

Arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2020 (9C\_524/2019)

# Fondations du pilier 3a et fondations de libre passage

Dans un récent arrêt prévu à la publication, le Tribunal fédéral (TF) a été appelé à se prononcer sur l'interprétation des art. 19a al. 2 OLP et 5 al. 3 OPP 3 et en particulier sur les Directives de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS PP) sur les fondations du pilier 3a et fondations de libre passage du 2 juillet 2014 (D-04/2014).

## EN BREF

**Les règles d'organisation et de gouvernance des art. 48f à 48i OPP 2 (mentionnés à l'art. 49a al. 2 let. c OPP 2) ne s'appliquent qu'aux institutions de prévoyance au sens propre du terme.**

Une Fondation bancaire du pilier 3a A (la Fondation 3a) et une Fondation de libre passage B (la FLP) constituées toutes deux par la même banque, avaient été sommées par l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance de la République et canton de Genève (l'ASFIP) de modifier leurs statuts et règlements et de les mettre à jour conformément aux D-04/2014. Ces dernières prévoyaient qu'un membre au moins du conseil de fondation ne doit pas être un représentant de la banque fondatrice ni participer à la gestion ou à la gestion de fortune de la fondation bancaire. Ce membre ne doit pas non plus être lié économiquement à la banque fondatrice, à l'entreprise chargée de la gestion ou à celle chargée de la gestion de la fortune de la fondation.

Par décisions datées du 29 mai 2017, l'ASFIP exigeait des fondations de se conformer aux D-04/2014 et modifier leurs statuts. Par arrêt du 12 juin 2019, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a rejeté les recours des fondations. Les fondations demandent au TF l'annulation de l'arrêt du TAF soutenant que les décisions rendues ne reposent pas sur une base légale suffisante.

## Considérants et discussion

Dans cet arrêt, le TF a considéré qu'une application à la FLP des dispositions sur l'intégrité et la loyauté des responsables, les actes juridiques passés avec

des personnes proches et les conflits d'intérêts (art. 51b, 51c et 53a LPP) par renvoi de l'art. 89a al. 6 ch. 8 CC est exclue. En effet, une fondation de libre passage ne peut pas être considérée comme une fondation de prévoyance en faveur du personnel au sens de l'art. 89a al. 6 CC, car elle n'est pas destinée à la prévoyance du personnel au sens propre du terme.

Les juges fédéraux ont ensuite procédé à un exposé des diverses modifications apportées durant ces dernières années à l'art. 49a OPP 2 ayant trait à la responsabilité de la gestion et des tâches de l'organe suprême dans le cadre du placement de la fortune. Concluant ainsi que les renvois aux art. 49 à 58 OPP 2 qui figurent aux 19a al. 2 OLP et 5 al. 3 OPP 3 – applicables aux fondations de libre passage et du pilier 3a – portent uniquement sur une application par analogie des règles sur le placement de la fortune des fondations et non les règles de gouvernance. Partant, les renvois figurant à l'art. 49a al. 2 let. c OPP 2, notamment le renvoi à l'art. 48h al. 1 OPP 2, ne s'appliquent pas par analogie aux fondations précitées, puisque ces renvois visent la mise en œuvre de l'art. 51b al. 2 LPP et non celle de l'art. 71 LPP (Administration de la fortune). Ainsi, les D-04/2014 ayant pour fondement les articles de la gouvernance sont contraires à la loi.

Néanmoins, le TF a confirmé la compétence de la CHS PP d'émettre des di-



**Angelica Meuli**  
Willis Towers Watson



**Evelyn Schilter**  
Willis Towers Watson

rectives pour concrétiser ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence. Qualifiant ces directives d'ordonnances administratives, elles doivent être considérées comme des directives d'interprétation précisant à l'intention des autorités inférieures le sens à donner à des notions juridiques indéterminées figurant dans des dispositions légales, notamment. Leur but étant de garantir la sécurité juridique et l'égalité de traitement. Il s'agit donc de l'opinion de l'autorité supérieure sur l'interprétation des dispositions légales et non de règles de droit. Il en découle que le juge doit en tenir compte dans la mesure où elles permettent une application correcte des dispositions légales mais doit s'en écarter lorsqu'elles établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables.

