



*Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas*

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 50

du 8 avril 2000

EDITION SPECIALE

301 Révision de l'OPP 2: modification des dispositions relatives aux placements de la fortune de l'institution de prévoyance

Lors de sa séance du 20 mars 2000, le Conseil fédéral a modifié les dispositions de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2), dispositions relatives aux placements de la fortune de l'institution de prévoyance. Ces dernières accordent une plus grande flexibilité en matière de placements tout en renforçant la notion de sécurité. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2000.

Quels sont les changements intervenus dans l'ordonnance ?

La notion de sécurité est reformulée. Elle portera désormais sur un examen global de la situation financière en ayant comme objectif premier à assurer la sécurité financière des buts de prévoyance. Ainsi, les placements effectués devront faire l'objet d'un choix, d'une gestion et d'un contrôle soigneux (art. 50 modifié).

La notion de "placements indirects" qui ne recouvrait plus la nouvelle réalité sur les marchés financiers est remplacée par la notion de "placements collectifs". Les possibilités d'investissement dans les placements collectifs ont été étendues sous certaines conditions (art. 56 modifié).



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

La modification de l'ancien article 59 indique clairement la nouvelle direction prise par le législateur. Une extension des possibilités de placements est possible, si celle-ci s'appuie sur un rapport qui démontre que la réalisation des buts de prévoyance n'est pas mise en péril. En revanche, les écarts par rapport aux normes de placements chez l'employeur (art. 57 al. 1) ne seront plus autorisés (art. 59 modifié). La révision de l'article 60 OPP 2 est la conséquence logique de la révision de l'article 59 OPP 2; elle est d'ordre purement formel.

Vous trouverez ci-après le texte des modifications et un commentaire détaillé. Nous vous signalons que seul le texte publié dans le recueil officiel fait foi.

301 Révision de l'OPP 2: modification des dispositions relatives aux placements de la fortune de l'institution de prévoyance: flexibilité accrue et sécurité renforcée dans les placements.

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

Modification du

*Le Conseil fédéral suisse
arrête :*

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité¹ (OPP2) est modifiée comme il suit :

Art. 50 Sécurité et répartition du risque
(art. 71 al. 1 LPP)

¹ L'institution de prévoyance doit choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opère.

² Lors du placement de sa fortune, elle doit veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance. La sécurité doit être évaluée spécialement en tenant compte de la totalité des actifs et des passifs, de la situation financière effective, ainsi que de la structure et de l'évolution future prévisible de l'effectif des assurés.

³ Lors du placement de sa fortune, elle doit respecter les principes d'une répartition appropriée des risques; les disponibilités doivent, en particulier, être réparties entre différentes catégories de placements ainsi qu'entre plusieurs régions et secteurs économiques.

Art. 56 Placements collectifs
(art. 71 al. 1 LPP)

¹ Les placements collectifs sont des placements de parts de fortune opérés en commun par différents investisseurs.

¹RS 831.441.1

² L'institution de prévoyance peut participer à des placements collectifs, pour autant que:

- a. ceux-ci soient conformes aux placements autorisés selon l'art. 53, et que
- b. l'organisation des placements collectifs doit être réglée de manière que, au niveau de la fixation des directives de placement, de la répartition des compétences, de la détermination des parts ainsi que ventes et rachats y relatifs, les intérêts des institutions de prévoyance qui y participent soient garantis.

³ Les parts de placements directs compris dans les placements collectifs s'ajoutent aux placements directs pris en compte pour le calcul des limites de placement selon l'art. 54 et des limites globales selon l'art. 55. Les limites de placement selon l'art. 54 relatives aux engagements envers des débiteurs et des sociétés sont respectées, lorsque:

- a. les placements directs compris dans les placements collectifs sont diversifiés de façon appropriée; ou que
- b. la participation à un placement collectif est inférieure à 5% de la fortune totale de l'institution de prévoyance.

⁴ Les participations à des placements collectifs sont assimilées à des placements directs lorsqu'elles remplissent les conditions selon des al. 2 et 3.

