

## Delegationen

# Wahrnehmung der Gesamtverantwortung

Dazu, wie das oberste, paritätische Organ einer Vorsorgeeinrichtung seine Führungsaufgabe erfüllt, äussert sich das Berufsvorsorgerecht nur in einer im Zusammenhang mit der Anlagetätigkeit stehenden Bestimmung. Nach Art. 49a Abs. 1 BVV 2 legt die Vorsorgeeinrichtung die Ziele und Grundsätze, die Durchführung und Überwachung der Vermögensanlage nachvollziehbar so fest, dass das paritätische Organ seine Führungsverantwortung vollumfänglich wahrnehmen kann.

Allgemein anerkannt ist, dass das paritätische Organ namentlich die operative Tätigkeit einschliesslich Vermögensanlage an andere Organe oder externe Beauftragte delegieren darf, doch sind den aktuellen gesetzlichen Bestimmungen weder die Voraussetzungen und der Umfang der Delegation noch die dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten zu entnehmen.

### Berufsvorsorgerechtliche Ausgangslage

Ausdrücklich an das oberste Organ einer Vorsorgeeinrichtung gerichtet ist eine einzige Gesetzesbestimmung, nämlich Art. 51 BVG. Diese äussert sich im Wesentlichen zur paritätischen Besetzung. Sie impliziert, dass das paritätische Organ die Gesamtverantwortung für die Führung der Vorsorgeeinrichtung trägt. Dazu, wie es die damit zusammenhängenden Aufgaben wahrnehmen soll, ist Art. 50 BVG lediglich zu entnehmen, dass die Vorsorgeeinrichtung insbesondere zur Organisation ein Reglement zu erlassen hat. Konkreter wird im Zusammenhang mit der Vermögensanlage namentlich Art. 49a Abs. 1 BVV 2, wonach die Vorsorgeeinrichtung die Führungsinstrumente nachvollziehbar festzulegen habe.

Selbstverständlich ist, dass das oberste Organ für die Ausführung der operativen Tätigkeit Delegationen vornehmen darf.<sup>1</sup> Selbst wahrzunehmen hat es jedoch strategische Aufgaben sowie die grundlegende interne Rechtssetzung (insbesondere der Erlass von Reglementen und das Pflichtenheft für die Geschäftsführung)<sup>2</sup>; solche Kompetenzen sind nicht delegierbar.<sup>3</sup> Von einer gesetzlichen Auflistung der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des obersten Organs<sup>4</sup> wurde bis-

<sup>1</sup> Hans Michael Riemer, Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2.A. 2006, § 2 Rz 59, S. 48; Jürg Brühwiler, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, 1989, § 18 Rz 58 f., S. 379 ff.

<sup>2</sup> Siehe die schematische Darstellung der (nicht) delegierbaren Bereiche bei Urs Schaffner, Good Governance von Pensionskassen, 2007, S. 152.

<sup>3</sup> Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2005, Rz 1372, S. 518; Martin Th. Maria Eisenring, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, 1999 (ZStP 153), S. 24.

<sup>4</sup> Siehe zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1–7 OR.

lang abgesehen.<sup>5</sup> Eine arbeitsteilige Geschäftsführung und damit die Delegation von Aufgaben für Vorsorgeeinrichtungen bedarf sodann einer statutarischen Grundlage<sup>6</sup>, verlangt doch Art. 50 BVG von der Vorsorgeeinrichtung, dass sie Bestimmungen zur Organisation erlässt.

### In Kürze

- > Die Führungsverantwortung des paritätischen Organs ist gesetzlich nur in den Grundzügen vorgeschrieben
- > Das oberste Organ darf sich nicht selbst überwachen
- > Ein internes Kontrollsystem ist ein wesentlicher Bestandteil der Pension Fund Governance

Neben dem Recht zur Delegation besteht auch eine Pflicht zum Beizug eines Sachverständigen, der für das oberste Organ in komplexen Angelegenheiten die

<sup>5</sup> Für eine Auflistung siehe Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8.A. 2006, S. 139.

<sup>6</sup> So Art. 716b OR für die Aktiengesellschaft.