Dans le cadre de l'examen de conformité légale de ses directives, la CHS PP organise pour chaque projet de directive des consultations auprès des associations et des autorités intéressées, ce qui leur permet de se prononcer au sujet de ses projets et, le cas échéant, au sujet de leur conformité légale. Dans des cas concrets, les tribunaux peuvent juger à titre accessoire de la légalité des directives de la CHS PP, mais un examen abstrait des directives par le juge demeure exclu.

En l'espèce, lors de l'examen concret des D-04/2014 le TF s'en est écarté, puisque ces directives concrétisent l'art. 48h al. 1 OPP 2, sortant ainsi du cadre légal fixé par les art. 19a al. 2 OLP et 5 al. 3 OPP 3. La base légale des D-04/2014 faisait donc défaut, car au lieu de concrétiser une base légale existante, ces directives complétaient les dispositions applicables. L'ASFIP ne pouvait donc pas imposer aux fondations de libre passage et du pilier 3a une modification de leurs statuts en se fondant sur lesdites directives. Notons qu'à la suite de cet arrêt, la CHS PP a abrogé les D-04/2014 (Communication de la CHS PP du 9 décembre 2020). Il appartiendrait au législateur d'adopter, le cas échéant, des règles de gouvernance plus spécifiques pour les fondations de libre passage et du pilier 3a.

La problématique de la limite des compétences légales de la CHS PP n'est pas nouvelle. Rappelons qu'en 2015, la CHS PP avait l'intention de définir dans

de nouvelles directives les exigences posées aux organes de révision. Son projet avait été critiqué lors de la consultation. À la suite, en répondant au postulat 16.3733 déposé par le député Ettlin, le Conseil fédéral (CF) avait conclu qu'avec son projet de directive, la CHS PP outrepassait ses compétences légales. Le CF avait souligné que la CHS PP pouvait certes émettre des directives à l'intention des organes de révision mais que l'introduction d'un agrément spécial pour l'audit des institutions de prévoyance était une prérogative réservée au législateur.

Plus récemment, dans le cadre du projet de directive relative aux fondations collectives et communes ayant pour but d'uniformiser les modalités de collecte des informations par les autorités de surveillance afin d'accroître la transparence et la sécurité financière et de créer la base pour une évaluation des risques équivalente à celle des autres institutions de prévoyance, s'est posée la question des compétences légales dans la CHS PP. En effet, la base légale était contestée par certaines parties participant à la procédure de consultation mise en place par la CHS PP. Reste à voir l'issue que prendra ce projet et si la CHS PP tiendra compte des prises de position formulées.

En somme, comme l'a rappelé le CF à plusieurs reprises (Interpellation Kuprecht 18.4166 et Motion Kuprecht 19.3600), la CHS PP peut certes édicter des directives concernant les tâches dévolues aux experts et à l'organe suprême des institutions, mais celles-ci ne peuvent que concrétiser la loi, et non la compléter. Le CF a en outre clairement indiqué ne pas être compétent pour vérifier la conformité juridique des directives émises par la CHS PP.

### Conclusion

Le TF nous éclaire d'une part sur l'interprétation des renvois figurant aux art. 19a al. 2 OLP et 5 al. 3 OPP 3 adoptées en exécution de l'art. 71 LPP, en mettant en évidence que seules les dispositions relatives au placement de la fortune s'appliquent par analogie aux fondations de libre passage et du pilier 3a. En revanche, les règles d'organisation et de gouvernance des art. 48f à 48l OPP 2 (mentionnés à l'art. 49a al. 2 let. c OPP 2) ne s'appliquent qu'aux ins-

titutions de prévoyance au sens propre du terme. D'autre part, on conviendra que nonobstant la mise en place de procédures de consultation par la CHS PP, cet arrêt met en exergue les limites de telles procédures, notamment en matière d'examen de la conformité légale. Le défaut de base légale n'ayant en l'espèce été relevé que lors de l'examen concret et non en amont lors de la procédure. ■