Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge
OAK BV

Directives de la CHS PP	**D – xx/202x**	français
Exigences minimales applicables aux actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches		

Première entrée en vigueur : jour / mois / année

Projet

Table des matières

1 But 4
2 Champ d'application 4
3 Responsabilité principale attribuée à l'organe suprême de l'institution de prévoyance 4
4 Notions 4
5 Actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches 5
5.1 Actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP 5
5.2 Actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes physiques ou morales proches des personnes mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP 5
6 Définition de la qualité de personne proche 6
6.1 Personnes physiques proches 6
6.2 Personnes morales proches 6
6.2.1 Proximité d'une personne morale en raison de liens économiques avec des personnes pouvant influencer les décisions de l'institution de prévoyance 6
6.2.2 Proximité d'une personne morale appartenant au même groupe 7
6.2.3 Proximité d'une personne morale en raison du double rôle de personnes pouvant influencer les décisions de l'institution de prévoyance 7
6.3 Obligation pour l'institution de prévoyance de clarifier le rapport de proximité avec la partie contractante 7
7 Conformité au marché pour les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches 7
8 Annonce à l'organe de révision 7
9 Exigences minimales supplémentaires applicables aux actes juridiques importants passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches 8
9.1 Définition du terme « important » au sens de l'art. 48*i*, al. 1, OPP 2 8
9.1.1 Généralités 8
9.1.2 Restriction réglementaire possible de l'institution de prévoyance 8
9.2 Exigences minimales supplémentaires en matière de conformité au marché 8
9.3 Exigences minimales concernant la documentation écrite du processus de décision par l'institution de prévoyance 8
9.4 Exigences minimales supplémentaires concernant l'annonce à l'organe de révision 9
10 Entrée en vigueur et dispositions transitoires 9
11 Commentaire 11
11.1 Généralités 11
11.2 Chiffre 1 (But) 11
11.3 Chiffre 2 (Champ d'application) 11
11.4 Chiffre 3 (Responsabilité principale attribuée à l'organe suprême) 11
11.5 Chiffre 4 (Notions) 11
11.6 Chiffre 5 (Actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches) 12

Projet

11.7 Chiffre 6 (Définition de la qualité de personne proche) 12
11.7.1 Chiffre 6.1 (Personnes physiques proches) 13
11.7.2 Chiffre 6.2 (Personnes morales proches) 13
11.7.3 Chiffre 6.3 (Obligation pour l'institution de prévoyance de clarifier le rapport de proximité avec la partie contractante) 15
11.8 Chiffre 8 (Annonce à l'organe de révision) 15
11.9 Chiffre 9.1 (Définition du terme « important » au sens de l'art. 48*i*, al. 1, OPP 2) 15
11.10 Chiffre 9.2 (Exigences minimales supplémentaires en matière de conformité au marché) 16
11.11 Chiffre 9.3 (Exigences minimales concernant la documentation écrite du processus de décision par l'institution de prévoyance) 16
11.12 Chiffre 9.4 (Exigences minimales supplémentaires concernant l'annonce à l'organe de révision) 16
11.13 Chiffre 10 (Entrée en vigueur et dispositions transitoires) 16

Projet

La Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS PP),
vu l'art. 64*a*, al. 1, et les art. 51*a*, 51*b*, al. 2, 51*c* et 52*c* de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP ; RS *831.40*) ainsi que l'art. 48*i* de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2 ; RS *831.441.1*),
édicte les directives suivantes :

1 But

Les présentes directives précisent les prescriptions légales citées en préambule par des exigences minimales en matière de conformité au marché et de transparence pour les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches. Elles visent ainsi, notamment, à réduire au minimum le risque que des conflits d'intérêts aboutissent à l'obtention d'avantages non conformes au marché, au détriment de l'institution de prévoyance et de ses assurés. Ces directives concrétisent en particulier l'art. 51*c*, al. 1 et 2, LPP et l'art. 48*i* OPP 2. Elles constituent la base pour une application uniforme du droit fédéral et, par voie de conséquence, pour la surveillance uniforme dans ce domaine par les autorités de surveillance.

2 Champ d'application

Les directives s'appliquent à toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP ; RS *831.42*). Elles sont applicables à tous les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches visés par les présentes directives ; des exigences minimales supplémentaires sont applicables aux actes juridiques importants passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches (voir ch. 9).

3 Responsabilité principale attribuée à l'organe suprême de l'institution de prévoyance

Le fait que l'acte juridique passé avec des personnes proches ait été conclu par l'institution de prévoyance elle-même sur la base d'une décision interne ou par un service externe représentant l'institution de prévoyance par procuration avec effet pour l'institution de prévoyance est sans incidence sur l'applicabilité des présentes directives.

Même en cas d'acte juridique passé avec des personnes proches par un service externe représentant l'institution de prévoyance avec effet pour l'institution de prévoyance (par ex. par un service mandaté par l'institution de prévoyance pour assurer sa gestion ou administrer sa fortune), c'est à l'organe suprême de l'institution de prévoyance qu'il incombe de garantir le respect des présentes directives (art. 51*a* LPP).

4 Notions

Les présentes directives emploient les définitions suivantes :

- *Gestion* : par « gestion » au sens de l'art. 51*c*, al. 2, LPP, on entend la gestion opérationnelle de l'institution de prévoyance. Celle-ci englobe notamment la comptabilité, la gestion actuarielle et la gestion administrative.

