



21 juin 2019

Rapport explicatif sur la modification de l'ordonnance sur les fondations de placement (OFP)

1 Introduction

1.1 Contexte

Les fondations de placement sont des institutions auxiliaires de la prévoyance professionnelle, puisqu'il s'agit de placements collectifs effectués pour toutes les institutions qui servent à la prévoyance professionnelle. Les origines des fondations de placement remontent aux années 1960, mais ce n'est que dans le cadre de la réforme structurelle que le législateur, modifiant la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), a décidé d'inscrire les fondations de placement dans la loi ; cette modification date du 19 mars 2010. En vertu de l'art. 53k LPP, le Conseil fédéral édicte des dispositions sur le cercle des investisseurs, l'augmentation et l'utilisation de la fortune de base, la fondation, l'organisation et la dissolution, les placements, l'établissement des comptes et la révision ainsi que les droits des investisseurs.

Le Conseil fédéral a rempli son mandat en édictant l'ordonnance sur les fondations de placement (OFP), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Entre-temps, il est apparu que l'ordonnance devait être révisée sur certains points. Par exemple, dans le domaine de l'épargne-titres du pilier 3a, il est devenu usuel que la part des placements en actions soit plus élevée que ce que l'ordonnance prévoit. Il faut également tenir compte des possibilités de choix, offertes dans le cadre des plans 1e, introduites à l'occasion de la modification du 18 décembre 2015 de la loi sur le libre passage.

1.2 Principales modifications

Les principales modifications d'ordonnance portent sur les points suivants :

1. Renforcement de l'assemblée des investisseurs en tant qu'organe suprême de la fondation (art. 4, 5 et 8)

L'assemblée des investisseurs est compétente pour nommer le conseil de fondation, la

modification le garantit. La fondatrice n'a plus qu'un droit de proposition, et non un droit de nomination.

2. Possibilité et réglementation des apports en nature non négociés en bourse (art. 20)
La réglementation est un peu assouplie, vu que le fait d'intégrer des placements non cotés peut répondre à un besoin.
3. Diversification et transparence nécessaire (art. 26a)
Les fondations de placement auront plus de possibilités d'offrir des stratégies concentrées. La FINMA l'admet déjà pour les fonds de placement institutionnels soumis à sa surveillance. Néanmoins, le principe central de la diversification demeure. La concentration doit être clairement visible pour l'investisseur.
4. Stricte interdiction des placements susceptibles de créer une obligation d'effectuer des versements supplémentaires (art. 26, al. 5)
L'interdiction existe déjà, mais elle figure ainsi expressément dans l'ordonnance. Le risque de perte pour l'investisseur se limite au maximum au montant investi dans le groupe de placements, et il exclut tout montant supplémentaire.
5. Autorisation des groupes de placements mixtes dépassant les limites fixées pour les actions et les placements alternatifs, à condition que ce dépassement soit clairement indiqué (art. 29)
Les fondations de placement seront autorisées à offrir des groupes de placements mixtes qui dépassent les limites par catégorie fixées à l'art. 55 OPP 2. Par exemple, dans le domaine de l'épargne-titres du pilier 3a et des fondations de libre passage, des assurés demandent aujourd'hui des placements contenant des parts en actions supérieures à 50 %. Vu le niveau des taux actuels, cette demande est compréhensible et juridiquement permise (en vertu de l'art. 50, al. 4, OPP 2). Les groupes de placements mixtes pourront également dépasser les limites par débiteur aux conditions fixées à l'art. 26a. Cela s'impose afin qu'ils puissent, par exemple, proposer des placements proches d'un indice parmi les indices boursiers suisses. S'il était interdit aux fondations de placement de dépasser les limites par catégorie et par débiteur, elles subiraient un désavantage compétitif par rapport aux fonds placés sous la surveillance de la FINMA.
6. D'autres modifications concernent notamment les placements directs dans le domaine des placements alternatifs (art. 28), l'autorisation des placements collectifs (art. 30) et les filiales dans la fortune de placement (art. 32). Elles visent à ajuster la réglementation à l'évolution de la situation dans ces domaines (par exemple, les placements directs ont augmenté dans les groupes de placements immobiliers, la FINMA a modifié sa réglementation en matière de distribution en Suisse, la notion de capital-risque employée jusqu'à présent était peu claire, etc.).

2 Commentaire des modifications de l'OFFP

Art. 4, al. 1 Compétences inaliénables

Le droit des fondateurs de nommer les membres du conseil de fondation est supprimé. L'art. 5, al. 1, dispose expressément que l'assemblée des investisseurs élit les membres du conseil de fondation.

