

Bulletin de la prévoyance professionnelle N° 35

du 20 mai 1996

Suite au nouveau formatage, il peut en résulter des différences de pagination entre les versions imprimée et électronique.

ÉDITION SPÉCIALE

Révision de la OPP 2: modification des prescriptions en matière de comptabilité et de placement / utilisation des instruments financiers dérivés

Le 24 avril 1996, le Conseil fédéral a décidé de modifier l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle VSI (OPP 2) en adaptant les prescriptions relatives à la comptabilité et au placement pour les institutions de prévoyance enregistrées afin d'améliorer la transparence et la sécurité. Les modifications s'inscrivent dans le contexte de la réglementation concernant l'utilisation des instruments financiers dérivés. Elles entreront en vigueur le 1er juillet 1996.

Quelles sont les nouvelles réglementations?

- Les exigences en matière d'établissement des comptes des institutions de prévoyance sont adaptées à celles en vigueur dans le droit des actions ou dans le droit bancaire et boursier (modification de l'article 47).
- La tâche de gestion de l'organe paritaire dans l'organisation de la gestion de fortune et de la comptabilité est précisée (nouvel article 49a).
- L'utilisation des instruments financiers dérivés fait l'objet d'une nouvelle réglementation (nouvel article 56a).

Les nouvelles exigences concernent toutes les institutions de prévoyance, même si elles n'utilisent pas d'instruments dérivés. Elles sont praticables; elles se justifient et respectent le domaine de compétence propre des institutions de prévoyance.

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.

L'Office fédéral des assurances sociales publiera des directives spécifiques destinées à faciliter l'application des nouvelles dispositions.

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

Modification du 24 avril 1996

Le Conseil fédéral suisse arrête

I

L'ordonnance du 18 avril 1984¹ sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) est modifiée comme il suit :

Titre de la section précédant l'article 47

Section 2 : Comptabilité et établissement des comptes

Art. 47 Tenue régulière de la comptabilité
(art. 71, 1^{er} al., LPP)

¹ L'institution de prévoyance fixe les principes à observer en matière de comptabilité et d'établissement des comptes. Elle est responsable de l'établissement des comptes annuels, lesquels se composent du bilan, du compte d'exploitation et de l'annexe. Les comptes annuels contiennent les chiffres de l'exercice précédent.

² Les comptes annuels sont établis et structurés conformément aux principes régissant l'établissement régulier des comptes. Ils sont dressés de telle manière qu'ils feront ressortir clairement la situation financière réelle.

³ L'annexe contient des informations et des explications complémentaires concernant le placement de la fortune, le financement et les divers postes du bilan et du compte d'exploitation. Les événements postérieurs à la date du bilan sont pris en considération dans la mesure où ils influencent de manière importante l'appréciation de la situation dans laquelle se trouve l'institution de prévoyance.

⁴ Sont, en outre, applicables les articles 957 à 964 du code des obligations² relatifs à la comptabilité commerciale.

Art. 49a Tâche de gestion
(art. 51, 1^{er} et 2^e al., art. 71, 1^{er} al., LPP)

L'institution de prévoyance fixe clairement les objectifs et les principes à observer en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune de façon à ce que l'organe paritaire puisse assumer pleinement sa tâche de gestion.

¹ RS 831.441.1

² RS 220

Art. 56a Instruments financiers dérivés
(art. 71, 1^{er} al., LPP)

¹ L'institution de prévoyance peut investir uniquement dans des instruments financiers dérivés découlant des placements prévus à l'article 53.

² La solvabilité de la contrepartie et la négociabilité doivent être prises en considération en tenant compte des particularités de chaque instrument dérivé.

³ Tout engagement d'une institution de prévoyance résultant d'opérations sur dérivés ou qui peut résulter de l'exercice du droit, doit être couvert.

⁴ L'utilisation d'instruments financiers dérivés ne doit pas exercer d'effet de levier sur la fortune globale.

⁵ Les limites prévues aux articles 54 et 55 doivent être respectées à l'égard des instruments financiers dérivés.

⁶ Sont déterminants en matière de respect de l'obligation de couverture et de limites, les engagements qui, pour l'institution de prévoyance, peuvent découler, dans le cas le plus extrême, des instruments dérivés lors de leur conversion en sous-jacent.

⁷ Tous les instruments financiers dérivés non échus doivent figurer intégralement dans les comptes annuels.