### Autor

**Kurt C. Schweizer**  
Dr. iur., Schweizer  
Neuenschwander &  
Partner, Zollikon-Zürich



erforderlichen Entscheidungsgrundlagen in verständlicher Form aufbereitet.<sup>7</sup> So ist beispielsweise für die Überprüfung der in die Jahresrechnung einflussenden versicherungstechnischen Berechnungen von Gesetzes wegen der Experte für berufliche Vorsorge beizuziehen (Art. 53 Abs. 2 BVG).

### Nachvollziehbarkeit

Zentral und wohl von allgemeiner Bedeutung für alle Aspekte der Führung ist das in Art. 49a Abs. 1 BVV 2 genannte Kriterium der Nachvollziehbarkeit. Dieses verlangt, dass die getroffenen Massnahmen einer Logik folgen und sich schriftlich äussern

- zu den Zielen und Prinzipien der Vermögensanlage – beziehungsweise bei einer Verallgemeinerung der hier behandelten Bestimmung des jeweiligen Aufgabenbereichs – in Beachtung der spezifischen Bedürfnisse und der Rahmenbedingungen der Vorsorgeeinrichtung,
- zur Verteilung der Verantwortlichkeiten und Aufgaben und
- zur Regelung der Überwachung.<sup>8</sup>

Dies erfolgt im Anlage- oder im Organisationsreglement, wobei gerade das Anlage-reglement bei kleineren Vorsorgeeinrichtungen mit einfacheren Verhältnissen aus einem Beschluss des obersten Organs bestehen kann.<sup>9</sup> Nachvollziehbar sind Regelungen weiter dann, wenn sie für die jeweiligen Organe – seitens des erlassenden allenfalls mit Unterstützung von Fachleuten<sup>10</sup> – verständlich sind. Nachvollziehbar hat auch zu sein, wie die jeweilige Aufgabe durchgeführt respektive abgewickelt wird. Ein Prozess und die in seiner Abwicklung getroffenen Entscheide und wesentlichen Vorgehensschritte sind schriftlich zu dokumentieren.<sup>11</sup>

### Sorgfaltsstandard bei Delegationen

Das oberste Organ trägt auch dann, wenn es die Ausführung einzelner Aufgaben an andere Organe delegiert, die Gesamtverantwortung für die Vorsorgeeinrichtung. Allerdings kann es für Verfehlungen von anderen Organen dann nicht haftbar gemacht werden, wenn es die sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergebenden üblichen Sorgfaltspflichten beachtet hat, wonach es die Delegationsempfänger sorgfältig auswählen, instruieren und überwachen muss.<sup>12</sup> Welche Anforderungen in der Praxis insbesondere an die Überwachung gestellt werden, ist allerdings oft unklar.<sup>13</sup>

Die Sorgfalt in der Auswahl eines Delegationsempfängers – sei es ein Geschäftsführer oder ein externer Vermögensverwalter – setzt klare Vorstellungen über die ihm zu übertragenden Aufgabenbereiche und ein darauf abgestimmtes Anforderungsprofil voraus. Der Selektionsprozess<sup>14</sup> ist so auszugestalten, dass eine fehlende Übereinstimmung von Fach- und Sozialkompetenz mit dem Anforderungsprofil mit Sicherheit erkannt wird.<sup>15</sup> Wenn der Selektionsprozess den Beizug eines namentlich von den Bewerbern unabhängigen<sup>16</sup> Sachverständigen erfordert, ist dieser natürlich in gleicher sorgfältiger Weise auszuwählen.

Zur Instruktion eines Delegationsempfängers gehört neben Inhalt und Umfang der ihm übertragenen Aufgaben auch eine Zielvorgabe (Benchmarking).<sup>17</sup> Daran kann und soll er gemessen werden. Zudem sind die Kompetenz- und Verantwortungs-bereiche der Delegationsempfänger zu definieren und von denen anderer Organe abzugrenzen. Es muss zudem eindeutig sein, in welchen Fällen der Beauftragte an das ihm vorgesetzte Organ gelangen muss. Selbstverständlich sind für die jeweilige

Aufgabe eine vorgesetzte Stelle und die jeweiligen Kontaktpersonen zu bezeichnen. Zur Gesamtverantwortung des obersten Organs gehört auch die verbindliche Umschreibung der zentralen Geschäftsprozesse; der Geschäftsführung kann die Formulierung derjenigen von untergeordneter Bedeutung überlassen werden.

