

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

Édités par Peter Gauch

370

SARAH BECHAALANY

Les fondations de placement: du droit privé au droit public

Table des matières

Sommaire	XI
Table des matières	XV
Table des figures	XXXI
Table des abréviations	XXXIII
I. Abréviations des législations et projets	XXXIII
II. Autres abréviations usuelles	XXXIX
Bibliographie	XLV
Sources officielles	LIX
I. Conseil fédéral	LIX
II. OFAS	LXI
III. CHS PP	LXIII
IV. FINMA et CFB	LXIV
V. AFC	LXV
VI. Autres autorités	LXV
Introduction	1
I. Objet	1
II. Objectifs et intérêts du sujet	1
III. Délimitations	3
IV. Plan général	5
PREMIÈRE PARTIE : FONDEMENTS	7
CHAPITRE PREMIER : SUBSTRAT ÉCONOMIQUE	9
§ 1 Historique	9
I. Contexte	9
II. Première fondation de placement	11
III. Sémantique	13
§ 2 Importance économique	13

CHAPITRE DEUXIÈME : SOURCES DE LA RÉGLEMENTATION	16
§ 3 Sources légales	17
I. Droit public comme fondement actuel	17
A. Droit constitutionnel	17
1. Bases constitutionnelles : droit privé ou droit public ?	17
2. Constitution sociale et Constitution économique	19
a. Dichotomie et juxtaposition	19
b. Difficultés en l'espèce	19
B. Droit de la prévoyance professionnelle	21
1. Lois	21
a. LPP : seul ancrage formel des fondations de placement	21
b. LFLP	23
2. Ordonnances d'application de la LPP	23
a. Base légale	23
b. OFP	24
c. OPP 1	30
d. OPP 2	32
3. De lege ferenda : clarifier et formaliser	33
C. Droit bancaire et financier	34
1. Législation sur les placements collectifs de capitaux	34
a. Non-assujettissement répété et confirmé	34
b. Exception constitutive	36
c. Ratio legis	38
d. De lege ferenda	40
2. Législation sur la bourse	41
3. Législation contre le blanchiment d'argent	41
4. Législation sur l'infrastructure des marchés financiers	42

5. Projet de législation sur les services et les établissements financiers	45
II. Droit privé comme fondement originel	46
A. Code civil	46
1. Fondations du Code civil	46
2. Application du Code civil	48
a. Droit subsidiaire	48
b. Droit public supplétif	49
c. Droit général des fondations	50
d. Exemples	51
B. Autres sources de droit privé	52
III. Illustration de la complexité du système	53
§ 4 Régulations	55
I. Autorités administratives	55
A. Autorités de surveillance	55
1. OFAS	55
2. CHS PP	56
a. Ordonnances d'exécution	56
b. Ordonnances administratives	58
c. Communications	62
B. Autorité fiscale : approche économique	63
II. Autorégulation	64
§ 5 Sources internes comme fondements primaires	66
I. Régime	66
II. Compétences et contenu	68
III. Examen par l'autorité	69
A. Adoption des documents internes	69
B. Modifications des documents internes	70
1. Examen préalable	70
2. Examen ultérieur	71

CHAPITRE TROISIÈME : SURVEILLANCE	73
§ 6 Buts et organisation	73
I. Protection des intérêts privés ou publics ?	73
II. Structure	75
A. Avant la réforme structurelle : partage des compétences	75
B. Depuis la réforme structurelle : centralisation	76
C. Interactions entre droit de la prévoyance professionnelle et droit des fondations	78
III. Surveillance directe par la CHS PP	80
IV. Coûts	81
§ 7 Instruments de surveillance	82
I. Fondements	82
A. Bases légales	82
B. Autorisation comme pilier de la surveillance	84
C. Principes pour la mise en œuvre	84
II. Destinataires : large cercle	86
A. Institutions servant à la prévoyance professionnelle	86
B. Conseil de fondation	86
C. Experts chargés des estimations	88
D. Organe de révision	88
III. Mesures probatoires	88
A. Demande de renseignements	88
B. Expertise officielle	90
IV. Mesures préventives	91
A. Mise en demeure et réprimande	91
B. Pouvoir d'instruction comme instrument général	92
V. Mesures réparatrices	93
A. Annulation des décisions	93
B. Exécution par substitution au sens strict	94

