le règlement sur l'organisation). Ils doivent aussi respecter les exigences des al. 1 à 3 : en vertu de l'al. 1, en relation avec l'art. 48f, al. 3, OPP 2, la gestion de la fortune ne peut être déléguée qu'à des personnes soumises à la surveillance directe de la FINMA ou à une surveillance étrangère comparable. La délégation de tâches à des institutions étrangères est par conséquent possible à ces conditions. La surveillance peut renoncer à l'exigence relative aux autorités de surveillance. Pensons par exemple au cas d'un mandat de gestion de fortune en placements immobiliers. Ce qui est déterminant, c'est de garantir une gestion de fortune professionnelle, assurée par des personnes qualifiées.

En cas de délégation de tâches relatives à la gestion de fortune, le contrat doit veiller au respect de l'art. 12 concernant la banque dépositaire (al. 2, let. c).

En vertu de la let. d de l'al. 2, le contrat de délégation doit garantir le respect de l'art. 7 en cas de subdélégation. La phrase finale de cette lettre vise à empêcher toute dilution des responsabilités et l'opacité qui en résulterait, et à permettre de réagir rapidement en cas de problèmes. La délégation de tâches est également possible dans le cadre d'une structure de groupe, étant donné qu'une interdiction ferait obstacle à une gestion adéquate et que le groupe a normalement lui-même pour tâche la bonne collaboration entre les différentes sociétés et l'application des règles nécessaires à cette fin.

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 « compliance » 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. 2. L'indépendance n'est donc pas requise.

Art. 8 Prévention des conflits d'intérêts, actes juridiques passés avec des personnes proches

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. 13, al. 1, 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. 13, al. 1, OPP 1 en ce qui concerne la surveillance des fondations de placement. L'art. 51b, al. 2, 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 personnes chargées de la gestion de la fondation (administration et gestion de fortune incluses). Si les personnes concernées sont des personnes morales, la disposition touche leurs employés et les responsables de l'entreprise. 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. On parlera également d'intérêts personnels dans le cas où une décision du conseil de fondation touche les intérêts d'un de ses membres ou de l'entreprise à laquelle celui-ci appartient en tant qu'employé ou en tant que responsable.

Section 4 Organe de révision

Art. 9 Conditions

Seules les entreprises reconnues par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision comme des entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat sont autorisées à exercer la fonction d'organe de révision. La disposition se base sur la norme de délégation de l'art. 53k, let. d, LPP et sur la pratique actuelle.

Art. 10 Tâches

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 gestion 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 relation 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. 3) 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. 7, al. 4) 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

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

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 Statuts de la fondation et examen préalable

Art. 13 Domaines de réglementation

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 un sens large, 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 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 relation 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. 53/ 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. 3, 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 relation 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'édition 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 CESS-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 les tâches réglementaires qui lui ont été confiées, ni à des tiers ni à l'un de ses membres.

Art. 14 Placement de 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. 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. A 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 (l'optique de placement et les placements autorisés) et les restrictions de placement de chaque groupe de placements soient clairement et intégralement définis. La disposition 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. Il faut notamment que celles-ci contiennent des dispositions sur les placements autorisés (y compris dérivés et placements collectifs) et sur la diversification. Toutes les dispositions sur les placements doivent figurer dans les directives. Il reste toutefois possible d'insérer 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'art. 13, al. 2, car 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 Gestion et organisation détaillée

Le conseil de fondation et les instances à qui des tâches auraient été déléguées dans ce domaine sont en charge de la gestion. Les statuts doivent contenir au moins une disposition de principe sur les tâches du conseil de fondation. L'art. 15 impose par ailleurs 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 gestion 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 la gestion sont d'abord les membres du conseil de fondation lui-même et les personnes auxquelles il délègue des tâches. Mais l'al. 2 s'applique 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 Emoluments et frais

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 par l'autorité de surveillance

L'al. 1 porte sur la modification de dispositions de la fondation (autrement dit, en cas de propositions de modification des statuts ou des règlements) 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 ne vote sur des demandes de modification des statuts ou du règlement (c'est-à-dire, dans le cas normal, du règlement de la fondation et exceptionnellement des directives de placement, dans la mesure où, selon l'art. 13, al. 3, l'édiction de celles-ci est déléguée 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. Par souci d'exhaustivité, on rappellera que l'examen des statuts et du règlement lors de la création de la fondation est réglé par l'OPP 1.

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 (al. 1, let. c) 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 (cf. commentaire de l'art. 14) doivent elles aussi faire l'objet d'un examen. Les produits alternatifs visés ici sont essentiellement des produits 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 moins aisé 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 (al. 2).

Si l’autorité de surveillance renonce à un examen préalable (al. 2), 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 produit de placement de la fondation a été examiné et qu’il s’agit de produits 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. 3). 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 des investisseurs

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. Dernier élément de l’al. 1, 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 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 être fixé dans des cas fondés (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 maximale autorisée est de 5 ans.

Un prospectus doit être disponible (cf. art. 37, al. 2) lorsqu'il y a fermeture au sens des al. 2 et 4. 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 toujours 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). L'organe de gestion mentionné est le conseil de fondation ou la direction (tiers chargés de la gestion).

Section 9 Fortune de base

Art. 22 Utilisation

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.

Le dépôt illimité auprès d'une banque au sens de l'art. 1, al. 1, de la loi sur les banques est autorisé. La protection garantie par la banque renforce la sécurité du dépôt.