Art. 59, 1^{er} al., première phrase

¹ L'institution de prévoyance peut dans un cas particulier s'écarter des normes fixées aux articles 53 à 55, 56a, 1^{er} et 5^e alinéas, ainsi qu'à l'article 57 à la condition que:...

II

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} juillet 1996.

Commentaire des nouvelles prescriptions de l'OPP 2

(Introduction des articles 49a et 56a; modification des articles 47 et 59, 1er alinéa)

1. Remarques préliminaires

La révision des prescriptions en matière de comptabilité et de placement a été mise en oeuvre par la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle, organe consultatif du Conseil fédéral, lors de la séance qu'elle a tenue le 19 septembre 1994. Elle a créé un groupe d'experts constitué de spécialistes de la prévoyance professionnelle, de la comptabilité, du droit bancaire et de la bourse ainsi que de spécialistes des produits dérivés. Les propositions de ce groupe d'experts ont été approuvées par la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle lors de sa séance du 15 septembre 1995.

En ce qui concerne la sécurité des caisses de pension, ces propositions reflètent une vision globale qui prend en considération, avant tout, le principe de la responsabilité propre des organes paritaires et le principe de la transparence. Elles sont donc conçues comme un tout, c-à-d qu'elles permettent d'atteindre cet objectif de sécurité que si les dispositions proposées sont adoptées en un seul paquet. Sous chiffre 2, elles sont d'abord justifiées par des considérations de principe. Sous chiffre 3 figure le commentaire proprement dit des dispositions, lequel peut être utile pour l'application pratique de ces dernières à l'avenir. Enfin, le chiffre 4 traite du champ d'application et de l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles ou modifiées.

2. Considérations de principe

2.1 Données du problème et besoin de réglementation

Les instruments financiers dérivés (appelés communément dérivés) sont des contrats dérivés de placements de base (comme notamment d'actions, d'obligations, de devises, etc.). Ils impliquent des droits, respectivement des obligations quant à la future livraison ou réception du placement en question à des conditions déterminées. Voici des exemples: les opérations à terme classiques, les financial futures, les swaps et les options.

En raison de leur complexité, les dérivés **comportent des risques inhérents qui n'apparaissent pas à première vue**. Il s'ensuit que des instruments de placement en principe judicieux peuvent être utilisés de manière incorrecte.

Actuellement, les institutions de prévoyance qui utilisent des dérivés doivent se fonder **exclusivement sur les principes généraux en matière de placement** (art. 71, 1er al., LPP) qui ont force obligatoire. Les instructions émises par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) sont certes fort utiles (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle no 11, 16 et 23), mais ne sauraient garantir la sécurité du droit. Dans la pratique, s'agissant du placement de la fortune et de la présentation de ces placements dans les comptes annuels, il existe parfois de grandes incertitudes qui remettent en question non seulement l'exercice de la

responsabilité propre des organes compétents, mais également l'accomplissement des tâches de contrôle et de surveillance.

Il est nécessaire de réglementer l'utilisation de ces instruments financiers dans l'OPP 2, ceci dans l'intérêt des assurés et du développement des caisses de pension dans leur ensemble. Les modifications et les compléments de l'OPP 2 doivent cependant correspondre aux idées directrices exposées ci-après.

2.2 Compétence propre et transparence

En tant que loi-cadre, la LPP a voulu laisser aux institutions de prévoyance une compétence propre aussi large que possible (art. 49). Il doit continuer à en être ainsi. Cependant, la compétence propre implique également **des règles actuelles et contraignantes concernant la transparence** auxquelles ont droit aussi bien les employeurs que les salariés ou les assurés, en tant que parties au contrat de prévoyance. A cet égard, le droit au niveau de l'ordonnance accuse des lacunes considérables qu'il s'agit de combler.

Il s'agit aujourd'hui de profiter en particulier de l'évolution qu'ont subie **la comptabilité et l'établissement des comptes** (cf. infra chiffre 2.5). Dans l'intérêt de l'égalité devant la loi, il convient notamment de concrétiser les exigences en matière de transparence des comptes annuels, non seulement en ce qui concerne l'actif du bilan (placement de la fortune), mais aussi son passif.