Art. 59 Extension des possibilités de placement
(art. 71 al. 1 LPP)

¹ Les possibilités de placement selon les art. 53 à 56, 56a, al. 1 et 5, ainsi que 57, al. 2 et 3, peuvent être étendues sur la base d'un règlement de placement fondé sur l'art. 49a, pour autant que l'application de l'art. 50 soit établie de façon concluante dans un rapport annuel.

² Les résultats de ce rapport doivent être consignés dans l'annexe aux comptes annuels.

Art. 60 Défaut des conditions d'extension
(art. 71 al. 1 LPP)

Si les conditions stipulées à l'art. 59 pour une extension des possibilités de placement ne sont pas remplies, l'autorité de surveillance prend les mesures appropriées. Elle peut exiger une adaptation du placement de la fortune.

II

La présente modification entre en vigueur le 1^{er} avril 2000.

Au nom du Conseil fédéral suisse

Le président de la Confédération : Adolf Ogi

La chancelière de la Confédération : Annemarie Huber-Holtz

Commentaire

3.1 Article 50 révisé

Art. 50 Sécurité et répartition du risque

Premier alinéa

¹ *L'institution de prévoyance doit choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opère.*

Cette formulation précise ce que l'on entend, dans le cadre de la gestion de la fortune, par la prise en compte intégrale de la tâche de gestion selon l'article 49a OPP 2. La disposition en vigueur jusqu'ici stipulait seulement le choix sélectif des placements à opérer. Cela ne correspond plus au nouvel article 50 OPP 2. Sont désormais exigés en outre une gestion et un contrôle rigoureux des placements.

Le devoir de diligence décrit à l'alinéa 1 revêt une importance toute spéciale dès lors qu'il s'agit de fonds confiés à l'institution. Il présuppose des connaissances du métier, un engagement et une circonspection appropriés. Outre une manière de procéder adéquate et conforme aux règles du métier, le devoir de diligence commande également la transparence et la clarté des réflexions faites et des décisions prises dans les cas d'espèce.

Une *gestion prudente* a pour but la mise en œuvre optimale d'une stratégie de placement par une exploitation conforme au marché des possibilités de rendement. Elle implique un processus de gestion des placements pertinent, qui corresponde aux conditions et possibilités réelles de l'institution de prévoyance.

Lorsque l'institution gère elle-même ses placements, en totalité ou en partie, elle doit avoir le savoir-faire nécessaire, de même qu'une infrastructure suffisante pour assurer la circulation des informations. Lorsqu'elle confie le mandat de gestion à l'extérieur, le devoir de diligence s'applique au choix et à la surveillance du mandataire.

La *surveillance des placements* doit finalement garantir un pilotage du processus de gestion des placements conformément aux objectifs. Elle nécessite des informations fondées, permettant de répondre aux questions suivantes:

- Quels sont les rendements et les fluctuations de valeur attendus à moyen terme dans l'institution de prévoyance?
- La stratégie de placement à long terme définie en son temps correspond-elle encore aux objectifs de la gestion des placements?
- Les résultats obtenus dans le cadre de la gestion correspondent-ils aux résultats escomptés au vu des conditions du marché?

La surveillance ne doit pas se borner à constater des états de fait. Elle doit aussi déboucher sur la prise de mesures concrètes lorsque des problèmes survenant dans la gestion des placements l'exigent.

Alinéa 2

² Lors du placement de sa fortune, elle doit veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance. La sécurité doit être évaluée spécialement en tenant compte de la totalité des actifs et des passifs, de la situation financière effective, ainsi que de la structure et de l'évolution future à attendre de l'effectif des assurés.

Par placement de la fortune, on entend moins le choix d'un placement individuel que la décision de structurer la fortune globale conformément à la capacité de risque d'une institution, partant, la décision de répartir judicieusement les moyens sur différentes catégories de placement (asset allocation).

Afin de garantir la sécurité quant à la réalisation des buts de prévoyance, l'institution de prévoyance doit placer la fortune en fonction de sa capacité de risque. Par capacité de risque, il faut comprendre la capacité de l'institution de compenser les fluctuations de la fortune globale découlant des conditions changeantes du marché, ainsi que le fait de disposer de moyens liquides et non liquides en suffisance pour honorer ses obligations futures (par ex. paiement des rentes, prestations de libre passage).