Art. 5 Composition et désignation

Al. 2

En tant qu'organe suprême de la fondation de placement, l'assemblée des investisseurs a la compétence d'élire les membres du conseil de fondation. Cela s'applique également pour les membres du conseil de fondation qui appartiennent à la fondatrice ou à l'entité juridique qui lui succède. En parallèle, le projet supprime la disposition selon laquelle les statuts peuvent reconnaître aux fondateurs le droit de nommer une minorité de membres du conseil de fondation. On considère qu'il existe des liens économiques entre la société mère, les sociétés sœurs et les filiales de la fondatrice ainsi qu'entre ces sociétés ou la fondatrice et les sociétés qu'elles contrôlent du point de vue économique. Ne sont pas réputés entretenir de tels liens avec la fondatrice les représentants d'institutions de prévoyance auprès desquelles des employés de la fondatrice sont assurés. L'élection de la présidence est de la compétence de l'assemblée des investisseurs. Mais celle-ci peut la déléguer au conseil de fondation.

Al. 3

Le premier conseil de fondation est nommé par la fondatrice, vu que l'assemblée des investisseurs n'est pas encore constituée à ce moment-là. En cas de nomination à la suite d'une démission prématurée (également en cas de maladie ou de décès), la fondatrice ou l'entité juridique qui lui succède doit respecter la condition de l'al. 2 selon laquelle les personnes qui entretiennent des liens économiques avec la fondatrice ne peuvent pas représenter plus d'un tiers du conseil de fondation.

Art. 6 Tâches et compétences

Al. 3

La formulation concernant le contrôle interne provient de l'art. 35, al. 1, OPP 2. Les prescriptions de l'actuel art. 7, al. 3, sont également intégrées dans cet article. Le conseil de fondation doit naturellement aussi veiller à l'indépendance de l'organe de contrôle.

Art. 7 Délégation de tâches

Al. 3

L'actuel al. 3 est supprimé et son contenu est repris à l'art. 6, al. 3. Le nouvel al. 3 régit la subdélégation en lieu et place de l'al. 2, let. d, qui est abrogé. Jusqu'à présent, les tâches déléguées ne pouvaient être transmises qu'une seule fois à un échelon inférieur. La modification supprime cette limite, car le respect de celle-ci était difficilement contrôlable et une subdélégation (de tâches

spécialisées) s'avère souvent judicieuse et efficace. Ainsi, quiconque a reçu une tâche par voie de délégation peut à son tour la subdéléguer en tout ou en partie, à condition que les règles de délégation (qui s'appliquent par analogie à la subdélégation) soient respectées. Le conseil de fondation ne peut cependant pas déléguer son droit de subdéléguer. Il peut toutefois préciser dans le contrat de délégation les tâches que le délégataire peut subdéléguer. C'est par exemple le cas de l'entretien courant des bâtiments. La délégation des tâches ne doit pas entraver les possibilités de contrôle de la fondation et de l'organe de révision. Le contrôle doit continuer à être autorisé, ce qui signifie que la fondation de placement et l'organe de révision doivent rester en mesure de contrôler et de comprendre les tâches déléguées.

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

Al. 2

La nouvelle formulation de l'al. 2 garantit une distinction entre les personnes formant le conseil de fondation, d'une part, et les personnes chargées de l'administration ou de la gestion de la fortune, d'autre part. Les personnes chargées de l'administration ou de la gestion de la fortune ne peuvent pas être élues au conseil de fondation. Aux termes de l'art. 53h LPP, le conseil de fondation est l'organe de gestion. Mais s'il délègue la gestion à des tiers, ceux-ci ne peuvent pas non plus être représentés en son sein. Par « personnes », on entend aussi bien des personnes physiques que des personnes morales. En règle générale, les fondations de placement confient leur mandat de gestion, d'administration ou de gestion de la fortune à des personnes morales. Les personnes physiques faisant partie d'une personne morale qui exerce un tel mandat ou d'une personne morale qui entretient des liens économiques¹ avec celle-ci ne peuvent pas être élues au conseil de fondation.

Cette interdiction ne vaut pas seulement pour le tiers du conseil de fondation (personnes physiques) visé à l'art. 5, al. 2, c'est-à-dire les personnes physiques qui font partie de la fondation ou de l'entité juridique qui lui succède ou celles qui entretiennent des liens économiques avec la fondation. Pour elles, l'interdiction ne s'applique qu'à la personne physique qui exécute l'administration et la gestion de la fortune ; celle-ci ne peut pas être simultanément membre du conseil de fondation. En revanche, si le conseil de fondation ne délègue pas la gestion, la loi autorise un cumul des fonctions.