- *Administration de la fortune* : par « administration de la fortune » au sens de l'art. 51*c*, al. 2, LPP, on entend l'administration de la fortune de l'institution de prévoyance au sens de l'art. 49 OPP 2. Celle-ci comprend notamment le placement d'éléments de la fortune de l'institution de prévoyance. N'entrent pas dans l'administration de la fortune l'entretien et l'exploitation de biens immobiliers (art. 48*f*, al. 2, dernière phrase, OPP 2).

Projet

- *Ayants droit économiques* : les ayants droit économiques d'une personne morale au sens de l'art. 48*i*, al. 2, OPP 2 sont ceux qui détiennent, directement ou indirectement, au moins 5 % du capital et/ou au moins 5 % des droits de vote de cette personne morale.

5 Actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches

L'art. 51*c*, al. 2, LPP distingue deux types d'actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches :

- les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, première partie de la phrase, LPP (ci-après ch. 5.1). La loi considère ces personnes comme proches de l'institution de prévoyance ;

  et

- les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes physiques ou morales proches des personnes mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP (art. 51*c*, al. 2, deuxième partie de la phrase, LPP, ci-après ch. 5.2 en relation avec la définition des personnes proches au ch. 6).

5.1 Actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP

La loi considère les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP (membres de l'organe suprême, employeurs affiliés et personnes chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'en administrer la fortune) comme des actes passés avec des personnes proches. Il s'agit des actes suivants (liste exhaustive) :

- les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des membres de l'organe suprême (art. 51*c*, al. 2, LPP) ;
- les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec un ou plusieurs employeurs affiliés (art. 51*c*, al. 2, LPP) ;
- les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes physiques ou morales en vue de déléguer tout ou partie de sa gestion à des externes (art. 51*c*, al. 2, LPP) ;
- les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes physiques ou morales en vue de déléguer tout ou partie de l'administration de sa fortune à des externes (art. 51*c*, al. 2, LPP) ;
- les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes physiques ou morales chargées de la gérer à l'interne ou à l'externe (art. 51*c*, al. 2, LPP) ;
- les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes physiques ou morales chargées d'en administrer la fortune à l'interne ou à l'externe (art. 51*c*, al. 2, LPP).

5.2 Actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes physiques ou morales proches des personnes mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP

Il s'agit des actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes physiques ou morales qui sont proches, au sens du ch. 6 ci-dessous (art. 51*c*, al. 2, LPP et 48*i* OPP 2), des personnes mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP (membres de l'organe suprême, employeurs affiliés, personnes chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'en administrer la fortune).

Cela inclut, par exemple, les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec une compagnie d'assurance proche au sens du ch. 6.2 des directives (personne morale proche visée

Projet

à l'art. 51*c*, al. 2, LPP) concernant sa réassurance complète ou partielle pour les risques vieillesse, décès ou invalidité. Sont également concernés, par exemple, les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec un courtier proche au sens du ch. 6 concernant la conclusion de nouvelles affiliations ou avec une société fondatrice proche au sens du ch. 6.

Dans le cas d'une personne physique, les configurations de personnes mentionnées à l'art. 48*i*, al. 2, OPP 2 sont déterminantes pour l'existence d'une relation de proximité (ch. 6.1). Dans le cas d'une personne morale, une relation de proximité peut résulter directement d'une qualité d'ayant droit économique (ch. 6.2.1), indirectement d'une telle qualité (ch. 6.2.2) ou du double rôle de personnes pouvant influencer les décisions de l'institution de prévoyance (ch. 6.2.3) (concrétisation des art. 51*c*, al. 2, LPP et 48*i*, al. 2, OPP 2).

6 Définition de la qualité de personne proche

Doivent être considérées comme personnes proches au sens des art. 51*c*, al. 2, LPP et 48*i* OPP 2, à tout le moins, les personnes physiques ou morales définies ci-après.

6.1 Personnes physiques proches

Sont réputées personnes physiques proches, à tout le moins, le conjoint ou la conjointe, le partenaire enregistré ou la partenaire enregistrée, le ou la partenaire, ainsi que les parents jusqu'au deuxième degré (art. 48*i*, al. 2, première partie de la phrase, OPP 2). Pour cette évaluation, les configurations de personnes suivantes sont déterminantes du côté de l'institution de prévoyance comme du côté de la partie contractante.

Du côté de l'institution de prévoyance, il faut tenir compte au moins de la relation avec les membres de l'organe suprême et avec l'ensemble des personnes chargées de la gestion ou de l'administration de la fortune à l'interne. En cas d'acte juridique passé par des services externes représentant l'institution de prévoyance avec effet pour cette institution et chargés en partie ou en totalité de sa gestion ou de l'administration de sa fortune, il faut également tenir compte des personnes chargées de cette tâche.

Du côté de la partie contractante, il faut tenir compte au moins de la relation avec les organes suprêmes de direction (dans une société anonyme, il s'agit des membres de la direction et du conseil d'administration).

6.2 Personnes morales proches

Sont réputées personnes morales proches de l'institution de prévoyance les personnes morales proches des personnes mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP (membres de l'organe suprême, employeurs affiliés et personnes chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'en administrer la fortune). Conformément à l'art. 48*i*, al. 2, OPP 2, cela inclut en particulier les ayants droit économiques. Sur la base de ces définitions non exhaustives, le critère de proximité est considéré comme rempli pour les personnes morales, en fonction de leur influence, au moins dans les trois cas suivants (ch. 6.2.1, 6.2.2 et 6.2.3).