La capacité de prendre des risques et la sécurité sont deux notions correspondantes. Pour en juger, on ne partira ni du placement individuel ni des engagements à l'égard des destinataires individuels, mais de la situation globale telle qu'elle ressort par exemple du degré de couverture d'une institution de prévoyance. On évaluera le degré de couverture en taxant les actifs à leur valeur réelle sur le marché ou à leur valeur vénale.

Toujours dans le cadre de la gestion de la fortune, la tâche de gestion inclut aussi une réflexion sur les besoins futurs en liquidités et sur l'amplitude des fluctuations de valeur possibles de la fortune. Il découle du devoir de diligence que l'on doit former des réserves correspondantes aux fluctuations de fortune escomptées au sens de l'article 49a OPP 2. La capacité de prendre des risques dépend dans une mesure essentielle de ces réserves.

L'appréciation de la capacité de prendre des risques doit également tenir compte dans tous les cas des perspectives quant à l'évolution de l'effectif des assurés, autrement dit des engagements. Il y a lieu en particulier de garantir que la capacité de prendre des risques soit préservée même en cas de changements fondamentaux, par exemple suite à un changement du plan de prévoyance, à des liquidations (partielles) ou à des fusions d'institutions de prévoyance.

Alinéa 3

³ *Lors du placement de sa fortune, elle doit respecter les principes d'une répartition appropriée des risques; les disponibilités doivent, en particulier, être réparties entre différentes catégories de placements ainsi qu'entre plusieurs régions et secteurs économiques.*

Avec cette formulation, une nouvelle condition cadre est posée en ce qui concerne la tâche de gestion au sens de l'article 49a OPP 2 pour garantir le but de prévoyance, à savoir l'application du *principe fondamental de la diversification*.

Un des principes à la base d'une répartition adéquate du risque est notamment la réduction des risques spécifiques à chaque titre (Klumpenrisiko entre autres). Il s'agit par là de prévenir des fluctuations perturbatrices et difficiles à évaluer dans le développement de la fortune, qui dépasseraient la capacité de prendre des risques d'une institution de prévoyance.

On sait qu'il est difficile d'établir des pronostics fiables sur l'évolution des rendements de certaines catégories de placement et de placements individuels. En application du devoir de diligence, il s'agira donc de veiller à répartir la fortune de prévoyance entre différentes catégories de placement selon article 53 OPP 2 et, à l'intérieur de ces catégories, sur des titres ou des positions individuels tout en tenant compte de la capacité de prendre des risques de l'institution de prévoyance. Il est décisif, pour une *répartition adéquate des risques*, d'établir dans quelle mesure les fluctuations des rendements des différents placements se déroulent en parallèle, indépendamment l'une de l'autre ou en sens contraire.

3.2 Art. 56 révisé

Art. 56 *Placements collectifs*

Alinéa 1

¹ *Les placements collectifs sont des placements de parts de fortune opérés en commun par différents investisseurs.*

On entend par placements collectifs les fonds de placement suisses et étrangers (fonds sur la base d'un contrat collectif et fortune collective sous forme de société, SICAV), des fondations de placement, des portefeuilles internes des banques, mais aussi des placements en commun sans personnalité juridique propre (c'est-à-dire le regroupement d'investissements).

Les sociétés anonymes considérées comme des "Investment Companies", telles qu'une catégorie de sociétés à la bourse suisse SWX par exemple, doivent également être considérées comme des placements collectifs.

Les contrats d'assurance-vie classiques dont toutes les prestations sont garanties par l'assureur-vie ne sont pas des placements collectifs.

Alinéa 2

² *L'institution de prévoyance peut participer à des placements collectifs, pour autant que:*

- a. *ceux-ci soient conformes aux placements autorisés selon l'art. 53, et que*
- b. *l'organisation des placements collectifs doit être réglée de manière que, au niveau de la fixation des directives de placement, de la répartition des compétences, de la détermination des parts ainsi que ventes et rachats y relatifs, les intérêts des institutions de prévoyance qui y participent soient garantis.*

L'institution ne peut donc investir dans des placements collectifs qu'à la condition que ceux-ci soient conformes aux placements autorisés selon l'article 53, lettres a à e OPP 2. Ainsi, des placements opérés dans des marchandises par le biais de fonds ou de Hedge Funds ne sont possibles que dans le cadre et aux conditions de l'article 59 OPP 2.