La transparence est en outre **indivisible**. Elle revêt certes des aspects spécifiques quant à l'utilisation des instruments financiers dérivés (cf. surtout les propositions relatives à l'art. 56a, 6e et 7e aL) ; elle doit toutefois mieux être concrétisée dans le domaine de la comptabilité et de l'établissement des comptes (cf. la proposition concernant l'art 47 OPP2). C'est la seule façon de déceler et de contrôler de manière fiable les risques inhérents à d'autres placements, en tant que tels et en combinaison avec l'utilisation de dérivés. Ce n'est que de cette manière que l'art. 36, 2e al. LPP, qui prescrit l'adaptation des rentes en cours à l'évolution des prix dans les limites des possibilités financières de la caisse de pension, acquierrera (enfin) une signification pratique sous l'angle de l'égalité devant la loi. En outre, c'est, en pratique, l'unique façon de procéder aux liquidations partielles sur la base de la situation financière réelle de la caisse de pension conformément aux articles 23 LFLP et 9 OLP.

2.3 Parité, responsabilité propre, tâches de gestion

L'art. 51, 1er al. LPP exige que les caisses de pension soient gérées paritairement. Cette gestion assumée par les partenaires sociaux (il s'agit bien de gestion et non pas simplement d'administration) légitime expressément les institutions de prévoyance à agir autant que possible sous leur propre responsabilité, qu'elles s'acquittent de leurs tâches légales ou fassent usage de leur domaine de compétence propre.

L'exercice des responsabilités exige une gestion qualifiée. Mais le droit actuel est insuffisamment concrétisé dans des secteurs essentiels de la gestion comme la comptabilité, l'établissement des comptes et le placement de la fortune. Cela a

créé des incertitudes, en particulier (mais pas uniquement) pour l'utilisation des instruments financiers dérivés. Cette situation doit être clarifiée au niveau de l'ordonnance pour faire prendre ainsi conscience également du fait qu'une gestion responsable va de pair avec un contrôle responsable (controlling et reporting).

Les nouvelles dispositions des articles 47 et 49a OPP 2 prévoient la structure actuellement indispensable aux **tâches de gestion** dans les domaines de la comptabilité, de l'établissement des comptes et du placement de la fortune. L'utilisation des instruments financiers dérivés doit désormais s'inscrire dans la perspective de l'article 56a OPP 2.

L'offre d'un support pour la maîtrise des tâches de gestion dans le sens proposé est la meilleure manière de prévenir des discussions inadéquates, voire même des litiges portant sur la responsabilité décrite à l'art. 52 LPP.

2.4 Gestion, contrôle, surveillance

En vertu de l'article 53 LPP, l'organe de contrôle vérifie chaque année la gestion, la comptabilité et les placements. Comme le droit en vigueur ne fait pas expressément état ni ne concrétise, pour la comptabilité, **le niveau de contrôle que les institutions de prévoyance doivent exercer sous leur propre responsabilité**, cette disposition légale est difficilement utilisable dans certains cas, par exemple lors d'investissements dans des instruments financiers dérivés. Les propositions de modification apportent une aide en la matière. Elles ne concernent d'ailleurs pas le seul domaine de la comptabilité, mais également les domaines de la gestion lorsque celle-ci a trait au placement de la fortune en général et aux investissements dans les instruments financiers dérivés en particulier.

L'importance du contrôle, institué dans l'intérêt d'une gestion responsable, offre également une position de départ claire à la **fonction répressive souveraine de l'autorité de surveillance**. Cette dernière peut se concentrer sur des activités répressives dans des domaines tels que la gestion, la comptabilité et le placement de la fortune. Cela devrait exclure une immixtion (non voulue consciemment, pour l'essentiel) juridiquement non fondée dans l'autonomie de gestion des institutions de prévoyance.

L'autorité de surveillance dispose pour son activité de meilleures bases grâce précisément à l'annexe (voir art. 47, 1er et 3e al. OPP 2) qui fait partie des comptes annuels vérifiés par l'organe de contrôle. Cette annexe contient des informations actuelles puisqu'elle doit prendre en considération les événements postérieurs à la clôture du bilan dans la mesure où ils influencent de manière importante l'appréciation de la situation dans laquelle se trouve l'institution de prévoyance.

2.5 Proportionnalité et praticabilité

Les nouvelles dispositions se caractérisent par leur proportionnalité et leur praticabilité. C'est ce qui ressort des explications précédentes. On peut encore

ajouter que ces propositions améliorent la prévention des cas d'insolvabilité, ce qui permet de garder le contrôle des charges grevant le fonds de garantie.

De plus, et dans la mesure du possible, les propositions se réfèrent à des notions traitées et reconnues dans le droit et la pratique de la prévoyance professionnelle, ainsi que dans la comptabilité commerciale actuelle. Pour ce qui est des propositions concernant les instruments financiers dérivés, on a tenu compte des dispositions légales en vigueur et des avis exprimés dans les milieux spécialisés. Mentionnons en particulier la modification du 12 décembre 1994 de l'Ordonnance sur les banques et les directives de la Commission fédérale des banques du 14 décembre 1994 relative à l'établissement des comptes, ainsi que le document de l'Association suisse des banquiers intitulé "Directives et commentaire concernant l'exercice de mandats de gestion conférés à la banque par un client".