Al. 3

Le conseil de fondation doit pouvoir agir en toute indépendance par rapport à la fondatrice. L'interdiction qui lui est faite de voter sur les affaires dans lesquelles elle est impliquée signifie en particulier qu'un membre du conseil de fondation doit s'abstenir de voter sur une question qui touche ses propres intérêts ou ceux d'une entreprise dont il fait partie en tant que salarié ou responsable. Cela concerne, par exemple, l'attribution de mandats. Les membres du conseil de fondation peuvent toutefois siéger dans des comités ou des commissions, par exemple le comité de placement de la

¹ En ce qui concerne la définition de l'expression « entretient des liens économiques », il convient de se rapporter aux explications relatives à l'art.5, al. 2 (voir ci-dessus).

Art. 23 Placements dans la fortune de base

Al. 2

Le libellé utilisé ici est le même que celui de l'art. 12, al. 1.

Art. 24 Filiales dans la fortune de base

Al. 2, let. a

Une filiale peut être soit une société anonyme, soit – et c'est l'ajout de la présente modification – une société à responsabilité limitée (Sàrl), car cette forme juridique limite également le risque de responsabilité. L'adjectif « prépondérant » qui figure dans la disposition en vigueur est supprimé car, dans ce contexte, son interprétation juridique n'est pas claire.

Art. 25 Participations dans la fortune de base

Al. 1

La modification consiste en la suppression de la condition selon laquelle la participation par fondation de placement se monte à 20 % au moins du capital-actions. Cela peut certes réduire l'influence d'une fondation de placement individuelle, mais aussi permettre à des fondations de placement plus petites de participer avec d'autres fondations de placement à des sociétés non cotées.

Art. 26 Dispositions générales

Al. 1

Étant donné que les possibilités de dépassement visées à l'art. 50, al. 4^{bis}, OPP 2, sont maintenant aussi valables pour les fondations de placement, l'art. 50, al. 5, OPP 2 n'est plus exclu.

Al. 3

L'al. 4 actuel devient l'al. 3. Des dépassements du risque de contrepartie sont aussi possibles, outre les cas mentionnés à l'art. 26a, lorsqu'il s'agit de la Confédération ou d'établissements suisses émettant des lettres de gage.

Al. 4

L'interdiction absolue, déjà en vigueur, de contraindre les investisseurs d'effectuer des versements supplémentaires est expressément réitérée. Cela signifie que les pertes maximales d'un groupe de placements doivent être limitées au capital libéré.

Al. 1

L'al. 1 autorisera désormais à certaines conditions le dépassement des limites par débiteur et les limites en matière de participation. La réglementation actuelle de l'art. 26, al. 3, s'est avérée être un obstacle, en particulier pour les stratégies ciblées. Le risque de contrepartie visé à la let. b est désormais limité à 20 %. Les entreprises et les débiteurs peuvent être pondérés jusqu'à 20 %. Il est important que le risque de contrepartie (débiteurs et entreprises) reste globalement limité à 20 %. Toutefois, une diversification adéquate reste nécessaire. Ainsi, le risque de défaut d'un groupe de placements reste limité.

Le groupe de placement ne peut dépasser que les limites fixées à la let. a ou que celles fixées à la let. b, mais ne peut faire usage des deux dispositions en même temps. Par conséquent, si le groupe de placement dépasse les limites de l'OPP 2 conformément à la let. b, il ne peut dépasser la limite de 20 % de la contrepartie au motif que cela est autorisé conformément à la let. a.

Al. 2

Le dépassement de la limite n'est autorisé que si la fondation de placement assure la transparence de la position envers l'investisseur et qu'elle publie les valeurs correspondantes au moins une fois par trimestre, par exemple dans une fiche d'information.

