

Directives de la CHS PP sur les exigences à remplir par les fondations de placement

Fin août 2016, la haute surveillance de la prévoyance professionnelle CHS PP a publié les nouvelles directives n° 01/2016 «Exigences à remplir par les fondations de placement» (ci-après «directives»), et les a mises en vigueur au 1er septembre 2016. Ces directives concrétisent les prescriptions des art. 53g ss. de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP) et de l'ordonnance sur les fondations de placement des 10 et 22 juin 2011 (OPF). Elles contiennent notamment des dispositions concernant l'organisation, les contrats d'externalisation, les processus, la gestion des risques, le système de contrôle interne (SCI), les exigences à remplir par les personnes responsables, les prescriptions comptables ainsi que la procédure de constitution de fondations de placement.

I. Exigences organisationnelles

En ce qui a trait à l'organisation, les nouvelles directives exigent, en complément aux réglementations de l'art. 53h LPP et de l'OPF, l'élaboration d'un organigramme et d'une réglementation des compétences pour les postes essentiels à l'exercice de l'activité et des suppléances (ch. 2.1). L'exigence d'une infrastructure informatique suffisante est particulièrement mise en évidence (ch. 2.2).

En ce qui a trait aux contrats conclus par la fondation de placement, les bases réglementaires doivent prévoir expressément que les contrats de gestion de fortune et d'administration peuvent être résiliés au plus tard cinq ans après avoir été conclus sans préjudice pour la fondation de placement (art. 48h, al. 2 OPP 2) (ch. 2.3). Nous estimons qu'une réglementation correspondante au niveau du règlement d'organisation est suffisante. Compte tenu de l'art. 404 CO, selon lequel un mandat peut être répudié en tout temps, cette exigence revêt une importance limitée pour les contrats de droit suisse. En outre, le contenu minimum exigé désormais pour les contrats de gestion de fortune (étendue des pouvoirs du gestionnaire de fortune, objectifs et restrictions de placement, monnaie de référence, méthode et périodicité de la reddition de comptes aux clients, rémunération du gestionnaire de fortune, possible délégation de tâches à des tiers) constitue aujourd'hui déjà un standard, et ne devrait

pas impliquer une nécessité d'agir considérable. En relation avec la délégation de tâches, les nouvelles directives prévoient expressément que les attributions y relatives du conseil de fondation, notamment en ce qui concerne le choix, l'instruction et la surveillance des mandataires, doivent être consignées par écrit (ch. 2.7.5).

Pour le surplus, il est désormais stipulé expressément que les processus essentiels d'une fondation de placement doivent être conçus de manière appropriée et documentés au niveau interne (ch. 2.4).

II. Fonctions de contrôle essentielles

Les fonctions de contrôle essentielles constituant le fondement d'une surveillance moderne (SCI, gestion du risque et compliance) sont peu développées dans les bases juridiques de la fondation de placement (voir à ce sujet Armin Kühne, *Recht der kollektiven Kapitalanlagen in der Praxis, Unter Berücksichtigung von Anlagestiftungen und strukturierten Produkten*, 2e édition, Zurich 2015, n° 1368 ss.). L'art. 7, al. 3 OPF prévoit uniquement que 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». En outre, l'art. 10 OPF, qui régit les tâches de l'organe de révision, renvoie à l'art. 52c LPP et ainsi indirectement aussi à l'art. 35, al. 1 OPP 2, en vertu duquel l'organe de révision «atteste l'existence d'un contrôle interne adapté à la taille et à la complexité». Ces dispositions ne contiennent toutefois aucune obligation pour les institutions de prévoyance ou les fondations de placement d'introduire un SCI formel. A présent, les nouvelles directives exigent expressément l'existence d'un système de contrôle interne formalisé et approprié au regard de la taille et de la complexité (ch. 2.6). Cette concrétisation par la CHS PP du «contrôle suffisant» exigé en vertu de l'art. 7, al. 3 OPF nous semble appropriée dans le contexte de l'évolution du droit moderne de la surveillance. Quoi qu'il en soit, dans la pratique, même les fondations de placement de petite taille ne pourront guère plus, en règle générale, renoncer à un SCI formel adapté à l'organisation concrète de la fondation de placement afin d'assurer les intérêts des institutions de prévoyance investies. En revanche, les directives n'exi-

gent pas que les fondations de placement mettent en œuvre et observent la norme d'audit NAS 890 concernant l'existence du SCI d'EXPERTSuisse.