L'insertion des propositions dans un contexte interdisciplinaire s'explique, d'une part, par le mandat et le but de la prévoyance professionnelle, d'autre part, par la nécessité, pour les organes de gestion, de développer des stratégies et, enfin, par l'exigence de laisser à ces derniers une marge de manœuvre suffisante leur permettant d'assumer une gestion responsable.

Les dispositions de l'ordonnance qui sont proposées se limitent, dans la mesure du possible, à l'essentiel. Ceci également dans la perspective d'une adaptation à de futures exigences. Pour leur concrétisation, il est envisagé d'édicter des directives spécifiques qui seraient élaborées par les milieux concernés eux-mêmes et sous leur propre responsabilité.

3. Commentaire des dispositions

3.1 Article 47 révisé de l'OPP 2

Introduction

S'agissant de la tenue régulière de la comptabilité, l'actuel article 47 OPP 2 (dans la section 2, intitulée "Comptabilité") ne renvoie qu'aux principes généralement admis en la matière selon les articles 957 à 964 CO. Ce faisant, l'ordonnance ne constitue pas une base suffisante pour faire face aux exigences actuelles en matière de prévoyance professionnelle. En particulier, à l'article 53 LPP consacré au contrôle, la notion de comptabilité ayant trait à la gestion des institutions de prévoyance n'est définie ni expressément ni suffisamment.

La section 2 du chapitre 4 intitulé "Financement" devrait désormais avoir pour titre "comptabilité et établissement des comptes". En ce qui concerne la tenue régulière de la comptabilité, l'article 47 révisé de l'OPP 2 contient les directives nécessaires aux tâches de gestion dans les domaines mentionnés. Ainsi, par analogie, un lien est établi avec l'évolution en matière d'établissement des comptes. Celle-ci est due aux progrès décisifs enregistrés sur le plan de la comptabilité commerciale, dus à l'impulsion du nouveau droit des sociétés anonymes.

Pour comprendre la portée de l'article 47 OPP 2 modifié, il est essentiel de définir la notion de comptabilité. Ce terme est pris au sens large. La comptabilité est un élément de la gestion et elle comprend la comptabilité au sens strict, la gestion de fortune, la tenue des comptes de vieillesse et les comptes annuels. Le controlling (suivi permanent des activités, tenue des livres comptables, etc.) et le reporting interne (établissement de rapports) constituent également des éléments de la comptabilité.

Pour faciliter leur adaptation et leur utilisation pratique, les dispositions relatives à la comptabilité et à l'établissement des comptes ne seront introduites dans l'OPP 2 que sous la forme de principes et devront notamment:

- stipuler que les comptes annuels comprennent le bilan, le compte d'exploitation et un nouvel élément: l'**annexe**;
- préciser pour qui et dans quel but les comptes sont établis, en conformité avec les articles 959 et 662a CO et avec les dispositions particulières du droit de la prévoyance professionnelle.

1^{er} alinéa

1 L'institution de prévoyance fixe les principes à observer en matière de comptabilité et d'établissement des comptes. Elle est responsable de l'établissement des comptes annuels, lesquels se composent du bilan, du compte d'exploitation et de l'annexe. Les comptes annuels contiennent les chiffres de l'exercice précédent.

En règle générale, est compétent l'organe supérieur. En pratique, il y a toutefois des exceptions dans le cadre des règles concernant la gestion paritaire. L'organe compétent doit définir les objectifs et les principes d'exécution et doit déléguer et surveiller certaines tâches. Il sied en particulier de relever que l'organe supérieur est tenu de surveiller les activités, c'est-à-dire d'en avoir sans cesse une vue d'ensemble et de les suivre en permanence ou au moins périodiquement.

Par analogie avec le droit des sociétés anonymes, l'introduction de l'annexe, en tant qu'élément des comptes annuels, résulte des exigences posées aux organes responsables des institutions de prévoyance, aux services de contrôle (il est préférable de parler d'organes de révision) et aux autorités de surveillance. Pour de plus amples détails à ce sujet, on renvoie aux commentaires concernant le 3e alinéa. L'obligation de mentionner les chiffres de l'exercice précédent est également instaurée par analogie avec le droit des sociétés anonymes.