Il convient en outre d'observer et de contrôler les risques complémentaires spécifiques au pool qui n'existeraient pas en cas de placements individuels correspondants mais qui, selon les circonstances, pourraient avoir des retombées négatives pour l'institution de prévoyance. On observera en particulier les critères suivants:

- Fixation des directives de placement: Il importe de fixer le cadre des décisions en matière de placement de l'organe chargé de gérer les placements collectifs. Il doit ressortir clairement des directives de quelle manière la fortune apportée collectivement est investie quant à la répartition dans différentes catégories de placement (asset allocation), la diversification, etc. Lorsque la fortune est investie dans d'autres placements que ceux énumérés à l'article 53 OPP 2, l'institution de prévoyance doit le justifier en vertu de l'article 59.
- Réglementation des compétences: Le placement collectif doit être organisé de manière à garantir un pooling "juste et efficient". Il s'agit en l'occurrence de régler l'organisation en veillant à séparer les fonctions, de fixer la procédure en cas de modification des directives de placement, d'établir une répartition des coûts selon le principe de la responsabilité et de désigner l'organe de contrôle.
- Détermination des parts: A comprendre notamment comme une détermination juste des parts (conformément aux valeurs du marché), une comptabilité transparente et un reporting de gestion efficient, sur la base desquels on peut évaluer le succès et les risques encourus.
- Ventes et rachats: S'agissant de placements collectifs, l'institution de prévoyance devrait avoir toute latitude de procéder à des ventes ou rachats selon les besoins. Cela présuppose des coûts de vente et de rachat raisonnablement bas ainsi que la possibilité régulière et fréquente d'acheter et de vendre. De telles opérations permettent par ailleurs de satisfaire les exigences en matière de liquidités au niveau de la fortune globale (art. 52 OPP 2). Dans ce contexte, la négociabilité doit toujours être évaluée par rapport au placement direct correspondant. On pourra ainsi admettre qu'un pool en placements moins liquides (par ex. actions dans les marchés émergents) soit ouvert moins souvent et accuse un plus grand écart achat/vente qu'un fonds dans des placements liquides (par ex. actions en Blue Chips suisses).

L'institution de prévoyance doit contrôler, dans le cadre de sa compétence propre, si les critères susmentionnés sont réglés de façon à sauvegarder ses intérêts. Cet examen doit se faire de façon transparente. Lorsque les placements collectifs sont soumis à une autorité de surveillance fédérale ou étrangère correspondante, ce contrôle sera plus simple à effectuer dès lors que les critères mentionnés ci-avant sont remplis en règle générale.

Alinéa 3

³ *Les parts de placements directs compris dans les placements collectifs s'ajoutent aux placements directs pris en compte pour le calcul des limites de placement selon l'art. 54 et des limites globales selon l'art. 55. Les limites de placement selon l'art. 54 relatives aux engagements envers des débiteurs et des sociétés sont respectées, lorsque:*

- a. *les placements directs compris dans les placements collectifs sont diversifiés de façon appropriée; ou que*
- b. *la participation à une quote-part d'un placement collectif est inférieure à 5% de la fortune totale de l'institution de prévoyance.*

Sont déterminants, pour le contrôle des limites de placement au niveau de la fortune totale selon article 54 (Limites des placements) et article 55 (Limites globales), les placements effectivement opérés dans le cadre des placements collectifs. Cette disposition garantit que le risque de base équivalent du placement collectif est déterminant pour l'appréciation du risque dans le cadre de la stratégie de placement.

Etant donné que les placements collectifs sont souvent suffisamment diversifiés, il n'est pas nécessaire d'établir le volume des différents placements individuels, pour lesquels l'article 54 fixe également des limites. Par ailleurs, si un placement collectif n'est pas suffisamment diversifié quant à ses placements individuels, l'examen du respect des limites des placements individuels n'est pas non plus nécessaire, pour autant que la participation soit inférieure à 5% de la fortune globale.

Alinéa 4

⁴ Les participations à des placements collectifs sont assimilées à des placements directs lorsqu'elles remplissent les conditions selon les alinéas 2 et 3.