De plus, les nouvelles directives exigent une politique de risque formalisée et appropriée fixant les principes d'approche des risques, ainsi qu'une gestion des risques fournissant les informations nécessaires pour la surveillance des risques, créant ainsi la base requise pour la couverture des risques. Dans ce contexte, il paraît important que la gestion du risque soit appropriée au regard de l'activité commerciale concrète. Cela laisse une marge de manœuvre suffisante pour, d'une part, identifier, contrôler et couvrir les risques nécessaires, et d'autre part empêcher que la fondation de placement doive créer une administration inappropriée et engendrant des coûts trop élevés. En conséquence, la fondation de placement examinera consciencieusement les risques et chances possibles. A notre avis, une gestion des risques appropriée et formalisée est indispensable dans le droit de la surveillance moderne.

III. Intégrité et loyauté

En matière d'intégrité et de loyauté des responsables, les fondations de placement sont assujetties en principe aux mêmes dispositions que les institutions de prévoyance et les autres institutions auxiliaires de la prévoyance professionnelle (art. 7, al. 1 OPF en relation avec l'art. 51b LPP les art. 48f – 48l OPP 2). Le cercle des responsables est défini à l'art. 7 OPF comme «personnes chargées de la gestion et de l'administration de la fondation de placement». Ce cercle est concrétisé dans les nouvelles directives et comprend, outre les membres du conseil de fondation et de la direction, les membres d'une éventuelle commission de placement, les personnes actives dans la gestion de fortune et dotées de compétences décisionnelles (prise de décisions de placement) ainsi que les personnes physiques responsables d'une personne morale ou d'une société de personnes qui sont chargées de la gestion de la fondation de placement ou de la gestion de sa fortune (ch. 2.7.1). Ainsi, les mandataires externes peuvent aussi se qualifier comme responsables, notamment les personnes chargées de la gestion de fortune ou de tâches de direction. Il est recommandé de déclai-

rer partie intégrante de la convention de délégation la directive interne correspondante de la fondation de placement pour l'assurance de l'intégrité et de la loyauté des responsables dans le cadre de l'octroi de mandats au mandataire. En ce qui a trait à l'évitement de conflits d'intérêts, les nouvelles directives prévoient expressément qu'une directive interne doit être édictée, régissant le repérage, l'évitement et l'élimination des conflits d'intérêts (ch. 2.7.6). S'il n'est pas possible d'éviter les conflits d'intérêts, ils doivent être publiés dans l'annexe aux comptes annuels, et des mesures efficaces doivent être prises afin d'éviter un préjudice aux intérêts des investisseurs.

IV. Exigences à l'égard des responsables

Les responsables d'une fondation de placement doivent disposer des qualifications professionnelles requises en matière de formation et d'expérience pour l'exercice de leur activité et nécessaires pour s'acquitter de leurs tâches (ch. 2.7.2). Les personnes responsables de la gestion de fortune doivent en outre disposer d'une expérience pratique de cinq ans au moins dans la gestion de patrimoines de tiers. A cet égard, une expérience professionnelle dans la gestion de fortune devrait prendre le pas sur l'activité en faveur de tiers.

La satisfaction des exigences relatives à la garantie d'une activité irréprochable par les responsables, y compris les exigences professionnelles, doit être prouvée comme condition d'autorisation dans le cadre de la procédure d'autorisation pour la constitution de la fondation de placement (art. 12, al. 3 et 21 OPP 1). En cas de mutations, il existe d'ailleurs uniquement une obligation d'annoncer, mais pas d'autoriser (art. 7, al. 1 OFP en relation avec l'art. 48g, al. 2 OPP 2). Avec l'annonce, toutes les informations demandées conformément au formulaire officiel doivent être fournies, et les documents exigés remis. Si, lorsque la gestion de fortune est confiée à une personne morale ou une société de personnes, il est procédé uniquement à un changement de personnes physiques responsables au sein de la société, l'annonce n'est pas requise (ch. 5.4 du commentaire des directives).

Si des indices sérieux donnent à penser que les personnes responsables ne satisfont plus aux conditions (par ex. ouverture d'une procédure pénale), il y a lieu d'en aviser immédiatement la CHS PP. Cette dernière peut également vérifier en tout temps, de sa propre initiative, si les exigences à remplir par les responsables sont remplies,

et prendre des mesures appropriées contre les responsables qui ne remplissent pas les exigences, par exemple suspendre temporairement la personne responsable de sa fonction, ou la destituer (ch. 2.7.3).

En ce qui concerne le conseil de fondation, il est expressément stipulé que les exigences à remplir par chacun des membres du conseil de fondation et par celui-ci dans son ensemble sont consignées par écrit (ch. 2.7.4). Lors de l'élection d'un nouveau membre, il y a lieu d'examiner si les exigences définies au niveau interne sont remplies dans le cas concret.