2e alinéa

2 Les comptes annuels sont établis et structurés conformément aux principes régissant l'établissement régulier des comptes. Ils sont dressés de telle manière qu'ils feront ressortir clairement la situation financière réelle.

En ce qui concerne l'établissement régulier des comptes, on peut se référer par analogie à l'article 662a, 2e alinéa CO et aux commentaires y relatifs disponibles dans la pratique reconnue. L'établissement des comptes annuels découle en règle générale du plan comptable de l'institution de prévoyance (voir à ce sujet le plan comptable suisse pour les institutions de prévoyance professionnelle,

Communication professionnelle no. 5/1992 de la Chambre suisse des sociétés fiduciaires et des experts-comptables).

Cette disposition contient l'objectif selon lequel les comptes annuels doivent présenter de façon transparente la situation financière réelle de l'institution de prévoyance, à la manière d'un instantané. Cette définition n'est pas nouvelle: selon le droit en vigueur (l'article 47 OPP 2 renvoie à l'article 959 CO), les comptes annuels doivent déjà être complets, clairs et faciles à consulter, afin que "les intéressés puissent se rendre compte aussi exactement que possible de la situation économique de l'entreprise". La nouvelle formulation proposée répond mieux aux besoins des parties ayant passé un contrat de prévoyance et concorde avec l'article 9 OLP¹ qui est déterminant pour le calcul des fonds libres en cas de liquidation partielle. En outre, il y a lieu de relever que l'article 36, 2e alinéa, LPP qui traite de l'adaptation des rentes en cours à l'évolution des prix, renvoie, en utilisant les termes "possibilités financières", à une formulation presque analogue.

En dépit de cet objectif, il reste possible d'inscrire des évaluations au bilan commercial en vertu de l'article 48 OPP 2. Cette disposition prescrit (ainsi que l'article 960 CO) une évaluation maximale. Des sous-évaluations et, partant, la formation de réserves qui en découle, demeurent possibles. Pour des raisons de transparence, l'annexe doit toutefois contenir les informations complémentaires sur la situation financière effective et sur l'évaluation. Si les valeurs inscrites au bilan sont inférieures à la valeur vénale ou à la valeur du marché, elles doivent être indiquées dans l'annexe; il n'en résulte toutefois pas d'inscriptions comptables influant sur le résultat. Dans ces commentaires relatifs à l'évaluation, les provisions pour variations de valeur des placements doivent être prises en considération.

3e alinéa

3 L'annexe contient des informations et des explications complémentaires concernant le placement de la fortune, le financement et les divers postes du bilan et du compte d'exploitation. Les événements postérieurs à la date du bilan sont pris en considération dans la mesure où ils influencent de manière importante l'appréciation de la situation dans laquelle se trouve l'institution de prévoyance.

Les renseignements particuliers devant figurer en principe dans l'annexe peuvent également apparaître au bilan ou au compte d'exploitation. Du fait de l'obligation de mentionner également les événements postérieurs à la clôture du bilan lorsqu'ils influent notablement sur l'appréciation de la situation de l'institution de prévoyance, la direction responsable, l'organe de contrôle et l'autorité de surveillance disposent des données dont ils ont besoin, à savoir les plus actuelles.

L'annexe doit être conforme aux principes régissant l'établissement régulier des comptes et est soumise, en tant que partie intégrante des comptes annuels, à

¹ Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Ordonnance sur le libre passage, OLP, AS 831.425)

l'examen de l'organe de contrôle. Le système de contrôle comprenant le contrôle interne, la révision et la surveillance est ainsi complet et efficace.

4e alinéa

4 Sont, en outre, applicables les articles 957 à 964 du code des obligations relatifs à la comptabilité commerciale.

Le renvoi complémentaire aux règles générales de la comptabilité commerciale figurant dans le CO demeure judicieux. Ainsi, le lien avec d'éventuelles modifications des prescriptions du CO concernant l'établissement des comptes est notamment garanti.

3.2 Nouvel article 49a de l'OPP 2

L'institution de prévoyance fixe clairement les objectifs et les principes à observer en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune de façon à ce que l'organe paritaire puisse assumer pleinement sa tâche de gestion.

Ce nouvel article 49a OPP 2 fait partie de la section 3 traitant du placement de la fortune. Il contient une description des tâches de gestion en rapport avec le placement de la fortune. Cette description est analogue aux prescriptions concernant la comptabilité et l'établissement des comptes (nouvel article 47 OPP 2). Sous une forme claire et comparable au niveau juridique, il existe ainsi une corrélation avec l'article 51, 2e alinéa, lettre c LPP, lequel prescrit la garantie de la gestion paritaire de la fortune.