Pour autant qu'il soit tenu compte des risques fondamentaux équivalents (alinéa 3) et des risques complémentaires spécifiques au pool (alinéa 2), les placements collectifs sont assimilés à des placements directs. Cela signifie que le risque débiteur du pool est à considérer comme peu pertinent et que la limitation des débiteurs (le placement collectif étant alors considéré comme le débiteur) n'est pas applicable.

3.3 Art. 59 révisé

Art. 59 Extension des possibilités de placement

¹Les possibilités de placement selon les art. 53 à 56, 56a, al. 1 et 5, ainsi que 57, al. 2 et 3, peuvent être étendues sur la base d'un règlement de placement fondé sur l'art. 49a, pour autant que l'application de l'art. 50 soit établie de façon concluante dans un rapport annuel.

Principes:

Les institutions de prévoyance devraient en principe pouvoir pratiquer une stratégie de placement sous leur propre régie en tenant compte de leur capacité de prendre des risques, et engager les instruments de placement qu'elles jugent utiles. Cela correspond à la tâche de gestion retenue à l'article 49a OPP 2. Les deux conditions requises pour l'extension des possibilités de placement et le dépassement des limites sont les suivantes:

- a) un règlement de placement selon article 49a, qui mentionne explicitement ces possibilités élargies et
- b) une attestation concluante que les principes de sécurité et de répartition du risque selon article 50 OPP 2 ont été respectés.

Extension des instruments de placement:

Avec l'arrivée incessante sur le marché de nouveaux instruments de placement, une énumération exhaustive de ces instruments à l'article 53 OPP 2 n'est ni possible, ni utile. Il en est de même pour les placements collectifs selon article 56 et pour les instruments financiers dérivés selon article 56a, alinéa 1, OPP 2.

Ce qui est décisif, c'est que l'institution de prévoyance contrôle l'engagement de chaque instrument conformément aux exigences de sécurité selon le nouvel article 50. Des catégories non traditionnelles de placement, comme les Hedge Funds par exemple, peuvent donc également être utilisées. Il faut cependant que les conditions suivantes soient remplies:

- Les instruments doivent être choisis avec soin. Autrement dit, l'institution de prévoyance doit analyser et mesurer les chances et les risques de chacun de ces placements. Il s'agira notamment d'apprécier leur influence sur les rendements et sur les caractéristiques de risque de la fortune totale.
- Lors de l'utilisation de ces instruments, l'institution doit dûment tenir compte du principe de la répartition du risque.

253 Il ne doit pas exister d'obligation de faire des versements ultérieurs.

Extension des limites:

Les institutions de prévoyance devraient pouvoir dépasser les limites existantes si elles ont la capacité nécessaire de prendre des risques. La capacité de prendre des risques dépend notamment de la situation financière de l'institution ainsi que de la structure et de l'évolution prévisible de l'effectif des assurés. Une autre composante de cette capacité est l'existence d'une organisation professionnelle pour la mise en œuvre de la stratégie et la surveillance des opérations.

Il va sans dire que le dépassement des limites ne libère pas de l'obligation de respecter les principes de la sécurité et de la répartition du risque selon l'article 50 OPP 2. C'est le cas tout spécialement pour les placements chez l'employeur (art. 57 OPP 2), où l'aspect de la sécurité quant à la réalisation des buts de prévoyance mérite une attention particulière. En effet, les conflits d'intérêts

potentiels auxquels l'organe paritaire est confronté sont nettement plus élevés ici qu'ailleurs.

Etablir de façon concluante le respect du principe de la sécurité:

Le respect des principes de sécurité et de répartition du risque selon article 50 OPP 2 doit être établi de façon concluante dans un rapport annuel. De façon concluante signifie que le rapport doit clairement démontrer que l'extension des possibilités de placement ne met pas en péril la réalisation des buts de prévoyance. Les résultats du rapport doivent être publiés chaque année dans l'annexe aux comptes annuels.

Il n'appartient pas à l'organe de contrôle et encore moins aux autorités de surveillance d'examiner le caractère concluant. Seul est responsable ici l'organe paritaire de contrôle de l'institution de prévoyance selon l'article 49a OPP 2. Les décisions concernant l'extension des possibilités de placement sont du ressort de l'organe de gestion responsable.