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. a : un domicile suisse est en principe exigé. Dans des cas fondés, une filiale domiciliée à l'étranger peut toutefois exister. Il peut par exemple être dans l'intérêt d'un investisseur d'avoir une filiale à l'étranger pour y administrer un groupe de placements immobiliers.

Let. b : l'assemblée des investisseurs doit donner son aval à la création d'une société de ce type.

Let. c : 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.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Let. d : l'art. 7 s'applique pour le contrat passé avec une filiale. L'art. 7, al. 2, qui règle la délégation de tâches, doit aussi être pris en compte, ainsi que l'art. 7, al. 1, qui renvoie à l'art. 48f OPP 2. La délégation à une filiale doit respecter aussi les art. 48g à 48l OPP 2, y compris lorsque la filiale est à l'étranger (voir le commentaire de l'art. 7).

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

Let. f : une filiale ne peut posséder aucune participation dans des sociétés. Il s'ensuit notamment 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. g : 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. f et g, 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

Cet article permet aux fondations de placement, en dérogation à l'art. 23 (en relation 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. 23.

Section 10 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), 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'écart en pour-cent maximal par rapport à l'indice doit être indiqué dans les directives. Les écarts par rapport aux limites par débiteur et par société doivent être reportés dans le rapport annuel. L'autorité de surveillance peut formuler des exigences concernant l'écart par rapport à l'indice, par exemple sous la forme de prescriptions de diversification. L'écart ne doit toutefois être que minime pour les groupes de placements passifs : S'agissant d'une approche strictement passive d'une gestion répliquant un indice, ceci 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. La 2^e phrase de l'alinéa précise que cette limitation ne vaut pas pour les créances sur la Confédération et les lettres de gages suisses, en référence à l'art. 54, al. 2, OPP 2.

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 et de la fortune de placement (voir commentaire de l'art. 26, al. 1) – sous réserve de l'art. 33, al. 4. 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 relation avec l'art. 50, al. 3, 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 relation 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. Lors de cette phase, il doit aussi être possible de déroger à certaines prescriptions pour différents autres groupes de placements.

Art. 27 Groupes de placements immobiliers

L'al. 1 impose, pour les investissements dans certains placements directs ou collectifs, des conditions découlant essentiellement du devoir de diligence et de diversification (art. 50 OPP 2). Par mesure de prudence (art. 50, al. 1, OPP 2), la let. b prévoit une limite pour la copropriété sans majorité, parce que les risques sont plus élevés lorsqu'il n'est pas possible d'exercer l'influence nécessaire. La surveillance fédérale le demandait déjà. Les exigences des let. a et d concernant l'achat de biens-fonds non construits ou de biens-fonds à l'étranger sous une forme semblable au droit de superficie (*leasehold*) doivent par conséquent aussi être respectées pour les pactes d'emption sur des objets immobiliers de ce type.

La let. d répond à une question laissée ouverte sur la pleine propriété et le bail, en référence à l'art. 26, al. 1, en relation avec l'art. 53, al. 1, let. c, OPP 2. L'auteur de l'ordonnance considère ces formes d'acquisition analogues au droit de superficie comme autorisées, puisque des raisons de systématique permettent de dire que l'art. 55, let. c, OPP 2 admet explicitement des placements immobiliers étrangers.

La let. c précise qu'il n'est pas possible d'acquérir des placements collectifs servant à d'autres buts que ceux qui sont mentionnés. Ce point doit être réglé dans les directives (art. 14). 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.

L'al. 2 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,

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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. 2 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.

En vertu de l'al. 3, 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. 4, 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 relation 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. 5 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 relation avec l'art. 96 OPCC – 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.

Les capitaux étrangers ne doivent pas dépasser 50 % de l'ensemble du portefeuille, placements collectifs inclus. En dérogation à l'art. 26, al. 6, les placements collectifs avec effet de levier lié à un emprunt de capital sont autorisés. Ils ne doivent pas permettre un taux d'avance de plus de 50 %. Sinon, ils doivent être limités à 20 % du groupe de placements. Les avances importantes sont assez fréquentes dans les sociétés d'investissements immobiliers cotées en Bourse, un type de placement que l'autorité qui a rédigé l'ordonnance ne voulait pas exclure.

Art. 28 Groupes de placements dans le domaine 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 de manière non exhaustive 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*, matières premières et placements en

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

infrastructures (voir le commentaire de l'art. 26, al. 8). Si plusieurs de ces catégories principales de placements alternatifs sont réunies dans un même groupe, les dispositions des al. 1 et 2 s'appliquent 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 en principe 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'al. 2 indique que la liste des exceptions de l'al. 1 n'est pas exhaustive, car l'art. 26, al. 9, reste réservé : l'autorité de surveillance peut donc autoriser d'autres exceptions. La pratique de la surveillance fédérale a fait apparaître quelques situations analogues, en plus des *managed accounts* : 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. En général, l'autorisation des cas exceptionnels est assortie de conditions. Des exceptions seraient aussi envisageables pour les placements dans les infrastructures.

L'al. 3 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. 4 : Précisément pour les groupes de placements du domaine *hedge funds*, qui doivent être mis en œuvre conformément à l'al. 1 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. 4 signifie que les fonds cibles détenus par des fonds de *hedge funds* sont également autorisés à emprunter des capitaux.

Vu la pratique de la surveillance, un emprunt de capitaux limité est également autorisé pour des fonds cibles de groupes de placements en infrastructures, soit des groupes de placements qui investissent dans des entreprises non cotées en Bourse, actives par exemple dans le trafic et le transport (routes à péage, réseaux ferroviaires, autoroutes, ports de conteneurs, aéroports, tunnels), dans les télécommunications (réseaux de données par câble, radio et satellite), dans le domaine de l'énergie (conduites de gaz, lignes électriques, production et stockage d'énergie) ou des installations sanitaires (eau, eaux usées, déchets).