Il est indispensable que les organes compétents (en général ce sont les organes supérieurs, composés le plus souvent de manière paritaire) des institutions de prévoyance s'occupent de la manière de placer la fortune. La réalisation des objectifs de plus en plus divers de la prévoyance professionnelle en dépend directement.

La nouvelle disposition oblige l'institution de prévoyance, resp. l'organe compétent, à déterminer les modalités d'exécution pour le placement de la fortune, de sorte que l'organe paritaire puisse assumer de manière effective sa tâche de gestion. L'obligation de l'institution de prévoyance consiste à fixer des objectifs et des principes en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune afin de réunir les conditions d'une gestion optimale. L'expression "pouvoir assumer" ne laisse pas à l'organe paritaire le choix de son action: on demande qu'il agisse.

Il ne suffit pas que l'organe compétent s'appuie sur les principes généraux de l'article 71 LPP et respecte les limites définies dans l'OPP 2. Il n'assume pleinement sa tâche de gestion qu'en

- concrétisant les **objectifs et les principes** du placement de la fortune (liquidité suffisante, rendement adéquat, risque supportable) compte tenu des besoins spécifiques et des conditions cadre de l'institution de prévoyance;

- réglant la répartition des tâches et des compétences (organisation en matière de placements) pour **l'exécution et la surveillance** du placement de la fortune;
- fixant clairement par écrit ce qui a été entrepris dans les domaines susmentionnés (par ex. dans le cadre d'un règlement sur les placements).

Le terme clairement est mentionné afin de souligner que les organes compétents pour le placement de la fortune doivent rester dans un cadre qu'ils peuvent comprendre avec l'aide de spécialistes. En cas de doute, il faut renoncer.

En résumé, les dispositions du nouvel article 49a OPP 2 doivent garantir que

- les organes compétents, sous leur propre responsabilité, élaborent une politique de placement optimale compte tenu des risques susceptibles d'être encourus par l'institution de prévoyance et définissent à cette occasion dans quelle mesure la marge de manœuvre découlant de la loi doit être utilisée;
- les personnes et les services chargés d'effectuer les placements de la fortune disposent de directives claires concernant les objectifs et les placements;
- les opérations de placement, le respect des compétences et le résultat puissent être surveillés régulièrement.

Pour d'autres considérations de principe concernant le nouvel article 49a OPP 2, on se réfère aux explications figurant sous chiffre.

3.3 Nouvel article 56 a OPP 2

Introduction

En matière d'investissement, les instruments dérivés représentent une **solution de rechange à un actif sous-jacent équivalent** étant donné qu'ils dérivent d'instruments de placement. Les instruments dérivés ne servent donc pas uniquement à réduire les risques (hedging), mais leur utilisation est également envisageable pour prendre des positions à risque. En fonction de la stratégie choisie, une modification (augmentation ou réduction) des risques est possible à moindre coût en recourant soit aux produits dérivés, soit aux sous-jacents. Les produits dérivés sont donc des instruments appropriés lorsqu'ils sont employés dans le cadre d'une gestion assumée par des professionnels.

Il existe trois types de risques liés aux instruments dérivés:

- Les instruments dérivés comportent un **risque de base** analogue à celui de la position équivalente sur le sous-jacent correspondant. Lorsque la valeur marchande du sous-jacent (par ex. un indice boursier) augmente, la valeur du produit dérivé assorti d'un droit ou d'une obligation d'achat (par ex. option d'achat ou contrat à terme sur indice boursier) augmente également si les autres conditions restent inchangées.

- Les instruments dérivés présentent, en plus du risque de base, des **risques inhérents aux instruments**. Ces risques font l'objet d'une réglementation plus détaillée à l'article 56a, 28 alinéa, OPP 2. Ils englobent notamment le risque de contrepartie, c'est-à-dire la probabilité que la contrepartie ne puisse pas honorer ses engagements de sorte que le gain escompté peut se transformer en perte. Un autre risque inhérent aux dérivés résulte de la possibilité d'effectuer des opérations sur dérivés à une valeur fautive par rapport à celle du sous-jacent. Les risques de ce type sont généralement plus faibles dans des contrats standardisés négociés sur un marché à terme.
- Etant donné le degré de complexité élevé des instruments dérivés, il peut arriver que les risques qui leur sont liés ne soient pas évalués correctement et que lesdits instruments ne soient pas utilisés judicieusement. Les instruments dérivés impliquent de ce fait des **risques relativement élevés liés à l'organisation** lorsque les organes responsables ne sont pas en mesure d'apprécier les conséquences de l'utilisation de ces instruments par les personnes chargées des placements.