### Überwachungspflicht

Ziel der Überwachung ist es, Risiken, die sich zu verwirklichen drohen oder die sich bereits verwirklicht haben, zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu erkennen und sie durch geeignete Reaktionen abzuwenden oder den Schaden zu minimieren. Der Überwachungsprozess deckt auch eine mangelhafte Instruktion auf.

Als oberster Grundsatz gilt, dass ein ausführendes Organ sich nicht selbst überwachen darf. Es ist eine hinreichende Gewaltentrennung zwischen Entscheidungsverarbeitung und Entscheidüberwachung sicherzustellen.<sup>18</sup> Namentlich für Vorsorgeeinrichtungen mit interner Vermögensverwaltungstätigkeit ist der Beizug eines externen Investment Controller geboten, dessen monatlicher oder quartalsweiser Bericht sich unter anderem zur Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorgaben (Anlagerichtlinien) ausspricht und ein qualifiziertes Urteil über die geleistete Vermögensverwaltungstätigkeit erlauben soll.<sup>19</sup>

Sichergestellt sein muss für alle Bereiche, dass die Einhaltung der Vorschriften überwacht wird (Compliance).<sup>20</sup> Die Überwachung umfasst auch, dass sich das oberste oder ein anderes, delegierendes Organ in angemessenen Intervallen sowohl von den Delegationsempfängern wie auch deren Kontrollorganen Bericht erstatten lässt (Reporting). Sicherzustellen und zu

<sup>7</sup> Marco Lanter, Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, 1984 (ZStP 41), S. 125 f.

<sup>8</sup> BK BVG, Urteil v. 29.4.1999, in: SVR 2000, Nr. 3, Erw. 9.

<sup>9</sup> Isabelle Vetter-Schreiber, Berufliche Vorsorge, 2005, S. 395.

<sup>10</sup> Siehe BK BVG, Urteil v. 29. 4.1999, in: SVR 2000, Nr. 3, Erw. 9, allerdings ohne eine Einschränkung, wonach der Normadressat in der Lage sein muss, diese zu verstehen.

<sup>11</sup> Siehe zum Anlageprozess ASIP, Leitfaden für die Vermögensanlage von Vorsorgeeinrichtungen, 2007, Ziff. 4.1, S. 5.

<sup>12</sup> So ausdrücklich im Aktienrecht Art. 754 Abs. 2 OR.

<sup>13</sup> Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 30 Rz 26, S. 338.

<sup>14</sup> Vgl. zu Selektionskriterien für die Auswahl von Vermögensverwaltern ASIP, Leitfaden (zit. Fn 11), Ziff. 7.6 S. 16.

<sup>15</sup> Ausführlicher Schaffner (zit. Fn 2), S. 165 f.

<sup>16</sup> Schaffner (zit. Fn 2), 166.

<sup>17</sup> Schaffner (zit. Fn 2), 158 ff.

<sup>18</sup> ASIP, Leitfaden (zit. Fn 11), Ziff. 4.2, S. 6.

<sup>19</sup> Schaffner (zit. Fn 2), S. 140 ff. und 151; siehe weiterführend auch Benjamin Brandenberger, Investment-Controlling, in: Helbling (zit. Fn 5), S. 637 ff.

<sup>20</sup> Siehe zur Compliance in der Vermögensanlage ASIP, Leitfaden (zit. Fn 11), Ziff. 9, S. 21.

kontrollieren ist zudem, dass in allen Fällen, in denen wegen ihrer aussergewöhnlichen Natur eine spontane Berichterstattung geboten (und in den internen Richtlinien vorgeschrieben) ist, eine solche auch erfolgt.