6.2.1 Proximité d'une personne morale en raison de liens économiques avec des personnes pouvant influencer les décisions de l'institution de prévoyance

Une personne morale est considérée comme proche si les personnes mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP et énumérées ci-après détiennent, directement ou indirectement, au moins 5 % du capital et/ou au moins 5 % des droits de vote de la personne morale en tant que partie contractante de l'institution de prévoyance :

- les membres de l'organe suprême (individuellement ou collectivement), ou

Projet

- le ou les employeurs affiliés (si l'employeur est une personne morale, il faut prendre en compte au moins les personnes assumant, individuellement ou collectivement, une fonction au sein de son organe suprême de direction), ou
- l'ensemble des personnes physiques et/ou morales chargées (individuellement ou collectivement) de gérer l'institution de prévoyance à l'interne ou à l'externe, ou
- l'ensemble des personnes physiques et/ou morales chargées (individuellement ou collectivement) d'administrer la fortune de l'institution de prévoyance à l'interne ou à l'externe.

6.2.2 Proximité d'une personne morale appartenant au même groupe

Est réputée proche toute personne morale contrôlée par la même personne morale au sens de l'art. 963, al. 2, du code des obligations (CO ; RS *220*) qu'une ou plusieurs des personnes morales mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP (employeurs affiliés et personnes chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'en administrer la fortune). Dans un tel cas, la proximité est due au fait que les deux personnes morales sont contrôlées par la même société (et appartiennent donc au même groupe).

6.2.3 Proximité d'une personne morale en raison du double rôle de personnes pouvant influencer les décisions de l'institution de prévoyance

Est également réputée proche toute personne morale comptant, au sein de son organe suprême de direction, une ou plusieurs personnes qui :

- sont également membres de l'organe suprême de l'institution de prévoyance, ou
- sont également chargées de gérer l'institution de prévoyance à l'interne ou à l'externe, et/ou
- sont également chargées d'administrer la fortune de l'institution de prévoyance à l'interne ou à l'externe.

6.3 Obligation pour l'institution de prévoyance de clarifier le rapport de proximité avec la partie contractante

Avant de conclure ou de prolonger un acte juridique avec des personnes proches au sens du ch. 5, l'institution de prévoyance est tenue de clarifier, pour autant qu'elle ne le sache pas déjà, si la partie contractante est une personne proche au sens du ch. 6.1 et/ou du ch. 6.2 (par ex. en obtenant d'elle une déclaration en ce sens avant la conclusion du contrat).

L'institution de prévoyance décrit dans son règlement la procédure à suivre pour clarifier ce point (art. 49*a*, al. 2, OPP 2).

7 Conformité au marché pour les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches

Les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance doivent être conformes aux conditions usuelles du marché (art. 51*c*, al. 1, LPP) afin de servir les intérêts de ses assurés (art. 51*b*, al. 2, LPP). Il est de la responsabilité de l'organe suprême de garantir cette conformité et de prévenir les éventuels conflits d'intérêts (art. 51*a* en relation avec les art. 51*b*, al. 2, et 51*c*, al. 1, LPP).

8 Annonce à l'organe de révision

Dans le cadre du contrôle des comptes annuels, l'institution de prévoyance doit, de par la loi, annoncer à l'organe de révision l'ensemble des actes juridiques passés avec des personnes proches (art. 51*c*, al. 2,

Projet

LPP). Dans le cadre du mandat de vérification défini à l'art. 52*c*, al. 1, let. g, LPP, l'organe de révision vérifie si les actes juridiques passés avec des personnes proches qui lui sont annoncés garantissent les intérêts de l'institution de prévoyance.

9 Exigences minimales supplémentaires applicables aux actes juridiques importants passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches

En ce qui concerne les actes juridiques importants passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches, l'art. 48*i*, al. 1, OPP 2 prescrit qu'un appel d'offres doit avoir lieu et que l'adjudication doit être faite en toute transparence. Sur cette base, les exigences minimales supplémentaires suivantes s'appliquent aux actes juridiques importants passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches.

9.1 Définition du terme « important » au sens de l'art. 48*i*, al. 1, OPP 2

9.1.1 Généralités

Sous réserve d'une restriction réglementaire au sens du ch. 9.1.2, tous les actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches au sens du ch. 5 sont considérés comme importants après l'expiration du délai transitoire prévu au ch. 10. Un acte juridique au sens du ch. 5 ne doit pas être fractionné dans le but de contourner les présentes directives ou une disposition réglementaire de l'institution de prévoyance prévoyant une restriction au sens du ch. 9.1.2.

9.1.2 Restriction réglementaire possible de l'institution de prévoyance

L'organe suprême de l'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement que les actes juridiques passés avec des personnes proches au sens du ch. 5 ne sont pas, en tout ou en partie, importants et sont donc exclus du ch. 9 des présentes directives (art. 49*a*, al. 2, let. c, OPP 2). Cette possibilité d'aménagement réglementaire existe si l'indemnisation versée par l'institution de prévoyance pour l'acte juridique concerné au sens du ch. 5 (montant total, y c. taxes et émoluments éventuels, etc.) ne dépasse pas 100 000 francs pour un versement unique ou 30 000 francs pour un versement périodique annuel. Ces deux montants s'appliquent individuellement pour chaque acte juridique au sens du ch. 5 et ne sont pas cumulables.