L'article 56a relatif aux instruments financiers dérivés règle, au sens des dispositions actuelles de la LPP et de l'OPP 2 concernant le placement de la fortune, leur utilisation en tant que solution de remplacement pour effectuer des investissements. Les trois types de risques sont pris en considération. Toutefois, l'accent est mis principalement sur les risques liés à l'organisation. On ne fixe pas seulement une règle permettant de vérifier que les limites en matière de placements ont été respectées, y compris les instruments financiers dérivés selon le scénario "catastrophe", mais on prescrit également l'obligation d'établir des rapports en la matière.

Pour d'autres considérations de principe à ce propos, il est renvoyé au chiffre 2. Les divers alinéas sont commentés ci-après.

1^{er} alinéa

1 L'institution de prévoyance peut investir uniquement dans des instruments financiers dérivés découlant des placements prévus à l'article 53.

Les placements pouvant servir de sous-jacents aux instruments dérivés sont en principe les placements autorisés selon l'article 53 OPP2. Ceci exclut les opérations à terme sur marchandises.

Des formes partielles de placements autorisés conformément à l'article 53 OPP2 sont également admises comme sous-jacent. Une de ces formes partielles de placement est, par exemple, le risque lié aux monnaies étrangères résultant d'investissements à l'étranger. Il y a lieu de considérer que la présence de risques liés aux monnaies dépend plutôt de l'évolution de la valeur du sous-jacent (exposition aux fluctuations de l'économie) que de l'unité de compte utilisée.

Il est en outre possible de combiner les différentes formes de placement mentionnées à l'article 53 OPP 2. Ceci englobe, par exemple, les indices sur actions, obligations, etc... et les taux d'intérêt.

2^e alinéa

2 La solvabilité de la contrepartie et la négociabilité doivent être prises en considération en tenant compte des particularités de chaque instrument dérivé.

L'exigence de solvabilité s'étend à la créance résultant de positions ouvertes sur dérivés en raison de leur valeur de remplacement positive, sans compensation d'éventuels engagements découlant d'autres positions sur dérivés avec la même ou une autre contrepartie. Sur ce point, il y a lieu de tenir compte des dispositions relatives à la répartition du risque découlant de l'article 50, 3^e alinéa OPP 2 et des limites applicables aux débiteurs selon l'article 54 de ladite ordonnance.

On entend par négociabilité, les frais visibles et invisibles induits par le règlement d'un contrat financier dérivé. Sur ce plan, il y a lieu de donner la préférence aux contrats standardisés et négociés sur les marchés à terme officiels. Lorsque des dérivés plus complexes et non cotés en bourse sont utilisés, il faut, le cas échéant, constituer des provisions adéquates.

3^e alinéa

3 Tout engagement d'une institution de prévoyance résultant d'opérations sur dérivés ou qui peut résulter de l'exercice du droit, doit être couvert.

L'obligation de couverture signifie que, dans le cas des instruments dérivés assortis d'un droit ou d'une obligation d'achat, les liquidités nécessaires doivent en tout temps être disponibles ou pouvoir être obtenues. Dans le cas de dérivés assortis d'un droit ou d'une obligation de livraison de sous-jacents, ces derniers doivent être disponibles en tout temps. Cette dernière condition doit également être respectée lorsque l'exercice du droit lié à l'instrument dérivé ne comporte pas de livraison physique du titre de base, mais uniquement le paiement de la différence de valeur (cash-settlement). Par ailleurs, les liquidités nécessaires pour combler la marge doivent également être disponibles ou pouvoir être obtenues en fonction des obligations futures.

Dans le cas d'une obligation ou d'un droit de vente, les produits dérivés d'indices sur action, de taux d'intérêts et d'autres sous-jacents comparables sont considérés comme couverts si le sous-jacent existe dans une mesure représentative.

4^e alinéa

4 L'utilisation d'instruments financiers dérivés ne doit pas exercer d'effet de levier sur la fortune globale.

L'emploi des instruments dérivés n'est autorisé que si un investissement équivalent sous forme de sous-jacents ne nécessiterait pas de recourir à l'emprunt. Le terme équivalent signifie que l'engagement économique ("exposure") est identique en ce sens que la valeur de l'investissement physique et celle du produit dérivé évoluent de manière analogue. Il s'agit d'empêcher qu'un gain ou une perte disproportionnée résulte d'un faible engagement de capital.