### Entwicklungen

Dass die Überwachungspflichten wahrgenommen werden, ist Bestandteil eines internen Kontrollsystems. So selbstverständlich ist dessen Bestehen für den Gesetzgeber, dass er es bei revisionspflichtigen juristischen Personen nur indirekt vorschreibt: Neue, auf den 1. Januar 2008 in Kraft tretende Bestimmungen<sup>21</sup> verpflichten die Revisionsstelle, zu prüfen, ob ein solches internes Kontrollsystem bestehe.<sup>22</sup> Die als Spezialbestimmungen vorgehenden Normen der beruflichen Vorsorge zur Revision von Vorsorgeeinrichtungen enthalten – im Ergebnis auch ohne ausdrücklichen Hinweis auf ein internes Kontrollsystem wohl gleichbedeutend<sup>23</sup> – eine Pflicht der Revisionsstelle zur Prüfung der Geschäftsführung (Art. 53 Abs. 1 BVG).

Auch die Strukturreform soll zu einer weiteren Entwicklung im Bereich der Pension Fund Governance führen. Vorgesehen ist eine zusätzliche Bestimmung zum obersten Organ mit einer Auflistung der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben (Art. 51a nBVG). Demnach überwacht das oberste Organ die Geschäftsführung (Abs. 1 a.E.) und ist für die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen verantwortlich (Art. 2 lit. j), ebenso für die Festlegung der Ziele und der Grundsätze der Vermögensverwaltung sowie der Durchführung und Überwachung des Anlageprozesses (Abs. 2 lit. m). Die Erläuterungen erwähnen sodann, dass zur Ausgestaltung des Rechnungswesens ein Reporting und Controlling gehöre, bei der

Übertragung von Geschäften an Dritte die vorerwähnten Sorgfaltspflichten bezüglich Auswahl, Instruktion und Überwachung zu beachten seien und dass bei grösseren Vorsorgeeinrichtungen die Übertragung der Überwachungspflichten an eine interne unabhängige Kontrollinstanz (Compliance-Stelle) Sinn machen kann.<sup>24</sup> Ohne es ausdrücklich als Begriff zu erwähnen, nennt die Botschaft Kernelemente des internen Kontrollsystems. Es ist ein wesentlicher Bestandteil der Pension Fund Governance,

und ein oberstes Organ kann in Wahrnehmung seiner Sorgfaltspflicht nicht darauf verzichten, ein solches auf- und auszubauen. ■

<sup>24</sup> Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Strukturreform), v. 15.6.2007, BBl 2007, S. 5695 f. (S. 27 f. der im Internet publizierten Fassung).

## Délégations

# Prise en charge de la responsabilité globale

La seule allusion que fait le droit de la prévoyance professionnelle à la manière dont l'organe paritaire d'une institution de prévoyance doit s'acquitter de sa tâche de gestion se trouve dans une disposition relative à l'activité de placement. Aux termes de l'art. 49a al. 1 OPP 2, l'institution de prévoyance fixe clairement les buts et les principes à observer en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune de façon que l'organe paritaire puisse assumer pleinement sa tâche de gestion.

Il est généralement admis que l'organe paritaire peut notamment déléguer les activités opérationnelles, y compris le placement de la fortune, à d'autres organes ou mandataires externes, mais les dispositions légales en vigueur ne précisent ni les conditions, ni l'étendue possible de la délégation, de même qu'elles se taisent sur les devoirs de diligence à observer.

### Situation de départ sous le régime de la prévoyance professionnelle

Une seule disposition légale s'adresse expressément à l'organe paritaire d'une institution de prévoyance. Il s'agit en l'occurrence de l'art. 51 LPP qui s'exprime essentiellement sur la composition paritaire et qui attribue implicitement à l'organe paritaire la responsabilité globale de la gestion de l'institution de prévoyance. Quant à la manière dont il est sensé s'y

prendre, on peut seulement déduire de l'art. 50 LPP que l'institution de prévoyance doit décréter un règlement, notamment pour l'organisation. L'art. 49a al. 1 OPP 2 concrétise en relation avec le placement de la fortune en stipulant notamment que l'institution de prévoyance doit fixer clairement les instruments de gestion.