9.2 Exigences minimales supplémentaires en matière de conformité au marché

L'institution de prévoyance veille, avant de conclure avec des personnes proches un acte juridique important au sens des présentes directives, à ce qu'au moins trois offres comparables soient présentées. Elle ne peut y renoncer que si cela s'avère impossible ou entrainerait des difficultés importantes. Par ailleurs, même si elle renonce à demander plusieurs offres, elle doit expliquer dans la documentation écrite visée au ch. 9.3 pourquoi l'achat des prestations externes est conforme au marché.

Afin de garantir la transparence requise par l'art. 48*i*, al. 1, OPP 2, les actes juridiques importants passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches doivent être conclus par écrit (ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte). Il importe de consigner par écrit, à tout le moins, l'étendue précise des prestations à fournir par la partie contractante et l'indemnisation à lui accorder par l'institution de prévoyance.

9.3 Exigences minimales concernant la documentation écrite du processus de décision par l'institution de prévoyance

Pour prouver la conformité aux conditions usuelles du marché (art. 51*c*, al. 1, LPP) et répondre ainsi à l'exigence de transparence posée par l'art. 48*i*, al. 1, OPP 2, l'institution de prévoyance doit documenter par écrit (ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte) et en temps réel (au plus

Projet

tard dans les 30 jours civils suivant la conclusion du contrat) sa décision de conclure ou de prolonger chaque acte juridique important passé avec des personnes proches au sens du ch. 6. La documentation écrite doit comprendre à tout le moins les éléments suivants :

- date et auteur(s) de la documentation écrite, avec indication de leur fonction au sein de l'institution de prévoyance ;
- prénom et nom de la personne ou des personnes de l'institution de prévoyance ayant pris la décision de conclure ou de prolonger l'acte juridique important avec la personne proche ;
- nom ou raison sociale et adresse de la personne ou des personnes proches en tant que partie contractante de l'institution de prévoyance ;
- vue d'ensemble / résumé de la nature des prestations achetées par l'institution de prévoyance auprès de la ou des personnes proches en tant que partie contractante ;
- justification du fait que le recours à des prestations externes est conforme aux conditions usuelles du marché, en répondant en particulier aux points suivants :
  - au moins trois offres comparables ont-elles été sollicitées ?
    - dans l'affirmative, auprès de qui ?
    - dans le cas contraire :
      - pour quelles raisons ?
      - pourquoi l'institution de prévoyance juge-t-elle que la conformité au marché est malgré tout garantie ?
      - comment la conformité aux conditions usuelles du marché a-t-elle été contrôlée ?
  - pour quelle raison l'offre sélectionnée est-elle la plus avantageuse pour l'institution de prévoyance et ses assurés ?

Si un acte juridique important passé avec des personnes proches au sens du ch. 9.1 fait l'objet d'un contrat de longue durée, il doit être réexaminé après cinq ans au plus tard et documenté par écrit conformément au ch. 9.3 (cf. art. 48*h*, al. 2, OPP 2).

9.4 Exigences minimales supplémentaires concernant l'annonce à l'organe de révision

Pour les actes juridiques importants passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches au sens du ch. 9.1.1, l'institution de prévoyance doit aussi communiquer à l'organe de révision la documentation écrite visée au ch. 9.3. Pour les actes juridiques non importants passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches (s'il est fait usage de la possibilité de restriction réglementaire visée au ch. 9.1.2), la documentation du processus de décision visée au ch. 9.3 est facultative.

10 Entrée en vigueur et dispositions transitoires

Les présentes directives entrent en vigueur le xx.xx.202x et sont applicables dès cette date aux nouveaux actes juridiques passés par les institutions de prévoyance avec des personnes proches au sens du ch. 5.

Un délai transitoire de trois ans, à compter de la date de l'entrée en vigueur des présentes directives, s'applique aux modifications à apporter aux règlements conformément aux ch. 6.3 (obligation de clarifier le rapport de proximité avec la partie contractante) et 9.1.2 (restriction réglementaire).

Les actes juridiques importants au sens du ch. 9.1 qui avaient déjà été passés avec des personnes proches avant l'entrée en vigueur des présentes directives devront être examinés lorsque le contrat arrive à échéance, mais au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur ; en cas de prolongation, ils devront être documentés par écrit conformément au ch. 9.3.

Projet

Jour / mois / année

Commission de haute surveillance
de la prévoyance professionnelle CHS PP

La présidente, Vera Kupper Staub

La directrice, Laetitia Raboud

Projet

11 Commentaire

11.1 Généralités

L'application et la mise en œuvre des bases juridiques de la prévoyance professionnelle doivent être comprises de la même manière par tous afin de garantir que les autorités de surveillance exercent leur activité de manière uniforme (art. 64*a*, al. 1, LPP). Il s'agit notamment de fournir une interprétation des dispositions du droit fédéral qui ne sont pas claires ou sont appliquées de manière hétérogène ainsi que de prendre des mesures pour uniformiser la pratique (cf. message concernant la réforme structurelle, FF *2007* 5381 ss). Les présentes directives concrétisent donc par des exigences minimales les dispositions pertinentes de la loi (art. 64*a*, al. 1, mais aussi 51*a*, 51*b*, al. 2, 51*c* et 52*c* LPP) et de l'ordonnance (en particulier art. 48*i* OPP 2) mentionnées dans le préambule ci-dessus. Elles visent ainsi à en garantir une interprétation et une application uniformes en informant les institutions de prévoyance, les organes de révision et les autorités de surveillance des exigences minimales qui s'appliquent aux actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches.