Art. 29 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 se limiter 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 relation 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 soumises à la surveillance ou bénéficiant d'une autorisation de vente de la FINMA, ou soumises à une autorité de surveillance étrangère comparable. 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 Placements collectifs

L'art. 30 autorise seulement 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 relation 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. 1 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 n'est pas concernée par l'interdiction de l'obligation d'effectuer des versements supplémentaires au titre de l'al. 2.

L'al. 3 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 a 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. 4 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 relation 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 et opérations de prise ou de mise en pension

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. 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 la possibilité d'investir à l'étranger, cf. al. 2), ni en principe un domicile suisse, ni la forme juridique d'une société anonyme.

L'al. 2, let. a, autorise les filiales dans les groupes de placement immobiliers car, s'agissant de groupes immobiliers étrangers, les directives prévoient le plus souvent – ou même de préférence – en plus des placements directs dans un objet immobilier, des placements opérés par l'intermédiaire de sociétés dites « special purpose vehicle⁷² », ci-après « SPV », soit des filiales. Pour des raisons fiscales et de responsabilité civile, la SPV est située entre le groupe immobilier et le bien-fonds.

⁷² En allemand « Objektgesellschaft »

En vertu de l'al. 1, les filiales doivent avoir un caractère de placement. Vu l'al. 2 en relation avec ce caractère, le but d'une filiale est donc d'être elle-même une entreprise dotée d'un petit capital et qui soit 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, cf. art. 33, al. 1). S'il s'agit d'un groupe de capital risque, on considère comme placement une société simple (appartenant uniquement ou en majorité au groupe), ou la majorité des droits d'une société de participation financière qui investit dans un capital risque concret. 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 en groupes immobiliers ne possèdent souvent qu'un seul objet immobilier. Mais pour des raisons d'optimisation fiscale, les groupes immobiliers étrangers préfèrent, selon les pays, posséder les SPV par l'entremise de sociétés holding auxquelles elles appartiennent. Bien que ces holding n'aient pas une fonction directe de placement, mais indirecte, elles servent 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 concrétise l'art. 32, al. 1, en ce qu'il dispose que le but des SPV en groupes de placements immobiliers ne peut être que l'acquisition, la vente, la location ou l'affermage de leurs propres biens-fonds.

L'al. 2 exige par conséquent 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 relation avec l'art. 50, al. 1, OPP 2 et garantir au mieux la disponibilité des liquidités, la mesure permettant surtout de 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 relation avec l'art. 50, al. 1, OPP 2.

Il convient ici de relever les éléments suivants. En soi, une filiale n'est pas conforme à l'art. 26, al. 1 en relation avec l'art. 53, al. 1, let. d, OPP 2 de sorte que l'art. 32, al. 2, constitue ainsi une *lex specialis* par rapport à l'art. 26, al. 1. Il serait également difficile, vu l'art. 56, al. 2, OPP 2, de considérer les filiales comme des placements collectifs autorisés (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. Quant à d'éventuelles filiales en participations majoritaires, si on devait les considérer comme une participation à un placement collectif, l'art. 32, al. 2, devrait aussi 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).

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

Lorsque la propriété unique n'est pas possible ou qu'elle entraîne d'importants désavantages économiques, des SPV qui ne sont pas en propriété unique sont possibles (cf. al. 3). L'art. 32, al. 1, en particulier, doit bien entendu être respecté. La part de telles SPV qui ne sont pas en propriété unique doit en principe ne pas excéder 50 %. On entend par « en principe » le fait qu'une part supérieure est également possible, avec l'accord de la surveillance, dans des cas qui peuvent être justifiés.

Les SPV sont fiscalement avantagées par la possibilité d'octroyer des prêts définie à l'al. 4. 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 relation avec l'art. 50, al. 1, OPP 2). La fondation devrait alors prendre les mesures permettant d'éviter tout surendettement des filiales.

L'al. 6 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 statuts 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, 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), 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. Sur le plan matériel, on relèvera le ch. 7, qui exige d'informer les investisseurs sur les principales affaires et décisions. En font partie les principaux contrats passés au niveau de la fondation et des filiales, y compris l'occupation de postes de direction importants, les décisions d'ordre stratégique ou les contrats et décisions ayant une importance économique particulière.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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). Les groupes ayant un seul investisseur sont dispensés de publier un prospectus (al. 5).

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).

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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 Dispositions générales

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 en 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

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

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

La disposition 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.

Cette disposition prescrit également la consolidation des participations au sens de l'art. 25 dans les comptes annuels (à la fortune de base). Vu leur influence déterminante sur la société et les filiales communes, cette disposition semble judicieuse. Une consolidation proportionnelle est envisageable dans ce cas.

Art. 40 Restitutions et indemnités de distribution et de prise en charge

Al. 1 et 2 : l'attestation relative aux indemnités liées aux activités de distribution et aux restitutions constitue un poste ad hoc. Lorsque l'attribution à un groupe de placements particulier n'est pas possible (ce qui ne devrait jamais être le cas pour les restitutions), une indication doit figurer dans l'annexe aux compte annuels.

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).