Responsabilité:

Les modifications de l'OPP 2 qui sont proposées, et tout particulièrement les modifications de l'art. 59, accroissent la responsabilité propre de l'organe chargé de la gestion paritaire. La flexibilisation et l'extension des possibilités de placement ne diminuent donc en rien la responsabilité et la diligence dont doivent faire preuve les personnes chargées de la gestion².

La norme concernant la responsabilité, figurant à l'art. 52 LPP, sert ici de référence. Etant donné le caractère contraignant de l'art. 52, la responsabilité ne peut pas être exclue, même en cas d'endettement limité. Les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance répondent donc du dommage qu'elles lui causent, intentionnellement ou par négligence. L'institution de prévoyance elle-même répond de ces dommages causés à des tiers, en particulier aux bénéficiaires de la prévoyance, car le comportement préjudiciable des personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle lui est entièrement imputée, conformément à la responsabilité générale de l'organe des personnes morales (cf. art. 55 CC). Le fait que l'autorité de surveillance prenne connaissance du rapport annuel (cf. art. 62, al. 1, let. b et c, LPP) ne signifie pas que les membres de l'organe responsable ne puissent plus être tenus pour responsables de décisions fautives et de violation des obligations qui se sont produites au cours de l'année d'exercice³. Le fonds de garantie dispose lui aussi, à concurrence des prestations garanties, d'un droit de recours contre toutes les personnes responsables de

² Cf. Jacques-André Schneider, "La gestion de fortune institutionnelle et l'éthique de la responsabilité", dans *Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge* (SZS), 1996, p. 1 ss.

³ Cf. Riemer, *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, § 2, n. 92; Brühwiler, *Betriebliche Personalvorsorge*, § 19, n. 50 ss. Dans le cadre de leur activité de surveillance des institutions de prévoyance, les autorités de surveillance ne veillent qu'au respect par les institutions des prescriptions légales (art. 62, al. 1, LPP); cf. aussi Vetter-Schreiber, *Staatliche Haftung bei mangelnder BVG-Aufsichtstätigkeit*, Zürcher Studien zum Privatrecht, 1996, p. 31.

l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés (art. 56a, al. 1, LPP); dans ce cadre, le fonds de garantie peut recourir entre autres nommément contre les organes de l'institution de prévoyance⁴.

Les placements non garantis auprès de l'employeur ne sont plus possibles.

L'art. 57, al. 1, inclus jusqu'ici dans le catalogue des écarts selon l'art. 59, n'est désormais plus inclus dans l'extension des possibilités de placement selon le nouvel art. 59 OPP 2. La fortune servant à la couverture des prestations de libre passage et à la couverture des rentes en cours ne doit pas être placée sans garantie auprès de l'employeur. Des placements auprès de l'employeur peuvent créer des problèmes, notamment lorsque la situation économique est difficile. Le devoir de maintenir la fortune de prévoyance s'opposant au maintien de places de travail, des conflits d'intérêt peuvent surgir. La nouvelle disposition garantit le maintien de l'indépendance de l'institution de prévoyance par rapport à l'employeur de l'organe responsable. L'expérience passée a aussi montré que les placements en faveur de l'employeur entraînent plus souvent que d'autres types de placements des dommages. C'est l'insolvabilité de certaines institutions de prévoyance en faveur du personnel, dont les médias ont parlé, qui a incité le Conseil fédéral à régler de manière plus restrictive dans l'OPP 2 les placements auprès de l'employeur à partir du 1^{er} juillet 1993.

Si des problèmes de droit transitoire se posent en relation avec la nouvelle formulation de l'art. 59, l'autorité de surveillance étudiera les adaptations particulières à prévoir et fixera les délais nécessaires.

3.4 Art. 60 révisé

Art. 60 Déficit des conditions d'extension

Si les conditions stipulées à l'article 59 pour une extension des possibilités de placement ne sont pas remplies, l'autorité de surveillance prend les mesures appropriées. Elle peut exiger une adaptation du placement de la fortune.

La révision de cette disposition est la conséquence logique de la révision de l'article 59 OPP 2; elle est d'ordre purement formel.