Il est admis d'office que l'organe paritaire peut procéder à des délégations pour l'exécution des activités opérationnelles.<sup>1</sup> Mais il doit assumer lui-même les tâches stratégiques et légiférer sur les normes fondamentales internes (en décrétant notamment des règlements et le cahier des

<sup>1</sup> Hans Michael Riemer, Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2.A. 2006, § 2 chi. marg. 59, p. 48, Jürg Brühwiler, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, 1989, § 18 chi. marg. 58 s., p. 379 ss.

<sup>21</sup> Ausführlicher zu deren Anwendungsbereich Dieter Pfaff, Flemming Ruud, Schweizer Leitfaden zum Internen Kontrollsystem (IKS), 2007, S. 32 ff.

<sup>22</sup> Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 revOR (Aktienrecht) und darauf verweisende Bestimmungen bei den übrigen revisionspflichtigen juristischen Personen einschliesslich Stiftungen (Art. 83b Abs. 3 revZGB) und Genossenschaften (Art. 906 Abs. 1 revOR).

<sup>23</sup> Siehe Helbling (zit. Fn 5), S. 682.

charges de la direction)<sup>2</sup>; ces compétences ne peuvent pas être déléguées.<sup>3</sup> Jusqu'à présent, la liste des tâches non transférables et inaliénables de l'organe paritaire<sup>4</sup> n'a pas été ancrée dans la loi.<sup>5</sup> Enfin, le partage des tâches de direction, et donc la délégation de tâches, doit être prévu dans les statuts d'une institution de prévoyance<sup>6</sup> puisque l'art. 50 LPP exige de la part de l'institution de prévoyance qu'elle arrête des dispositions concernant son organisation.

Outre le droit de délégation, il existe aussi le devoir de consultation d'un expert dans les cas complexes afin qu'il puisse fournir des explications sous une forme compréhensible et ainsi doter l'organe paritaire des bases de décision nécessaires<sup>7</sup>. Ainsi, la loi prescrit par exemple le recours à l'expert en matière de prévoyance professionnelle pour le contrôle des calculs actuariels figurant dans les comptes annuels (art. 53 2 LPP).

### Reproductibilité

Le critère de la clarté stipulé à l'art. 49a al. 1 OPP 2 est d'une importance cruciale et sans doute universelle pour la gestion dans son ensemble. Il en découle que les mesures prises doivent s'inscrire dans une logique et s'exprimer par écrit sur les objectifs et les principes à observer en matière de placement de la fortune ou, de manière plus générale, et compte tenu des exigences spécifiques de chaque domaine, ainsi que des conditions d'encadrement particulières de l'institution de prévoyance,

- sur la répartition des responsabilités et des tâches et
- sur la réglementation des contrôles.<sup>8</sup>

Ces clarifications sont à formuler dans le règlement de placement ou dans le règlement d'organisation interne, étant précisé que le règlement de placement peut se présenter sous forme d'une décision de l'organe paritaire, surtout dans les petites institutions de prévoyance où la situation

### En bref

- > La loi ne définit que dans les grandes lignes la responsabilité de gestion de l'organe paritaire
- > L'organe paritaire ne doit pas se surveiller lui-même
- > Un système de contrôle interne est un élément essentiel de la gouvernance des fonds de pension

est relativement simple<sup>9</sup>. Les réglementations sont suffisamment claires et donc reproductibles quand les organes concernés peuvent les comprendre – du côté de l'organe décrétant éventuellement avec l'aide de spécialistes<sup>10</sup>. La manière dont une tâche précise doit être exécutée doit également être reproductible dans tous ses déroulements. Un processus et les décisions prises au cours de son déroulement, ainsi que les principales étapes de son exécution, doivent être documentés par écrit<sup>11</sup>.

### La norme de diligence pour les délégations

Même quand un organe paritaire délègue des tâches, c'est lui qui assume la responsabilité globale de l'institution de prévoyance. Cependant, il ne répond pas des défaillances d'autres organes lorsqu'il a pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances tels que découlant des principes de droit généraux<sup>12</sup>. Cependant, les exigences, notamment en matière de surveillance, ne sont souvent pas claires dans la pratique<sup>13</sup>.