Selon l'art. 51*c*, al. 2, LPP en relation avec l'art. 48*i*, al. 1, OPP 2, un appel d'offres doit avoir lieu lorsque des actes juridiques importants sont passés avec des personnes proches ; l'adjudication doit être faite en toute transparence. Les présentes directives prévoient par conséquent des prescriptions minimales supplémentaires à cet égard. Avant de passer de tels actes, les institutions de prévoyance doivent, dans la mesure du possible, demander au moins trois offres comparables (concurrentes) et documenter leur choix. Par ailleurs, elles doivent fixer dans un règlement les principaux éléments à respecter lors du traitement de ces actes. Les directives comportent des dispositions transitoires concernant l'examen des actes juridiques importants passés avec des personnes proches déjà existants et les modifications à apporter aux règlements.

11.2 Chiffre 1 (But)

Les directives visent à réduire au minimum le risque que des conflits d'intérêts aboutissent à l'obtention d'avantages non conformes au marché, au détriment de l'institution de prévoyance et de ses assurés. L'institution de prévoyance est libre de définir, pour ses actes juridiques avec des personnes proches, des prescriptions plus strictes en matière de conformité au marché et de transparence que les exigences minimales ; certaines l'ont déjà fait, par exemple en ne recourant pas (ou seulement en partie) à la possibilité de prévoir dans leur règlement la restriction visée au ch. 9.1.2.

11.3 Chiffre 2 (Champ d'application)

Les directives s'appliquent à toutes les institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage. Elles couvrent tous les actes juridiques passés par une institution de prévoyance avec des personnes proches, car ils présentent un risque accru d'aboutir à l'obtention d'avantages non conformes au marché, au détriment de l'institution de prévoyance et de ses assurés.

11.4 Chiffre 3 (Responsabilité principale attribuée à l'organe suprême)

Les directives sont applicables indépendamment de l'organisation de l'institution de prévoyance. Même si la gestion de l'institution est confiée à un service externe, c'est l'organe suprême qui est responsable de s'assurer que les directives soient mises en œuvre conformément au droit, étant donné qu'il assure la direction générale de l'institution de prévoyance (art. 51*a*, al. 1, LPP).

11.5 Chiffre 4 (Notions)

Le droit de la prévoyance professionnelle ne définit au niveau de la loi ni la notion de « gestion », ni celle d'« administration de la fortune ». Afin de garantir une interprétation uniforme, ces notions sont donc définies dans les directives ; elles doivent être comprises au sens large. Le seuil de 5 % mentionné dans la définition des ayants droit économiques est repris du commentaire de l'auteur de

Projet

l'ordonnance concernant l'art. 48*h*, al. 1, OPP 2 (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123 du 19 juillet 2011, p. 71).

11.6 Chiffre 5 (Actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches)

Le législateur n'a défini que certains actes spécifiques de l'institution de prévoyance comme des actes juridiques passés avec des personnes proches. Il s'agit des actes suivants :

- actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des membres de l'organe suprême ;
- actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des employeurs affiliés ;
- actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes physiques ou morales chargées de sa gestion ou de l'administration de sa fortune ;
- actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes physiques ou morales proches des personnes précitées (membres de l'organe suprême, employeurs affiliés, personnes externes chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'en administrer la fortune).

Les directives se fondent sur la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation du 15 mai 2019 de la conseillère nationale Barbara Gysi « Fondations collectives. Mieux gérer les risques, le manque de transparence et les conflits d'intérêts et créer le cadre nécessaire à cet effet » (objet n° 19.3244[1]). Il y est indiqué que l'art. 51*c*, al. 2, LPP (Actes juridiques passés avec des personnes proches) couvre également les actes juridiques passés par les institutions de prévoyance en vue de déléguer tout ou partie de leur gestion ou de l'administration de leur fortune[2]. Ainsi, ces deux types d'actes sont considérés par la loi comme des actes juridiques passés avec des personnes proches, même si les parties n'entretiennent pas de réelle relation de proximité.

L'expression « actes juridiques passés avec des personnes proches » (art. 51*c*, al. 1 et 2, LPP) ne se réfère qu'aux actes passés par l'institution de prévoyance elle-même (en tant que partie contractante). Lorsque des courtiers sont mandatés pour conclure de nouvelles affiliations, ce n'est souvent pas le cas. De même, le cercle des personnes visées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP (membres de l'organe suprême, employeurs affiliés et personnes chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'en administrer la fortune) est relativement étroit comparé à la réglementation en vigueur dans d'autres domaines juridiques similaires. L'art. 51*c*, al. 2, LPP ne cite par exemple pas explicitement la fondatrice d'une institution de prévoyance ou le courtier mandaté pour conclure de nouvelles affiliations, bien que cette tâche soit un élément important du modèle d'affaires des institutions de prévoyance (notamment les institutions communes ou collectives) et que l'indemnisation au moyen de provisions puisse être délicate. La fondatrice et le courtier peuvent toutefois être proches des personnes mentionnées à l'art. 51*c*, al. 2, LPP et entrer ainsi dans le champ d'application des directives conformément au ch. 5.2 en relation avec le ch. 6. C'est également souvent le cas des actes juridiques passés par l'institution de prévoyance concernant sa réassurance complète ou partielle pour les risques vieillesse, décès ou invalidité, dans la mesure où la réassurance est effectuée auprès d'une personne morale proche au sens du ch. 5.2 en relation avec le ch. 6.2. Une relation de proximité peut découler directement d'une qualité d'ayant droit économique (exemple 1 au ch. 11.7.2), indirectement d'une telle qualité (exemple 2 au ch. 11.7.2) ou du double rôle de personnes pouvant influencer les décisions de l'institution de prévoyance (exemple 3 au ch. 11.7.2).