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 relation 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 : la fondation demande une fois par année à l'expert visé à l'art. 11 d'estimer la valeur marchande des biens-fonds. S'il n'y a pas de changement important manifeste, cette valeur peut être reprise pour les évaluations aux dates de référence déterminantes. L'art. 93, al. 2 et 4, OPCC s'applique par analogie. 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. Pour le reste, l'art. 92 OPCC s'applique par analogie pour l'évaluation des biens-fonds acquis ou cédés, et l'art. 94 OPCC pour l'évaluation des projets de construction.

Les valeurs patrimoniales de la fortune de base et des différents groupes de placements sont évaluées aux dates de clôture de l'exercice prescrites dans les statuts, aux jours d'émission ou de rachat, et aux dates de publication (al. 6).

Section 13 Dissolution

Art. 42 Dissolution de la fondation

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

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

approprié de répartir 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 Suppression de groupes de placements

En cas de suppression d'un groupe de placements, il faut veiller à ce que tous les investisseurs soient traités de la même manière et informés suffisamment tôt. La surveillance doit être informée de la dissolution en même temps que les investisseurs. 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. 44 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. 45 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
Direction du secrétariat	Direction technique, organisationnelle et financière du secrétariat
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
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)
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 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	<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

<p>supplétive et des fondations de placement</p>	<p>partielle</p> <ul style="list-style-type: none"> - 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
<p>Services centraux</p>	<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

6.2 Fonctions transversales

Tâches et activités
<p>Statistique Relevés statistiques sur mandat de la Commission de haute surveillance et de son secrétariat</p>
<p>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</p>
<p>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</p>
<p>Service linguistique Traductions</p>
<p>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</p>
<p>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</p>
<p>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</p>

791 Rapport de recherche: les frais de gestion de la fortune dans le 2^e pilier

L'étude, réalisée pour l'Office fédéral des assurances sociales, présente clairement les frais de gestion de la fortune dans le 2^e pilier.

L'étude montre que pour chaque tranche de cent francs de fortune du 2^e pilier, 56 centimes en moyenne sont dépensés pour la gestion de la fortune. Jusqu'à maintenant, la comptabilité des caisses de pension et, par conséquent, la statistique des caisses de pensions ne faisaient apparaître qu'à peine un quart de ces frais. Cette étude fournit aux caisses de pension des pistes concrètes pour améliorer le rapport entre frais et rendements dans l'intérêt des assurés.

Lien internet pour la communiqué de presse:

<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=39385>

Prise de position

792 Modification de l'art. 60b OPP 2 : précision du Bulletin n° 120 ch. 765 (personnes arrivant de l'étranger)

Suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 de la nouvelle teneur de l'art. 60b OPP 2 ([cf. BPP n° 120, ch. 765](#)), une question a plusieurs fois été soumise à l'OFAS. Afin de dissiper tout malentendu, nous clarifions donc le point suivant.

On nous demande si une personne qui souhaite racheter une lacune résiduelle, après qu'elle a fait transférer des droits ou des avoirs de prévoyance acquis à l'étranger en application de l'art. 60b, al. 2, OPP 2, doit respecter les limites posées par le 1^{er} alinéa de ce même article.

Nous rappelons tout d'abord que si les conditions du nouvel art. 60b, al. 2, OPP 2 sont respectées, une personne qui arrive de l'étranger peut faire transférer ses avoirs de prévoyance acquis à l'étranger sans avoir à respecter la limite de 20%.

Pour l'assuré qui dispose encore de possibilités de rachats après avoir procédé à ce transfert, les éventuels rachats « complémentaires » (privilégiés fiscalement quant à eux) seront soumis aux conditions/limitations de l'article 60b, al. 1, OPP 2.

Jurisprudence

793 Rente de survivant pour le/la concubin/e: conditions réglementaires à remplir avant le départ à la retraite

(Référence à un arrêt du TF du 28 février 2011, 9C_298/2010; publication ATF prévue; arrêt en français)

(Art. 20a LPP)

D. et S. font ménage commun depuis de nombreuses années et ont eu ensemble un enfant. D. a pris une retraite anticipée au 1^{er} janvier 2006, date à partir de laquelle il perçoit une rente de vieillesse de la part de l'Institution de prévoyance X. Par décision de son conseil de fondation du 19 novembre 2007, l'institution de prévoyance a modifié son règlement en introduisant un nouvel art. 3.10a, qui prévoit une rente de partenaire et qui fixe les conditions d'octroi de cette prestation. Utilisant le formulaire ad hoc établi par l'institution de prévoyance, D. a annoncé, le 19 décembre 2007, qu'il faisait ménage commun avec S.; il entendait ainsi permettre à celle-ci de toucher une rente de partenaire à son décès. Par courriel du lendemain, l'institution de prévoyance a informé D. que la rente de partenaire ne pouvait être demandée qu'avant la mise à la retraite, ce qui n'était plus possible en l'espèce dès lors que l'événement était survenu en 2006. D. et S. ont ouvert action devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud en demandant qu'il soit constaté que S. a droit à une

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

rente de partenaire au sens de l'art. 3.10a du règlement de l'institution de prévoyance dans sa teneur au 1^{er} janvier 2008 (ci-après : le règlement 2008) au décès de D. Le Tribunal cantonal a rejeté la demande.