Pour que le titulaire d'une délégation, qu'il s'agisse d'un directeur ou d'un gestionnaire de fortune externe, puisse être choisi avec le soin requis, il faut que l'on dispose d'idées précises sur les tâches à lui déléguer et d'un profil d'exigences y adapté. Le processus de sélection<sup>14</sup> doit être conçu de manière à révéler infailliblement<sup>15</sup> les incompatibilités entre compétence professionnelle ou sociale et profil des exigences. Quand le processus de sélection demande le recours à un expert, notamment indépendant<sup>16</sup> des candidats, ce dernier devra naturellement être choisi avec autant de soin.

L'instruction du titulaire d'une délégation ne porte pas seulement sur le contenu et l'étendue des tâches qui lui sont confiées, mais doit aussi comporter la définition d'un objectif (benchmarking)<sup>17</sup>. C'est sur la base de cette référence que sa performance pourra et devra être jugée. Il faudra en outre définir les domaines de compétence et de responsabilité des mandataires auxquels on délègue des tâ-

<sup>2</sup> Voir représentation schématique des domaines (non) transférables chez Urs Schaffner, *Good Governance von Pensionskassen*, 2007, p. 152.

<sup>3</sup> Hans Ulrich-Stauffner, *Berufliche Vorsorge*, 2005, ch. marg. 1372, p. 518; Martin Th. Maria Eisenring, *Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen*, 1999 (ZStP 153), p. 24.

<sup>4</sup> Au sujet des tâches non transférables et inaliénables du conseil d'administration d'une société par actions voir art. 716a al. 1 chif. 1–7 CO.

<sup>5</sup> Voir liste dans Carl Helbling, *Personalvorsorge und BVG*, 8. A. 2006, p. 139.

<sup>6</sup> Selon art. 716b CO pour la société par actions.

<sup>7</sup> Marco Lanter, *Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen*, 1984 (ZStP 41), p. 125 s.

<sup>8</sup> BK LPP, arrêt du 29.04.1999, in: SVR 2000, no. 3, cons. 9.

<sup>9</sup> Isabelle Vetter-Schreiber, *Berufliche Vorsorge*, 2005, p. 395.

<sup>10</sup> voir BK LPP, arrêt du 29.04.1999, in: SVR 2000, no. 3, cons. 9, cependant sans réserve stipulant que le destinataire ordinaire doit être capable de les comprendre.

<sup>11</sup> Au sujet du processus de placement, voir ASIP, *Guide pour le placement de la fortune des institutions de prévoyance*, 2007, chif. 4.1, p. 5.

<sup>12</sup> ainsi stipulé expressément dans le droit des sociétés par actions art. 754 al. 2 CO.

<sup>13</sup> Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, 1996, § 30 ch. marg. 26, p. 338.

<sup>14</sup> cf. critères pour le choix de gestionnaires de fortune ASIP, *Guide* (cit. notice 11), chif. 7.6 p. 16.

<sup>15</sup> plus détaillé Schaffner (cit. notice 2), p. 165 s.

<sup>16</sup> Schaffner (cit. notice 2), 166.

<sup>17</sup> Schaffner (cit. notice 2), 158 ss.

ches et clairement les délimiter par rapport à d'autres organes. De même, les situations dans lesquelles un mandataire devra s'adresser à son organe hiérarchiquement supérieur devront être clairement énoncées. Il va sans dire qu'une instance supérieure et les personnes à y contacter devront être désignés pour chaque tâche. La responsabilité globale de l'organe paritaire inclut aussi la définition définitive des processus commerciaux essentiels d'une importance opérationnelle subordonnée qui peuvent être transférés à la direction.

### Devoir de surveillance

La surveillance a pour but de révéler aussi tôt que possible les risques susceptibles de se réaliser ou qui se sont déjà réalisés et de les éviter par des réactions appropriées ou de limiter les dégâts une fois qu'ils se sont concrétisés. Le processus de surveillance met aussi en évidence une instruction lacunaire.

Une règle immuable veut qu'un organe exécutif ne puisse pas se surveiller lui-même. Il faut que soit garantie une séparation des pouvoirs suffisante entre la décision de placement, le traitement de cette décision et sa surveillance<sup>18</sup>. Surtout les institutions de prévoyance avec une activité de gestion de fortune interne doivent s'assurer le concours d'un investment controller externe dont le rapport mensuel ou trimestriel se prononcera notamment sur la conformité avec les dispositions légales et réglementaires (directives de placement) et devra permettre de se former une opinion qualifiée sur l'activité de gestion de la fortune<sup>19</sup>.