11.7 Chiffre 6 (Définition de la qualité de personne proche)

La définition des personnes proches s'appuie sur le libellé des art. 51*c*, al. 2, LPP et 48*i* OPP 2. Elle vise en particulier à éviter que celles-ci, du fait de leur proximité avec les instances de décision de l'institution de prévoyance, n'obtiennent des avantages non conformes au marché au détriment de l'institution et de ses assurés (cf. art. 51*c*, al. 1, LPP). Il s'agit aussi de prévenir les éventuels conflits

[1] Disponible sur www.parlement.ch
[2] De même, la recommandation d'audit suisse 40 « Contrôle et rapport de l'auditeur d'une institution de prévoyance » (RA 40) désigne, au point 99, les contrats d'administration de fortune comme exemple type d'acte juridique passé par l'institution de prévoyance avec des personnes proches.

d'intérêts dus à des configurations de personnes potentiellement délicates, d'autant plus que la loi interdit seulement certaines configurations spécifiques (cf. art. 48*h*, al. 1, OPP 2).

11.7.1 Chiffre 6.1 (Personnes physiques proches)

Sont réputées personnes physiques proches au sens de l'art. 48*i*, al. 2, première partie de la phrase, OPP 2, à tout le moins, le conjoint ou la conjointe, le partenaire enregistré ou la partenaire enregistrée, le ou la partenaire, ainsi que les parents jusqu'au deuxième degré. Cette formulation ne précise pas quelles relations ou quelles configurations de personnes du côté de l'institution de prévoyance et du côté de la partie contractante sont déterminantes. Les directives viennent clarifier ce point.

11.7.2 Chiffre 6.2 (Personnes morales proches)

Les directives concrétisent par des exigences minimales les formulations suivantes : *« … ainsi que ceux qu'elle passe avec des personnes physiques ou morales proches des personnes précitées… »* (art. 51*c*, al. 2, LPP) et *« Sont en particulier considérés comme des personnes proches …, pour les personnes morales, les ayants droit économiques »* (art. 48*i*, al. 2, OPP 2).

En fonction des possibilités d'influence des personnes concernées, le critère de proximité doit être considéré comme rempli pour les personnes morales au moins dans les trois cas de figure mentionnés aux ch. 6.2.1, 6.2.2 et 6.2.3.

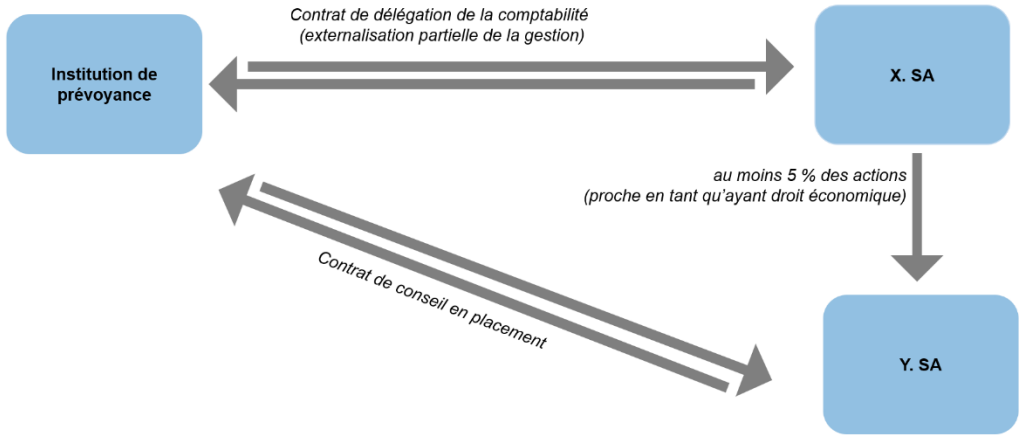
Pour les personnes proches exerçant un double rôle tel que mentionné au ch. 6.2.3, 2e et 3e tirets, la fonction spécifique exercée en lien avec la gestion ou l'administration de la fortune n'a aucune importance ; ainsi, toutes les personnes chargées de ces tâches sont également concernées (voir aussi le ch. 6.1, 2e paragraphe, ainsi que le commentaire de l'art. 8 OFP dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle de l'OFAS no 123 du 19 juillet 2011, p. 79).