5^e alinéa

5 Les limites prévues aux articles 54 et 55 doivent être respectées à l'égard des instruments financiers dérivés.

Les limites prévues aux articles 54 et 55 OPP 2 doivent également être respectées à l'égard des instruments financiers dérivés en ce sens que l'engagement économique (définition, cf. commentaires relatif au 4^e alinéa) résultant de tous les instruments dérivés doit être pris en considération.

6^e alinéa

6 Sont déterminants en matière de respect de l'obligation de couverture et de limites, les engagements qui, pour l'institution de prévoyance, peuvent découler, dans le cas le plus extrême, des instruments financiers dérivés lors de leur conversion en sous-jacent.

En ce qui concerne l'obligation de couverture, cela signifie qu'une couverture intégrale doit être maintenue en permanence pour les positions sur dérivés indépendamment de la probabilité de fourniture et d'acquisition des sous-jacents.

Dans le cas des instruments ayant un profil asymétrique (comme par ex. les options), pour lesquels l'engagement économique (définition, cf. les commentaires relatifs au 4^e alinéa) peut varier de manière significative, est déterminant pour l'évaluation des limites, l'engagement économique maximal ou minimal possible résultant de la conversion en sous-jacent (pour l'examen de la limite maximale, les options call achetées doivent, par exemple, être comptabilisées à la valeur vénale des sous-jacents).

7^e alinéa

7 Tous les instruments financiers dérivés non échus doivent figurer intégralement dans les comptes annuels.

Des informations doivent être fournies sur les instruments dérivés en cours, c'est-à-dire non échus (ouverts) lors de la clôture des comptes, de telle manière que l'organe compétent puisse contrôler le respect des dispositions susmentionnées et se faire une idée de la valeur et de la structure des placements de la fortune, compte tenu de tous les instruments dérivés non échus.

Les indications devant être fournies en vertu du 7^e alinéa le seront essentiellement dans l'annexe aux comptes annuels. A cet effet, des directives particulières (à élaborer) pourront être utiles à la pratique. Il y a toutefois lieu de conserver sciemment la marge de manœuvre permettant la réalisation adéquate et responsable de l'objectif de l'ordonnance.

3.4 Article 59, 1^{er} alinéa, 1^{ère} phrase OPP 2 (révisé)

1 L'institution de prévoyance peut dans un cas particulier s'écarter des normes fixées aux articles 53 à 55, 56a, 1^{er} et 5e alinéas, ainsi qu'à l'article 57 à la condition que: ...

Les possibilités d'écarts mentionnées dans la version actuelle de l'article 59, 1^{er} alinéa OPP 2 sont également utilisables par analogie dans le cas des produits dérivés. En conséquence, les alinéas 1 et 5 de l'article 56a sont également insérés dans l'article 59, 1^{er} alinéa OPP 2. Ce dernier alinéa ne subit pas d'autres modifications.

4. Champ d'application et entrée en vigueur

Dans la mesure où les modifications et compléments de l'OPP 2 se fondent sur les articles 51 (gestion paritaire) ou 71, 1^{er} alinéa LPP (administration de la fortune), leur champ d'application est limité aux institutions de prévoyance professionnelle enregistrées. Toutefois, ces nouvelles prescriptions peuvent avoir également des répercussions indirectes dans le domaine hors obligatoire. En effet, d'une part, le droit cantonal en vigueur (resp. la pratique de l'OFAS) permet de rendre applicables les dispositions ad hoc de l'OPP 2 aux institutions non enregistrées. D'autre part, une révision de l'OPP 2 a sans doute valeur d'exemple.

Pourtant, il faudra créer dans de brefs délais une base juridique générale en procédant à une révision de la LPP (éventuellement dans le cadre de la discussion sur l'extension de la couverture en cas d'insolvabilité). Les solutions fédéralistes en matière de comptabilité, d'établissement des comptes et de placements de la fortune des institutions de prévoyance professionnelle ne sont plus de mise. C'est une conclusion qui s'impose en particulier après l'entrée en vigueur de la loi sur le libre passage et de celle sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle.

L'entrée en vigueur des modifications et des compléments apportés à l'OPP2 est fixée au 1er juillet 1996. C'est pourquoi, il y a lieu de prendre en considération ces nouvelles dispositions déjà pour l'établissement des comptes annuels 1996 des institutions de prévoyance.