C.	Suspension et révocation du conseil de fondation	96
D.	Lettre de garantie d'activité irréprochable	97
E.	Gestion par un organe officiel	98
F.	Nomination et révocation des organes	99
G.	Amendes d'ordre administratives	99
H.	Dispositions pénales	100
VI.	Dissolution comme mesure de surveillance	100
A.	Dissolution en lieu et place du retrait de l'autorisation	100
B.	Aucune intervention pour activité non autorisée	102
VII.	Mesures en cas de surendettement, d'insolvabilité ou de faillite	103
VIII.	De lege ferenda	105
IX.	Recours contre les décisions de la CHS PP	106
A.	Objet du recours et instances	106
B.	Qualité pour recourir	106
C.	Effet suspensif et pouvoir d'examen	109
§ 8	Responsabilité pour la surveillance	110
I.	Base légale et ratio legis	110
II.	Sujet de responsabilité	111
III.	Qualité pour agir	112
IV.	Causalité	114
A.	Violation de ses obligations par un assujetti	114
B.	Condition décisive	116
	DEUXIÈME PARTIE : ORGANISATION	119
	CHAPITRE PREMIER : FONDATEUR	121
§ 9	Rôle	121
I.	Entités fondatrices	121
II.	Constitution de la fondation	122

III.	Séparation du fondateur et de la fondation	124
§ 10	Droits	125
I.	Etendue	125
II.	Cession et transmission	127
CHAPITRE DEUXIÈME : ORGANES		129
§ 11	Assemblée des investisseurs	129
I.	Investisseurs	129
A.	Qualité d'investisseur	129
1.	Cercle limité	129
2.	Institutions de prévoyance et gestionnaires de placements collectifs réservés à ces institutions	130
3.	Rapports avec le droit privé	132
B.	Admission	133
1.	Déclaration d'adhésion comme offre contraignante	133
2.	Examen libre par la fondation	134
3.	Acquisition du statut d'investisseur	135
C.	Exclusion ultérieure	136
1.	Causes de résiliation	136
2.	Aucune obligation de versements supplémentaires	137
D.	Droits	138
1.	Egalité de traitement entre investisseurs	138
a.	Principe et champ d'application	138
b.	Protection de la participation des investisseurs	139
2.	Droits sociaux	141
a.	Droit de vote	141
b.	Droit aux informations	142
c.	Droit d'attaquer les décisions de l'assemblée	143
3.	Droits patrimoniaux	144
a.	Droit à une distribution	144
b.	Droit préférentiel de souscription	145
c.	Droit au rachat	145

d.	Droit à une part de liquidation	146
II.	Assemblée	146
A.	Participants	146
B.	Organe de formation de la volonté	147
C.	Organe législatif suprême ?	148
D.	Organisation	150
1.	Bases légales	150
a.	Renvois au droit de la société anonyme	150
b.	Renvois ponctuels au droit de la société anonyme	152
2.	Types d'assemblées	152
3.	Préparation et convocation	153
E.	Prise de décision	154
F.	Contestation des décisions	155
§ 12	Conseil de fondation	155
I.	Fonctions et attributions	155
II.	Membres du conseil	156
A.	Election	156
B.	Représentants des investisseurs	157
C.	Qualifications	158
D.	Garantie d'activité irréprochable	159
1.	Champ d'application et contenu	159
2.	Examen par la CHS PP	160
E.	Devoir de diligence et de loyauté	161
1.	Champ d'application et contenu	161
2.	Norme double	162
3.	Examen par l'organe de révision	163
F.	Rémunération	163
1.	Convention de rémunération	163
2.	Restitution des avantages financiers	164
III.	Organisation	166