Les recourants fondent leur droit sur l'art. 3.10a al. 1 du règlement 2008, qui a introduit, avec effet au 1^{er} janvier 2008, une rente de partenaire aux conditions suivantes :

« Une communauté de vie comparable à celle du mariage, également entre personnes de même sexe, est assimilée au mariage, pour ce qui est du droit aux prestations mentionnées au chiffre 3.10, dans la mesure où :

- a) les deux partenaires ne sont pas mariés et n'ont pas de lien de parenté ;
- b) il est possible d'apporter la preuve d'une communauté de vie avec ménage commun pendant au moins cinq années ininterrompues au moment du décès ou qu'il existe un ou plusieurs enfants à charge en commun et que la communauté de vie subsistait encore au moment du décès ;
- c) il existe un formulaire d'annonce écrit de l'institution de prévoyance que la personne assurée a soumis de son vivant à l'institution de prévoyance ;
- d) le droit est revendiqué auprès de l'institution de prévoyance trois mois au plus tard après le décès de la personne assurée ;
- e) les conditions des lettres a) à c) étaient remplies avant la retraite.»

Les recourants contestent en particulier qu'il puisse être fait application de l'al. 1bis de l'art. 3.10a du règlement, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009, dont la teneur est la suivante :

« Le droit à ces prestations n'existe que si la personne assurée remplit les conditions définies à l'alinéa 1. En cas de décès d'une personne retraitée, les conditions définies à l'alinéa 1 doivent cependant déjà être remplies au moment du départ à la retraite. En cas de départ à la retraite avant le 1^{er} janvier 2008, il n'existe aucun droit à ces prestations.»

Le TF rappelle tout d'abord que, selon les principes généraux, on applique, en cas de changement de règles de droit, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques. Ces principes valent également en cas de changement de dispositions réglementaires ou statutaires des institutions de prévoyance. S'agissant par exemple des prestations de survivants, on applique les règles en vigueur au moment du décès de l'assuré, c'est-à-dire la date à laquelle naît le droit aux prestations du bénéficiaire ([ATF 126 V 163](#) consid. 4b p. 166). En l'espèce, l'état de fait dont découle le droit à une rente de partenaire est le décès de l'assuré. Le fait qu'on soit en présence d'une procédure en constatation de droit ne change pas la solution du problème, mais il appartient à l'autorité de statuer sur la base du droit applicable au moment où elle rend sa décision de constat à défaut de réalisation de l'état de fait assuré. Il y a donc lieu d'admettre que c'est sur la base du règlement 2009 que l'affaire doit être tranchée.

Selon la jurisprudence, le règlement d'une institution de prévoyance, dont l'activité s'exerce dans le domaine de la prévoyance plus étendue, ne peut être modifié unilatéralement par l'institution que s'il réserve expressément cette possibilité dans une disposition acceptée par l'assuré - explicitement ou par actes concluants - lors de la conclusion du contrat de prévoyance ([ATF 130 V 18](#) consid. 3.3 p. 29 ; [127 V 252](#) consid. 3b p. 255 ; [117 V 221](#) consid. 4 p. 225). Une modification des statuts ou du règlement d'une institution de prévoyance est en principe admissible pour autant que la nouvelle réglementation soit conforme à la loi, ne s'avère pas arbitraire, ne conduise pas à une inégalité de traitement entre les assurés ou ne porte pas atteinte à leurs droits acquis ([ATF 121 V 97](#) consid. 1b p. 101; arrêt 9C_140/2009 du 2 novembre 2009 consid. 4.2, in SVR 2010 BVG n° 16 p. 64).

En l'espèce, l'art 9.1 du règlement, qui est resté inchangé, prévoit que le conseil de fondation est en tout temps habilité à modifier le présent règlement ainsi que ses annexes tout en préservant le but de la fondation et les droits des destinataires. Cette disposition réglementaire permet donc une modification du règlement pour autant que les exigences de la jurisprudence ([ATF 121 V 97](#) consid. 1b) soient respectées.

Les recourants estiment que la modification du règlement 2008 n'était pas possible car elle constituait une violation des droits des destinataires garantis par l'art. 9.1 du règlement, ces derniers étant plus larges que les droits acquis. Selon le TF, la législation en matière d'assurances sociales ne reconnaît qu'exceptionnellement l'existence de droits acquis. Selon la jurisprudence en effet, les prétentions pécuniaires ne deviennent des droits acquis que si la loi ou le règlement fixe une fois pour toutes les situations particulières et les soustrait aux effets des modifications légales ou réglementaires ou lorsqu'ont été données des assurances précises à l'occasion d'un engagement individuel. A cet égard, les prestations courantes sont plus facilement considérées comme droits acquis que les simples expectatives, qui ne sont que rarement protégées, précisément parce qu'il n'existe pas de titre juridique qui permette de s'opposer à leur modification en cas de changement des règles légales ([ATF 117 V 229](#) consid. 5b p. 235). En l'espèce, une rente de partenaire constitue pour S. une simple expectative, dont le principe et le contenu peuvent être modifiés unilatéralement par l'intimée. La manière de voir des recourants ne saurait être protégée. En effet, il y a tout d'abord lieu de constater qu'ils se limitent à alléguer, sans le rendre aucunement vraisemblable, que les « droits des destinataires » au sens de l'art. 9.1 du règlement sont plus étendus que les droits reconnus par la jurisprudence en cas de modification des dispositions réglementaires. De plus, il ressort du dossier que D. avait appris, en consultant le site intranet de son employeur Y. qu'une rente de partenaire serait introduite et que les détails du droit à la nouvelle rente seraient communiqués par la suite. Le 19 décembre 2007, il a annoncé l'existence de son concubinage en déclarant (chiffre 2 du formulaire) qu'il a pris connaissance du règlement actuel " (...) ainsi que (de) l'aperçu correspondante « rente pour le partenaire » et accepte les conditions qui y sont fixées ". Ce document, qui a été produit par les recourants, précise à propos des personnes légitimées à demander une rente pour le partenaire que « les collaboratrices et collaborateurs retraités n'ont pas cette possibilité sauf si les conditions d'obtention d'une rente pour le partenaire étaient déjà remplies pendant leur vie active et que leur partenariat avait été déclaré ». Dans ces circonstances, il n'est pas possible d'admettre que l'introduction d'une rente de partenaire était une « offre » qui était destinée à D. dans la mesure où il connaissait les documents mentionnant les conditions auxquelles les retraités pouvaient y avoir droit et qu'il savait qu'il ne les remplissait pas complètement. Les recourants ne peuvent dès lors pas s'opposer à la modification du règlement 2008 en invoquant les droits réservés par l'art. 9.1 du règlement.