Projet

Exemples illustrant la relation de proximité avec des personnes morales :

Exemple 1 : une institution de prévoyance a confié sa comptabilité, qui fait partie de sa gestion, à la société X SA. Cette dernière est donc considérée comme une personne morale proche de l'institution de prévoyance conformément à l'art. 51*c*, al. 2, LPP (ch. 5.1). Or, X SA détient au moins 5 % des actions de la société Y SA. Si l'institution de prévoyance recourt aux services de Y SA pour des conseils en placement, cette dernière est également considérée comme une personne morale proche au sens des ch. 5.2 et 6.2.1 ; en effet, X SA, en tant que comptable externe, effectue des tâches de gestion pour l'institution de prévoyance et en est donc un ayant droit économique. Pour savoir si l'acte juridique passé par l'institution de prévoyance avec Y SA doit être considéré comme important ou si l'institution de prévoyance peut prévoir une restriction dans son règlement, il convient de se référer au ch. 9.1.

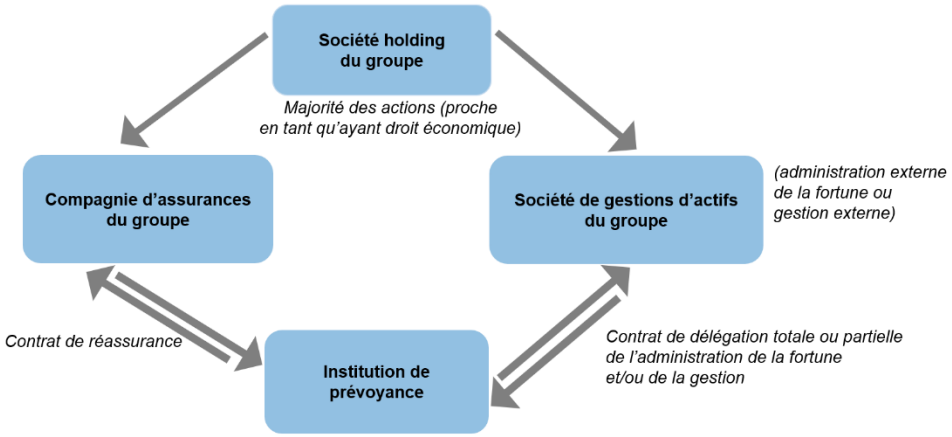
Visualisation de l'exemple 1



X. SA (en tant que société chargée de la gestion externe ; ch. 5.1 des directives) et Y. SA sont toutes deux considérées comme des personnes morales proches de l'institution de prévoyance, car X. SA détient au moins 5 % des actions (ayant droit économique) de Y. SA ; Y. SA est donc proche de X. SA (ch. 5.2 en relation avec le ch. 6.2.1).

Exemple 2 : pour la réassurance de ses risques, une institution de prévoyance conclut un contrat avec une compagnie d'assurances contrôlée par le même groupe que la société chargée de gérer l'institution de prévoyance ou d'en administrer la fortune. La relation entre les deux sociétés au sein d'un même groupe leur conférant au moins indirectement une qualité d'ayant droit économique, la compagnie d'assurances est considérée comme une personne morale proche au sens des ch. 5.2 et 6.2.2. Pour savoir si l'acte juridique passé par l'institution de prévoyance avec la compagnie d'assurances doit être considéré comme important ou si l'institution de prévoyance peut prévoir une restriction dans son règlement, il convient de se référer au ch. 9.1.

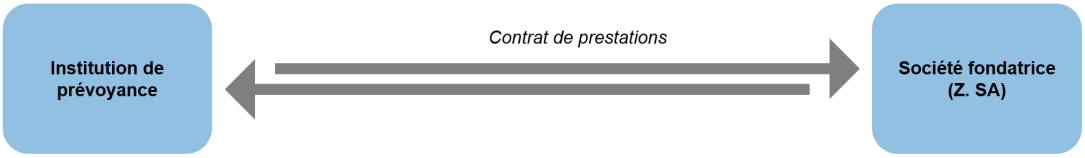
Visualisation de l'exemple 2



La société de gestion d'actifs (en tant que société chargée de la gestion externe ou de l'administration externe de la fortune ; ch. 5.1 des directives) et la compagnie d'assurances du groupe sont considérées comme des personnes morales proches de l'institution de prévoyance, car la compagnie d'assurances fait partie du même groupe ou est contrôlée par la même société holding que la société de gestion d'actifs et est donc proche de cette dernière (ch. 5.2 en relation avec ch. 6.2.2 des directives).

Exemple 3 : l'institution de prévoyance conclut un contrat de prestations avec la société fondatrice Z SA. Or, la présidente du conseil d'administration de Z SA est également membre de l'organe suprême de l'institution de prévoyance. En raison de ce double rôle, Z SA est considérée comme une personne morale proche de l'institution de prévoyance au sens des ch. 5.2 et 6.2.3. Pour savoir si l'acte juridique passé par l'institution de prévoyance avec Z SA doit être considéré comme important ou si l'institution de prévoyance peut prévoir une restriction dans son règlement, il convient de se référer au ch. 9.1.

Visualisation de l'exemple 3



(la présidente du conseil d'administration de Z SA est membre de l'organe suprême de l'institution de prévoyance)

Z. SA est considérée comme une personne morale proche de l'institution de prévoyance en raison du double rôle de la présidente de son conseil d'administration, qui peut influencer les décisions de l'institution de prévoyance (ch. 5.2 en relation avec ch. 6.2.3 des directives ; l'art. 48*h*, al. 1, OPP 2 n'interdit pas une telle configuration).