A.	Absence d'exigences légales	166
B.	Prise de décision	167
C.	Contestation des décisions	168
1.	Voies de droit	168
2.	Qualité pour agir des membres du conseil	169
§ 13	Délégation et sous-délégation	170
I.	Régime	170
A.	Buts	170
B.	Comparaison avec les placements collectifs	170
C.	Délimitations	172
II.	Conditions	173
A.	Tâches transférables	173
B.	Contrat	174
1.	Forme et contenu	174
2.	Examen par la CHS PP	176
C.	Règles de comportement	177
1.	Bases légales	177
2.	Indépendance en particulier	177
D.	Gestionnaires de fortune	178
1.	Définition	178
a.	Gestionnaires discrétionnaires	178
b.	Gestionnaires externes	180
2.	Exigences	181
a.	Autorisation de la FINMA ou habilitation de la CHS PP	181
b.	Conditions d'habilitation	181
c.	Nature juridique de l'habilitation	182
d.	Vers une surveillance systématique des gestionnaires	183
III.	Sous-délégation	184
IV.	Contrôle	186

V.	Responsabilités	187
	A. Responsabilité du conseil de fondation	187
	B. Responsabilité du délégataire et du sous-délégataire	188
CHAPITRE TROISIÈME : CONTRÔLE		189
§ 14	Organe de révision	190
I.	Organisation et exigences	190
II.	Tâches	191
	A. Sources	191
	B. Révision des comptes et audit prudentiel	192
III.	Rapports avec la fondation	194
	A. Organe ou simple mandataire ?	194
	B. Dialogue entre le réviseur et la fondation	194
	C. Honoraires	196
IV.	Rapports avec la CHS PP : surveillance dualiste	196
V.	Responsabilité	198
§ 15	Système de contrôle interne	200
I.	Bases légales et organisation	200
II.	Etendue du contrôle interne	201
III.	Révision interne en particulier	202
IV.	Rapports avec la CHS PP	203
CHAPITRE QUATRIÈME : AUTRES INTERVENANTS		204
§ 16	Banque	204
I.	Absence de « banque dépositaire »	204
II.	Tâches	206
	A. Base contractuelle	206
	1. Contrat bipartite	206
	2. Conséquences en matière de responsabilité	207
	B. Etendue	207
III.	Exigences	208

IV.	Délégation à un tiers dépositaire	209
	A. Délimitations	209
	B. Conditions	210
§ 17	Experts chargés des estimations	211
I.	Experts légaux	211
II.	Exigences	213
	A. Deux personnes physiques ou une personne morale	213
	B. Qualifications	213
	C. Indépendance	214
III.	Evaluations	216
	A. Evaluations ponctuelles	216
	B. Evaluations annuelles	217
	C. Méthode d'évaluation et fluctuations de valeur	218
	D. Evaluations contraignantes pour la fondation	219
IV.	Auxiliaires de la CHS PP	220
	TROISIÈME PARTIE : DÉVELOPPEMENT	223
	CHAPITRE PREMIER : CONSTITUTION	225
§ 18	Conditions	225
I.	Conditions matérielles	225
	A. Volonté de créer une fondation	225
	B. But spécial défini par la loi	226
	C. Capital de dotation	227
II.	Conditions formelles	227
	A. Demande de création et audit	227
	B. Acte de fondation	228
	C. Décision de prise en charge de la surveillance	230
	D. Inscription au registre du commerce	230

§ 19 Fortune de base	231
I. Notion	231
II. Justification économique	232
III. Utilisation	234
A. Fonds de roulement	234
B. Frais de liquidation	235
IV. Fortune de base comme fonds de fonds ?	235
§ 20 Fortune de placement	236
I. Notions	236
A. Fortune de placement	236
B. Groupes de placement	237
1. Indépendance des groupes	237
2. Groupes à investisseur unique	237
3. Classes dans les groupes	238
II. Parts des investisseurs	239
A. Relation de nature contractuelle	239
1. Qualification	239
2. Contrat nommé	241
3. Modifications du contrat	242
B. Créances comptables	242
C. Régime d'émission et de rachat	244
1. Sources	244
2. Emission	246
3. Rachat	247
a. Caractéristique des placements collectifs ouverts	247
b. Modalités	248
c. Restrictions au rachat	249
d. Rachat forcé	252
4. Cession entre investisseurs	252