Les recourants voient une inégalité de traitement, prohibée par l'art. 8 al. 2 Cst., entre les couples mariés ou les partenaires enregistrés et les concubins, par le fait que l'obligation d'annonce ne soit imposée qu'aux derniers. Selon le TF, le fait pour une institution de prévoyance de prévoir une obligation d'annonce pour l'obtention d'une rente de partenaire, dont la jurisprudence ([ATF 136 V 127](#)) a reconnu qu'il s'agissait d'une incombance conforme à l'art. 20a LPP, ne constitue pas une inégalité de traitement face aux conjoints survivants et aux partenaires enregistrés survivants. De plus, le rapport de prévoyance est fondamentalement modifié lorsque l'assuré est mis au bénéfice d'une rente de vieillesse. En effet, avant son départ à la retraite, l'assuré ne dispose que d'expectatives quant à sa future rente, lesquelles peuvent en principe être revues en tout temps, tandis qu'à sa mise à la retraite l'assuré acquiert le droit à une rente financée par le capital de prévoyance, dont le montant ne peut plus être modifié sous réserve des éventualités envisagées aux art. 36 al. 2 et 65d al. 3 let. b LPP ([ATF 135 V 382](#) consid. 6 p. 390 ss; [134 I 23](#) consid. 7 p. 35 ss). Selon le TF, il est ainsi conforme au système que de nouvelles rentes ne puissent naître postérieurement au départ de l'assuré à la retraite.

En définitive, le TF a jugé que l'institution de prévoyance pouvait modifier son règlement avec l'introduction d'un alinéa 1bis à l'art. 3.10a et que les recourants s'opposaient à tort à l'application de cette nouvelle disposition.

794 Demande de dommages-intérêts par une institution de prévoyance contre un office AI

(Référence à un arrêt du TF du 25 mars 2011, 9C_163/2010 ; [ATF 137 V 76](#); arrêt en français)

(Art. 23 let. a LPP, 49 et 78 LPGGA, 3 LRCF)

F. était assuré en prévoyance professionnelle auprès de la Fondation de prévoyance X. Souffrant des séquelles d'une chute intervenue en mars 1992, il s'est annoncé à l'Office cantonal genevois de l'assurance-invalidité en mars 1993. Le droit à une rente entière lui a été reconnu par l'AI à partir du 1^{er} mars 1993. A l'issue de la procédure de révision subséquente, l'office AI a informé l'assuré que, vu les informations médicales récoltées, il envisageait de supprimer sa rente (projet de décision du 21 août 1997). La CNA a rendu en janvier 1998 une décision par laquelle elle mettait l'assuré au bénéfice d'une rente sur la base d'une incapacité de travail de 25% dès le 1^{er} octobre 1997. L'intention de l'office AI de supprimer la rente n'a cependant pas été suivie d'effets avant le mois de décembre 2005. L'office AI a alors repris l'instruction du dossier et, se fondant essentiellement sur une évaluation par son service médical régional des documents recueillis, a supprimé les prestations versées (projet de décision du 8 mai 2007 entériné par la décision du 12 juin suivant).

La Fondation de prévoyance X. a demandé à l'office AI en décembre 2007 qu'il répare le dommage qu'elle aurait subi en versant des rentes d'invalidité de la prévoyance professionnelle entre octobre 1997 et juin 2007 pour un montant de 228'282 fr. Elle estimait que l'office AI avait fautivement omis de prendre une décision que lui imposait l'ordre juridique et qu'on ne pouvait lui reprocher d'avoir maintenu le versement des prestations complémentaires LPP dans la mesure où sa propre décision découlait de celle de l'AI. Le Tribunal cantonal genevois des assurances sociales a débouté la fondation.

La fondation ne conteste le jugement cantonal qu'en tant qu'il nie l'existence d'un comportement illicite et la transmission de renseignements incomplets engageant la responsabilité de l'office intimé. D'une part, elle soutient que l'omission sur une période de près de dix ans de rendre une décision supprimant une rente constitue une inexécution des devoirs prescrits par l'ancien art. 41 LAI et art. 17 LPGGA lourde de conséquences pour elle dans la mesure où elle est liée par la décision de l'administration selon l'art. 23 let. a LPP. D'autre part, elle prétend que, malgré ses nombreuses relances à l'égard de l'office intimé, celui-ci n'a pas satisfait à son obligation de modifier la rente versée, ni jugé utile de l'informer de l'existence de motifs justifiant cette modification alors que, contrairement à elle qui n'avait pas participé aux procédures d'instruction de la demande et de révision, il était en possession d'un dossier démontrant que l'assuré n'avait plus droit aux prestations.