V. Constitution de fondations de placement

En ce qui concerne la constitution de fondations de placement, la CHS PP a publié un formulaire de demande officiel mentionnant les informations et documents nécessaires. Ces formulaires se sont avérés être, dans le cadre de demandes d'autorisation d'établissements financiers à la FINMA, un instrument utile pour rendre les procédures de demande plus efficaces et rapides.

Comme pour les procédures d'autorisation d'établissements financiers auprès de la FINMA, la CHS PP exige également un rapport d'audit exécuté par une entreprise de révision soumise à la surveillance de l'Etat (ch. 3.2). A la différence des établissements financiers surveillés par la FINMA (cf. art. 28a, al. 1 LFINMA), l'auditeur d'autorisation auprès de la fondation de placement ne doit pas être indépendant de l'organe de révision futur compétent pour l'audit en cours. De plus, dans une première phase, la CHS PP vérifie elle-même la demande d'autorisation, et ne donne son consentement à l'engagement d'une entreprise de révision pour l'établissement d'un rapport d'audit que dans une deuxième phase, après d'éventuels ajustements des documents.

Lorsque la CHS PP a donné son consentement à la constitution, celle-ci a lieu selon les dispositions relatives au droit des fondations des art. 80 ss. CC. Après la constitution de la fondation de placement et la remise des documents nécessaires, la CHS PP rend la décision de prise en charge de la surveillance.

VI. Dispositions transitoires

Les fondations de placement existantes disposent d'un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur des nouvelles directives, soit jusqu'au 1er septembre 2018, pour procéder aux adaptations nécessaires

à celles-ci (ch. 4).

VII. Conclusion

Les nouvelles directives de la CHS PP contiennent à notre avis des réglementations appropriées pour la concrétisation des prescriptions légales destinées aux fondations de placement. Elles exigent notamment, dans divers domaines, la promulgation de prescriptions internes et l'élaboration de documentations écrites. Elles laissent toutefois aux différentes fondations de placement suffisamment de marge de manœuvre pour des solutions individuelles, adaptées à l'organisation spécifique et aux activités concrètes. A cet égard, il reste à espérer que dans le cadre de l'interprétation des exigences, les organes de révision eux aussi tiennent suffisamment compte de la structure individuelle, des activités concrètes et des besoins de chaque fondation de placement.

Dans le cadre de sa surveillance, la CHS PP peut vérifier la mise en œuvre et le respect des nouvelles directives sur les exigences à remplir par les fondations de placement, et/ou requérir un rapport d'audit correspondant d'une entreprise de révision surveillée (ch. 2.9).

Il y a vraisemblablement nécessité d'agir chez certaines fondations de placement, notamment concernant la mise en œuvre d'un SCI formalisé et d'une gestion de risque, la documentation des processus et la définition des exigences à remplir par le conseil de fondation. Par ailleurs, les fondations de placement qui n'ont pas encore promulgué de directive interne pour la garantie de l'intégrité et de la loyauté des responsables doivent rattraper ceci avant l'expiration du délai de transition en vertu de la directive interne requise visant à éviter les conflits d'intérêts.

Zurich, octobre 2016

Dr. Armin Kühne, avocat
armin.kuehne@kellerhals-carrard.ch

Dr. Dominik Oberholzer, avocat
dominik.oberholzer@kellerhals-carrard.ch

Werner A. Schubiger, avocat
werner.schubiger@kellerhals-carrard.ch

Benjamin Marti, avocat
benjamin.marti@kellerhals-carrard.ch

Le contenu de cette Newsletter ne constitue pas un conseil de nature juridique ou fiscal, et ne saurait être utilisé sans avis personnalisé. Pour toute question spécifique, nous vous remercions de vous adresser directement à votre personne de confiance auprès de l'étude Kellerhals Carrard ou aux auteurs de cette Newsletter.

Cette Newsletter est disponible en français, anglais et allemand sur notre site internet www.kellerhals-carrard.ch.

Bâle
Hirschgässlein 11
Case postale 257
CH-4010 Bâle
Tél. +41 58 200 30 00
Fax +41 58 200 30 11

Berne
Effingerstrasse 1
Case postale
CH-3001 Berne
Tél. +41 58 200 35 00
Fax +41 58 200 35 11

Lausanne
Place Saint-François 1
Case postale 7191
CH-1002 Lausanne
Tél. +41 58 200 33 00
Fax +41 58 200 33 11

Sion
Rue du Scex 4
Case postale 317
CH-1951 Sion
Tél. + 41 58 200 34 00
Fax + 41 58 200 34 11

Zurich
Rämistrasse 5
Case postale
CH-8024 Zurich
Tél. +41 58 200 39 00
Fax +41 58 200 39 11