III.	Engagements de capital	253
	A. Régime	253
	B. Statut des investisseurs	254
	C. Groupes « commitment based »	255
IV.	Apports des investisseurs	256
	A. Apports en espèces et compensation	256
	B. Apports en nature	257
	1. Notion et principes	257
	2. Conditions	259
V.	Aspects fiscaux	260
	A. Droits de timbre	260
	B. Impôt sur le bénéfice	261
	C. Impôts fonciers en cas d'apport en nature	262
	1. Bases légales identiques et pratiques variées	262
	2. Impôt sur les gains immobiliers	263
	a. Régime	263
	b. Cas de « division »	264
	c. Conditions ?	266
	3. Droits de mutation	267
	4. Délai de blocage ?	268
VI.	Prospectus	269
	A. Obligation ponctuelle d'établir un prospectus	269
	B. Publication	270
	C. Contenu indéterminé	271
	D. Examen ponctuel par la CHS PP	272
	E. Responsabilité pour le prospectus	273
	1. Absence de base légale spéciale	273
	2. Fondements envisageables	275

CHAPITRE DEUXIÈME : ACTIVITÉS FINANCIÈRES	277
§ 21 Placements	277
I. Fortune de base	277
A. Règles de placement applicables	277
B. Placements selon l'OPP 2	278
C. Dépôt	279
D. Société de gestion et d'administration	279
1. Notion	279
2. Avantages	280
3. Conditions	281
E. Création d'une fondation de placement	283
F. Utilisation des profits	284
II. Fortune de placement	285
A. Règles de placement applicables	285
B. Principes de placement	286
1. Sécurité, stabilité et rentabilité	286
2. Placements autorisés	287
3. Groupe de placement comme unité de mesure	288
C. Types de groupes	289
1. Groupes immobiliers	289
2. Groupes alternatifs	290
3. Groupes mixtes	291
D. Filiales dans les groupes immobiliers et alternatifs	292
1. Notion et avantages	292
2. Conditions	293
3. Rapports entre la filiale, le groupe et la fondation	295
E. Dérogations aux règles de placement	296
1. Dérogations aux règles légales	296
2. Dérogations aux directives internes	297
3. Dérogations aux recommandations de la CHS PP	298

F.	Utilisation des profits	299
III.	Actes juridiques avec des personnes proches	300
A.	Admissibilité de principe	300
B.	Notion étroite de personnes proches	300
C.	Conditions	301
§ 22	Emprunts	302
I.	Interdiction de principe	302
II.	Exceptions	304
A.	Placements immobiliers	304
1.	Ratio legis	304
2.	Taux d'endettement	304
B.	Placements dans les hedge funds et les infrastructures	306
III.	Dépassement du taux d'endettement maximal	306
	QUATRIÈME PARTIE : DÉMANTÈLEMENT	309
	CHAPITRE PREMIER : DISSOLUTION DES GROUPES	311
§ 23	Régime	311
I.	Compétence	311
II.	Causes de dissolution	312
A.	Groupes à durée déterminée	312
B.	Mesure de surveillance	312
C.	Fusion ou scission	313
D.	Autres causes de dissolution	313
III.	Information et égalité des investisseurs	314
IV.	Examen par l'organe de révision	314
§ 24	Effets	315
I.	Dissolution avec ou sans liquidation	315
II.	Effets sur les investisseurs	316

CHAPITRE DEUXIÈME : DISSOLUTION DE LA FONDATION	317
§ 25 Causes de dissolution	317
I. Principe de l'indissolubilité des fondations	317
II. Délimitations	317
III. Causes liées au but	318
A. Régime	318
1. Bases légales	318
2. Inaccessibilité du but	319
B. Compétences	320
IV. Dissolution organisationnelle	322
A. Régime	322
B. Aucune transformation possible	323
C. Transfert de patrimoine	324
D. Fusion	325
1. Objet du contrat	325
2. Sort des fortunes	326
3. Compétences	326
§ 26 Effets	327
I. Restructuration sans liquidation	327
A. Régime	327
B. Inscription au registre du commerce	327
II. Dissolution avec liquidation	329
A. Régime	329
B. Opérations de liquidation	329
C. Répartition de l'excédent de liquidation	331
1. Délai de blocage ?	331
2. Fortune de base	332
3. Fortune de placement	333
D. Droit de distraction des investisseurs	334
1. Régime	334

2. Réserves	336
E. Radiation au registre du commerce	338
Conclusion	339
Abstract	345
Répertoire alphabétique des matières	351