Comme l'ont justement relevé les premiers juges, l'assureur social répond du dommage causé illicitement à un tiers. L'illicéité au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF) auquel renvoie l'art. 78 al. 4 LPGGA suppose la violation par l'Etat au travers de ses organes ou agents d'une norme protectrice des intérêts d'autrui en l'absence de motifs justificatifs (consentement, intérêt public prépondérant, etc.). Une omission peut constituer un acte illicite uniquement s'il existe une disposition la sanctionnant ou imposant de prendre la mesure omise. Ce chef de responsabilité suppose que l'Etat se trouve dans une position de garant à l'égard du lésé et que les prescriptions déterminant la nature et l'étendue de ce devoir aient été violées (cf. [ATF 133 V 14](#) consid. 8.1 p. 19 et les références).

Contrairement à ce que soutient la fondation recourante, le fait pour les premiers juges d'avoir nié l'illicéité du comportement de l'office AI, qui avait omis durant presque dix ans de rendre une décision de suppression de rente, ne viole pas le droit fédéral. Si l'art. 49 al. 1 LPGGA impose effectivement à l'assureur de rendre des décisions, notamment en cas de révision selon l'art. 17 LPGGA (et l'ancien art. 41 LAI), ces dispositions légales ne créent pas une position de garant de l'office AI vis-à-vis de l'institution de prévoyance. Le Message du 24 octobre 1958 concernant un projet de loi sur

l'assurance-invalidité (FF 1958 II 1161), dans sa partie relative à la révision des rentes (FF 1958 II 1230), précise explicitement que le but de la réglementation envisagée était de tenir compte des modifications du taux d'invalidité favorables aussi bien à l'assureur qu'à l'assuré. Ce but demeure inchangé sous l'empire de la LPGA dès lors que son article 17 reprend seulement le principe de l'ancien art. 41 LAI et le généralise à l'ensemble des assurances sociales (cf. rapport du 26 mars 1999 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national ad art. 23 P-LPGA, correspondant à l'art. 17 LPGA dans la version définitive de la loi, FF 1999 V 4203 s.). Aucune allusion n'est par ailleurs faite à un objectif connexe visant la protection des intérêts patrimoniaux des institutions de prévoyance. Que l'art. 23 let. a LPP lie la décision de la fondation recourante à celle de l'office intimé, dans le sens où la désignation des bénéficiaires des rentes de la prévoyance professionnelle repose sur les principes développés en matière d'assurance-invalidité, ne change rien à ce qui précède. La norme citée ne peut effectivement pas être interprétée comme une obligation faite aux institutions de prévoyance de suivre aveuglément les décisions rendues par les organes de l'AI. En qualité de protagonistes expérimentées autorisées à agir dans le domaine de la prévoyance professionnelle, lesdites institutions doivent au contraire exercer un contrôle sur leurs dossiers et, même si elles reprennent explicitement ou par renvoi la définition de l'invalidité de l'AI, elles ne sont pas liées par l'évaluation de l'invalidité faite par les organes de l'AI lorsque cette évaluation apparaît manifestement insoutenable (cf. [ATF 126 V 308](#) consid. 1 p. 311 et les références). Ainsi, la communication de la décision rendue par la CNA au début de l'année 1998 aurait dû conduire la fondation recourante à se poser des questions sur les raisons qui avaient amené deux assureurs sociaux à retenir des taux d'incapacité de gain différents et à réagir efficacement auprès de l'office intimé. L'institution de prévoyance prétend l'avoir fait mais n'a pas déposé les pièces qui le prouvent. On relèvera à cet égard que, contrairement à ce que soutient la fondation recourante, le fait de s'être adressée plusieurs fois à l'office AI pour savoir s'il continuait à verser des prestations sans attirer clairement son attention sur l'existence d'une éventuelle erreur ou omission ne suffit pas dès lors que, même si elle n'avait pas été invitée à participer aux différentes procédures AI, elle pouvait aisément se rendre compte que seules les suites de l'accident de 1992 avaient été prises en considération tant par l'office intimé que par la CNA. Le comportement de la fondation recourante n'est donc pas exempt de tout reproche et constituerait de toute façon une faute concomitante interrompant le lien de causalité entre l'omission et le préjudice (cf. [ATF 133 V 14](#) consid. 10 p. 23 s.).

Selon le TF, le second grief soulevé par la recourante relatif à la transmission par l'office AI d'informations soi-disant imparfaites ou incomplètes engageant sa responsabilité du point de vue de la violation du principe de la bonne foi n'est pas fondé lui non plus. Le seul fait de répondre par l'affirmative à la question précise de savoir si la rente continuait d'être versée ne saurait logiquement être qualifié de renseignement erroné quel que soit le contenu du dossier médical de l'office intimé. Il appartenait à la fondation recourante de se montrer plus attentive dans la gestion de ses propres dossiers et de réagir plus efficacement du moment qu'elle possédait des éléments lui permettant de soupçonner une erreur.

En définitive, le TF a rejeté le recours de la fondation de prévoyance.