Selon l'actuel *alinéa 1*, l'autorité de surveillance ordonne une adaptation du placement si les conditions permettant un écart ne sont pas remplies ou si l'institution ne présente pas de motivation suffisante⁵. Cette disposition fait

⁴ Vetter-Schreiber, *Staatliche Haftung bei mangelnder BVG-Aufsichtstätigkeit*, Zürcher Studien zum Privatrecht, 1996, p. 246 ss. et la jurisprudence citée.

⁵ cf. Commentaires du projet de l'ordonnance 2 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 9 août 1973 (OPP 2), procédure de consultation des partenaires sociaux et autres organisations concernées, du 9.8.1973 (36.835), ad art. 57 (Ecart), p. 82.

référence à l'actuel article 59 (Ecart). La modification de l'article 59 entraîne celle de l'article 60.

A la différence de l'ancienne réglementation, il n'y a plus de rapport direct à l'autorité de surveillance. Dans le cadre de la révision annuelle, l'organe de révision contrôle si les conditions selon l'article 59 sont remplies, autrement dit si le rapport existe et si les résultats du rapport sont annexés aux comptes annuels. Si ces conditions ne sont pas remplies, ou pas suffisamment, l'autorité de surveillance ordonne les mesures utiles.

En fixant un délai d'adaptation de cinq ans à l'article 60, al. 2, le législateur avait pensé aux institutions de prévoyance qui voulaient se faire enregistrer mais n'étaient pas en mesure de fournir les justifications suffisantes pour des écarts, dès lors que, avant l'entrée en vigueur de l'OPP 2, d'autres dispositions en matière de placement s'appliquaient⁶. Il ne paraît pas utile de maintenir ce délai avec la nouvelle réglementation de l'article 59. Les conditions d'extension des possibilités de placement sont fixées à l'article 59 et reposent largement sur les réglementations déjà en vigueur, notamment sur les exigences décrites à l'article 49a. L'alinéa 2 peut donc être supprimé. Il faut par conséquent changer le titre de la disposition.

4. Domaine d'application

Les modifications et compléments proposés se basent sur l'article 71, al.1 LPP (administration de la fortune). Leur domaine d'application s'étend de ce fait aux institutions de prévoyance enregistrées appliquant la LPP (art. 48 LPP), à celles qui pratiquent la prévoyance professionnelle dans le domaine surobligatoire (art. 49, al. 2 LPP et art. 89bis, al. 6 CC), ainsi qu'aux institutions du 3e pilier (art. 5, al. 3 OPP 3). Quant aux fondations de placement, il s'agit d'une catégorie spéciale de formes collectives de placement non soumise jusqu'ici à une réglementation propre; ces fondations sont régies par le droit des fondations⁷. Mais, partant de l'obligation des autorités de surveillance des fondations de veiller à une utilisation conforme aux buts de la fortune de la fondation (art. 84, al. 2 CC), on peut déduire que les fondations "ordinaires" ou "classiques" doivent, de manière générale, observer les principes de sécurité, de rentabilité, de liquidité, de répartition du risque et de préservation de la substance. Invoquant ces mêmes principes, le Tribunal fédéral a décidé⁸ que les dispositions en matière de placement de l'OPP 2, applicables aux fondations de prévoyance du personnel, doivent également servir de référence pour évaluer la politique de placement des fondations "ordinaires" ou "classiques". Partant, ces principes s'appliquent

⁶ cf. Commentaires sur le projet de l'OPP 2, chiffre 1 ci-dessus.

⁷ Pratique de l'OFAS quant aux exigences des fondations de placement sous sa surveillance, du 1er mai 1999.

⁸ Arrêt de la II Cour civile du Tribunal fédéral du 30 janvier 1998 dans l'affaire Fondation X contre Tribunal cantonal (chambre de droit civil) des Grisons, publié dans ATF 124 III p. 97 ss concernant les fondations de libre passage; voir aussi l'arrêt du Tribunal féd. des assurances du 22 octobre 1996 dans l'affaire Fondation X contre Y et Tribunal administratif de Genève.

également aux fondations de placement, définies dans la pratique comme des "institutions annexes à la prévoyance professionnelle".

5. Entrée en vigueur

Les nouvelles dispositions entreront en vigueur le 1er avril 2000.