Le contrôle de conformité avec les prescriptions doit être garanti pour tous les domaines (compliance)<sup>20</sup>. La surveillance englobe aussi la présentation à intervalles adéquats de rapports par les mandataires et leurs organes de contrôle à l'attention de l'organe paritaire ou d'un

autre organe déléguant (reporting). Enfin, il faudra vérifier et faire le nécessaire pour que des rapports spontanés soient également présentés dans tous les cas exceptionnels où c'est nécessaire (et dans les cas prévus par les directives internes).

### Développements

L'accomplissement en bonne et due forme des tâches de surveillance devra être vérifié au moyen d'un système de contrôle interne. L'existence d'un tel système est si évidente pour le législateur qu'il ne le prescrit qu'indirectement aux personnes subordonnées à la révision: des nouvelles dispositions<sup>21</sup> qui deviendront effectives au 1er janvier 2008 vont obliger l'organe de révision vérifier l'existence d'un tel système de contrôle interne<sup>22</sup>. Les normes de la prévoyance professionnelle sur la révision des institutions de prévoyance qui ont la préséance en tant que dispositions spéciales contiennent, sans doute avec un effet identique, même s'il y manque une référence expresse à un système de contrôle interne<sup>23</sup>, l'obligation pour l'organe de révision, de contrôler la gestion (art. 53 al. 1 LPP).

La réforme structurelle doit elle aussi conduire à un nouveau développement dans le domaine de la gouvernance des fonds de pension. Une disposition complémentaire y est en effet prévue au sujet de l'organe paritaire avec une liste des tâches non transférables et inaliénables (art. 51a nLPP). Il en découle que l'organe paritaire surveille la direction (al. 1 a.E.) et qu'il est responsable de la nomination et de la révocation des personnes chargées de la direction (art. 2 let. j), ainsi que de la définition des objectifs et des principes à observer en matière de gestion de la fortune et de contrôle du processus de placement (al. 2 let. m). Dans les commentaires, il est en outre dit que la mise au point d'un système comptable englobe le reporting et le

controlling, qu'il faut prendre tous les soins commandés en matière de choix, d'instruction et de surveillance lors de la délégation d'affaires à des tiers et que dans une grande institution de prévoyance, il peut être utile de transférer les devoirs de surveillance à une instance de contrôle interne indépendante (organe de compliance)<sup>24</sup>. Sans le dire nommément, le message cite les composants essentiels d'un système de contrôle interne. Un tel système fait partie intégrante de la gouvernance des fonds de pensions et un organe paritaire ne peut s'en passer dans l'exercice de son devoir de diligence. ■

**Kurt C. Schweizer**

<sup>18</sup> ASIP, Guide (cit. 11), chif. 4.2, p. 6.

<sup>19</sup> Schaffner (cit. notice 2), p. 140 ss. et 151; pour plus de détails voir aussi Benjamin Brandenberger, Investment-Controlling, in: Helbling (cit. notice 5), p. 637 ss.

<sup>20</sup> pour la compliance dans le placement de fortune, voir ASIP, Guide (cit. notice 11), chif. 9, p. 21.

<sup>21</sup> plus de précisions sur leur domaine d'application dans Dieter Pfaff, Flemming Ruud, Schweizer Leitfaden zum Internen Kontrollsystem (IKS), 2007, p. 32 ss.

<sup>22</sup> art. 728a al. 1 ch. 3 CO rév (droit des sociétés par actions) et les dispositions y renvoyant pour les autres personnes juridiques subordonnées à la révision, y compris les fondations (art. 83b al. 3 CC rév) et les coopératives (art. 906 al. 1 CO rév).

<sup>23</sup> voir Helbling (cit. notice 5), p. 682.

<sup>24</sup> Message concernant le changement de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (réforme structurelle), du 15.06.2007, FO 2007, p. 5695 s. (p. 27 s. de la version publiée sur internet). 2007, p. 32 ss.