11.7.3 Chiffre 6.3 (Obligation pour l'institution de prévoyance de clarifier le rapport de proximité avec la partie contractante)

Avant de conclure ou de prolonger un acte juridique avec des personnes proches, l'institution de prévoyance est tenue de clarifier, pour autant qu'elle ne le sache pas déjà, si la partie contractante est une personne proche au sens du ch. 6. Si l'acte juridique est important, elle doit consigner cette clarification par écrit conformément au ch. 9.3.

En inscrivant dans son règlement la procédure à suivre pour clarifier ce point, l'institution de prévoyance garantit la transparence requise.

11.8 Chiffre 8 (Annonce à l'organe de révision)

Conformément à l'art. 51*c*, al. 2, LPP, l'institution de prévoyance doit annoncer à l'organe de révision tous les actes juridiques passés avec des personnes proches, qu'ils soient importants ou non. L'organe de révision vérifie si les actes qui lui sont annoncés garantissent les intérêts de l'institution de prévoyance (art. 51*c*, al. 3, LPP).

11.9 Chiffre 9.1 (Définition du terme « important » au sens de l'art. 48*i*, al. 1, OPP 2)

La possibilité d'inscrire une restriction dans le règlement tient compte de l'hétérogénéité des institutions de prévoyance. Les montants maximaux indiqués ont été choisis en tenant compte des dispositions déjà en vigueur dans le règlement de certaines institutions de prévoyance. Les directives invitent délibérément l'organe suprême à définir par voie réglementaire, à l'intérieur du cadre prescrit, quels actes juridiques passés par l'institution de prévoyance avec des personnes proches au sens du ch. 5 sont considérés comme importants et lesquels ne le sont pas. En l'absence de disposition correspondante dans le règlement de l'institution de prévoyance, tous les actes juridiques passés par cette dernière avec des personnes proches au sens du ch. 5 sont considérés comme importants à l'expiration du délai transitoire prévu au ch. 10.

Proj

11.10 Chiffre 9.2 (Exigences minimales supplémentaires en matière de conformité au marché)

Pour s'assurer que les actes juridiques importants passés avec des personnes proches selon le ch. 9.1 remplissent le critère de la conformité au marché visé aux art. 51*c*, al. 1, LPP et 48*i*, al. 1, OPP 2, l'organe suprême veille, dans la mesure du possible, à ce qu'au moins trois offres comparables soient présentées. Il convient de veiller à ce que les offres soient réellement comparables, en particulier en ce qui concerne les prestations fournies (notamment lorsqu'il s'agit de déléguer la gestion de l'institution de prévoyance ou l'administration de sa fortune). S'il n'est pas possible ou que partiellement possible d'obtenir trois offres comparables (par ex. s'il est clair dès le début qu'une seule offre entre en ligne de compte et qu'il n'existe pas d'alternative adéquate), les raisons doivent être consignées dans la documentation écrite visée au ch. 9.3 (*comply or explain*) tout en expliquant, par exemple au moyen d'une comparaison concrète des coûts (*benchmarking*), comment l'exigence légale de conformité aux conditions usuelles du marché (art. 51*c*, al. 1, LPP) est malgré tout garantie.

Les actes juridiques importants passés avec des personnes proches visés au ch. 9.2 doivent être conclus par écrit (ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte). L'étendue précise des prestations à fournir par la partie contractante et l'indemnisation à lui accorder par l'institution de prévoyance doivent, à tout le moins, être consignées par écrit (voir également le montant maximal indiqué au ch. 9.1.2 pour l'inscription d'une restriction dans le règlement).

11.11 Chiffre 9.3 (Exigences minimales concernant la documentation écrite du processus de décision par l'institution de prévoyance)

Le ch. 9.3 précise les exigences minimales qui s'appliquent à la documentation écrite démontrant la conformité au marché d'un acte juridique important au sens du ch. 9.1. Les explications écrites concernant les points mentionnés au ch. 9.3 peuvent être succinctes, mais doivent être formulées de manière précise et aussi parlante que possible. La documentation écrite concernant les actes juridiques importants visés au ch. 9.1 doit être établie au plus tard dans les 30 jours civils suivant la conclusion du contrat et peut également faire partie du procès-verbal de l'organe suprême. Le dernier paragraphe du ch. 9.3 indique que les actes juridiques passés avec des personnes proches visés au ch. 9.1 et conclus pour une longue durée doivent être contrôlés au moins tous les cinq ans et documentés conformément aux directives afin de répondre à l'exigence de transparence posée par l'art. 48*i*, al. 1, OPP 2.

Exemple : si l'institution de prévoyance entend prolonger pour plus de cinq ans avec la même partie contractante un acte juridique important au sens du ch. 9.1 (cf. art. 48*h*, al. 2, OPP 2), sa décision doit à nouveau être documentée par écrit conformément au ch. 9.3.

11.12 Chiffre 9.4 (Exigences minimales supplémentaires concernant l'annonce à l'organe de révision)

Pour que l'organe de révision puisse vérifier si les actes juridiques qui lui sont annoncés garantissent les intérêts de l'institution de prévoyance conformément à l'art. 51*c*, al. 3, LPP, la documentation écrite visée au ch. 9.3 doit également lui être communiquée dans le cas d'un acte juridique important passé avec des personnes proches au sens du ch. 9.1.

11.13 Chiffre 10 (Entrée en vigueur et dispositions transitoires)

Un délai transitoire raisonnable est prévu pour les modifications à apporter aux règlements ainsi que pour l'examen des actes juridiques importants qui ont déjà été passés avec des personnes proches pour une longue durée.

Projet