795 Assurance prolongée et début de l'assurance obligatoire pour les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage ; institution de prévoyance compétente

(Référence à un arrêt du TF du 21 mars 2011, 9C_793/2011 ; arrêt en allemand)

(Art. 10, al. 1 et 3, 1^{re} phrase, art. 23, let. a, LPP et art. 21, 2^e phrase, LACI)

B. a travaillé jusqu'au 31 décembre 2005 pour la société X. et, en raison de ces rapports de travail, était assuré auprès de l'institution de prévoyance 1 du groupe d'assurances X. En janvier 2006, il a touché des indemnités journalières de l'assurance-chômage. L'office AI lui a ensuite alloué une rente complète de l'AI dès le 1^{er} janvier 2007 après avoir fixé le point de départ du délai d'attente d'un an au

1^{er} janvier 2006. Alors que l'institution supplétive a mis B. dès le 1^{er} janvier 2007 au bénéfice d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire pour les personnes au chômage, l'institution de prévoyance 1 a nié de son côté toute obligation de lui verser des prestations d'invalidité relevant du droit de la prévoyance. La demande de B. contre l'institution de prévoyance 1 a été rejetée par le tribunal cantonal des assurances sociales, sur quoi B. a recouru au TF contre ce jugement. Le TF retient tout d'abord que c'est à juste titre que l'instance précédente a admis l'effet obligatoire de la décision de l'AI en ce qui concerne la prétention du droit de la prévoyance professionnelle. Reste ainsi à savoir auprès de qui B. était assuré le 1^{er} janvier 2006 (début de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité ; art. 23, let. a, LPP). Le TF expose que, pour les risque décès ou invalidité, l'art. 10, al. 1, LPP fait commencer l'assurance obligatoire, pour les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage, « le jour où ils perçoivent pour la première fois une indemnité de chômage ». Le législateur avait donc à l'esprit le jour concret donnant droit à une indemnité. Or, B. a pu toucher pour la première fois une indemnité de chômage le lundi 2 janvier 2006 (en vertu de l'art. 21, 2^e phrase, LACI), ce qui ressort également du dossier. Comme le premier jour de l'année 2006 tombait sur un dimanche ne donnant pas droit à une indemnité dans le cadre de l'assurance-chômage, les rapports d'assurance nouveaux avec l'institution supplétive n'ont été créés que le lendemain. Compte tenu de la prolongation de la couverture d'assurance selon l'art. 10, al. 3, 1^{re} phrase, LPP, B. était encore assuré auprès de l'institution de prévoyance 1 lorsque l'incapacité de travail entraînant ensuite son invalidité est survenue.

Le TF admet le recours et renvoie la cause à l'instance précédente pour nouveau jugement.

796 Versement en espèces de la prestation de sortie en cas d'activité indépendante à l'étranger ?

(Référence à un arrêt du TF du 18 avril 2011, 9C_318/2010 ; publication ATF prévue; arrêt en italien)

(Art. 5 al. 1, let. a et b, et 25f LFLP)

L'assuré D., frontalier italien, a demandé, lors de son départ définitif de Suisse, le versement en espèces de la prestation de sortie. Or, conformément aux dispositions d'application de l'accord entre la Suisse et l'Union européenne (UE) sur la libre circulation des personnes, seule la partie surobligatoire lui a été versée ; la partie obligatoire n'étant pas remboursable. D. a fait valoir qu'il était devenu indépendant et que, à l'instar des indépendants en Suisse, il exigeait le versement de la part obligatoire de la prévoyance.

La caisse et le tribunal cantonal ont rejeté cette demande au motif que la preuve du non-assujettissement à l'assurance obligatoire en Italie n'a pas été fournie. D. recourt au TF et demande le versement la prestation de sortie à un indépendant, sur la base de l'art. 5 al. 1, let. b LFLP. Le TF rejette le recours, mais se fondant sur l'art. 5 al. 1, let. a LFLP, soit sur une autre argumentation que celle de l'OFAS et de la doctrine.

Le TF rappelle tout d'abord que l'interdiction du remboursement équivaut à la fois à protéger l'assuré contre lui-même et l'Etat contre l'éventuelle couverture de futurs besoins d'assistance. Le TF rappelle aussi que le droit communautaire interdit le remboursement de cotisations et que le versement en espèces peut être assimilé à un remboursement.

En l'Etat, lorsqu'une personne quitte la Suisse pour se mettre à son compte à l'étranger, dans un Etat UE ou AELE, le remboursement de la PLP n'est possible que pour autant que cette personne n'est pas assurée à titre obligatoire à la législation de l'Etat en question ; la preuve du non-assujettissement lui incombant. Cette condition est plus restrictive que pour un indépendant en Suisse et, dès lors, l'assuré se plaint de violation de l'égalité de traitement.

Le TF décortique la disposition de l'art. 5 al. 1, LFLP et parvient à la conclusion que, contrairement à l'avis des parties et de l'administration, la lettre b ne concerne pas un assuré qui commence une

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123

activité lucrative indépendante à l'étranger, mais en Suisse. Si l'assuré entreprend une activité lucrative indépendante depuis l'étranger, seule lui est applicable la lettre a de l'art. 5 al. 1 (cons. 6.2.3). Cette solution correspond à la ratio legis résultant de l'adaptation de l'art. 5 LFLP au droit communautaire.

Sur cette base, le TF estime que D. ne peut se prévaloir d'une inégalité de traitement entre les personnes qui deviennent indépendantes à l'étranger par rapport à celles qui le deviendraient en Suisse. Cette règle est, d'autre part, applicable indépendamment de la nationalité de la personne. L'art. 25f LFLP résulte de la conformation du droit suisse au droit communautaire.

S'agissant des conditions à remplir au sens de l'art. 25f LFLP (restrictions au paiement en espèces), l'assujettissement à un régime obligatoire vise un système soumis au R 1408/71, peu importe qu'il soit comparable à celui du droit suisse ou pas (cons. 7.1) et doit se comprendre au sens de la législation de l'Etat en question. Vu le caractère exceptionnel du paiement en espèces, il est normal que la preuve du non-assujettissement doive être fournie par le demandeur lui-même (cons. 7.2). Des formules ad hoc existent en vertu d'accords entre le fonds de garantie et les organismes de liaison des Etats européens et il peut être fait usage de tels documents à l'appui des demandes.