Al. 3

Cet alinéa remplace la règle figurant actuellement à l'art. 26, al. 3, dernière phrase. L'autorité de surveillance ne pourra plus fixer des exigences relatives aux limites par débiteur et aux limites en matière de participation, mais le DFI sera habilité par le Conseil fédéral, en vertu de l'art. 53k, let. d, LPP, à définir plus précisément les exigences posées aux al. 1 et 2. Par exemple, il pourra déterminer quand une stratégie suit un indice ou une valeur de référence, et définir les conditions à respecter dans ce contexte, en particulier en cas d'écart par rapport aux pondérations, aux risques ou à la diversification, ainsi que pour les investissements éloignés de la valeur de référence. Il est également important que les dépassements des limites fixées dans l'OPP 2 soient clairement reconnaissables pour l'investisseur. Par « indice usuel », on entend un indice fréquemment utilisé comme valeur de

domaine du pilier 3a, les fonds de placement proposent de plus en plus souvent, dans le respect de l'art. 50, al. 4, OPP 2, des placements dont la part en actions est supérieure à 50 %, et vu aussi que les assurés en font la demande en raison des faibles taux d'intérêt. Dans le cas des limites par débiteur, un dépassement conformément à l'art. 26a est par exemple possible afin de réaliser un placement indexé dans un indice boursier suisse dont la part en actions est importante.

Les fondations de libre passage et les fondations du pilier 3a sont dans tous les cas tenues de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et obligations lors de la conclusion d'un contrat de placement. Ce devoir est encore plus impératif lorsqu'il y a extension des possibilités de placement au sens de l'art. 50, al. 4, OPP 2². Par ailleurs, il est expressément recommandé de rédiger un prospectus d'information sur le produit de placement et ses risques, et de demander aux assurés qui investissent leurs fonds de confirmer par écrit qu'ils en ont pris connaissance. Cette recommandation s'applique naturellement aussi lorsque, dans ce domaine, il est proposé des groupes de placements qui dépassent les limites conformément aux conditions des art. 29 ou 26a. Pour le placement de fortune, dans le cas de l'épargne-titres, les art. 49 à 58 OPP 2 s'appliquent en outre, par analogie, aussi bien dans le domaine du pilier 3a que dans celui des solutions de libre passage. Cela vaut par conséquent aussi pour l'art. 50, al. 4, OPP 2. Les fondations du pilier 3a et les fondations de libre passage (donc aussi les prestataires financiers et les fondations de placement) sont par conséquent tenues, lorsqu'elles dépassent les limites dans le domaine de l'épargne-titres, de garantir le respect du devoir de diligence, la diversification des placements ainsi que la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance (et notamment, dans ce cas, de tenir compte de la capacité de risque, de la disposition au risque et de la situation financière de l'assuré).

Art. 30 Placements collectifs

Al. 3^{bis}

Il est fréquent que les placements collectifs étrangers ne soient plus explicitement autorisés à la vente en Suisse par la FINMA. Au lieu de cela, la FINMA conclut des accords avec des autorités de surveillance étrangères sur la base de l'art. 120, al. 2, let. e, de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC). Les placements collectifs soumis à la surveillance de ces autorités de surveillance sont autorisés indépendamment de la limite de 20 %. La plupart de ces accords concernent des pays de l'UE.

Art. 32 Filiales dans la fortune de placement

Al. 2, let. b

Les filiales dans la fortune de placement ne seront pas seulement autorisées pour les groupes de placements avec capital-risque, mais aussi pour d'autres groupes de placements dans le domaine des placements alternatifs, à condition que leur nécessité puisse être expliquée au cours de la procédure

² Voir à ce propos les explications données dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108, ch. 665, pp. 24-25.

d'examen préalable. De telles filiales peuvent être utiles pour les investissements en infrastructures, par exemple.

Art. 35 Information

Al. 2

La modification de la let. b est de nature strictement linguistique. L'expression « gestionnaires de placement » est remplacée par « gestionnaires de fortune ». La let. h se réfère maintenant à l'art. 26a. À la let. i sont ajoutés dans quelle mesure, concernant les groupes de placements mixtes, les limites par catégorie visées à l'art. 29, al. 4, peuvent être dépassées.

Art. 37 Publications et prospectus

Al. 2

La nouvelle formulation garantit la publication d'un prospectus y compris pour les groupes de placements qui existent déjà. Cela a toujours été l'intention du législateur, mais celle-ci a été remise en question sur le plan juridique dans un cas. Autrement, les groupes de placements existants et ceux qui sont créés seraient traités de manière différente, ce qui ne serait objectivement pas justifié.

Art. 41 Évaluation

Al. 2

Les références à l'ordonnance de la FINMA sur les placements collectifs de capitaux sont adaptées.

Disposition transitoire de la modification du ...

Les nouvelles dispositions s'appliquent à compter de la date d'entrée en vigueur de la modification. Les fondations de placement existantes sont tenues d'adapter leurs statuts dans les deux années qui suivent l'entrée en vigueur de la modification.

Le délai pour se conformer aux dispositions de l'art. 5 et de l'art. 8, al. 2 et 4, est de deux ans.