



Cour I
A-3400/2017

Arrêt du 12 juin 2019

Composition

Raphaël Gani (président du collège),
Michael Beusch, Marianne Ryter, juges,
Alice Fadda (greffière).

Parties

1. **A.** _____
2. **B.** _____
recourantes,

contre

**Autorité cantonale de surveillance des fondations
et des institutions de prévoyance,**
autorité inférieure.

Objet

Fondation de prévoyance du 3^{ème} pilier a et de libre
passage ; modification des statuts.

Faits :**A.**

En date du 2 juillet 2014, la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (ci-après : CHS PP) a publié une directive applicable aux fondations bancaires du 3^e pilier a et aux fondations de libre-passage (Directive D-04/2014). Le chiffre 1.2 de cette directive indique au sujet du conseil de fondation de ces entités :

« Sous réserve des restrictions ci-après, la banque fondatrice peut désigner les membres du conseil de fondation et y être elle-même représentée.

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. Ce membre est désigné par le conseil de fondation. »

B.

La Fondation A. _____ est inscrite au Registre du commerce du canton de [...] depuis le 16 août 1985. L'article 9 alinéa 1 de ses statuts actuels indique ce qui suit :

« Le conseil de fondation est composé de un à cinq membres qui sont désignés par la fondatrice pour une durée de deux ans chaque fois ; ils sont rééligibles ».

La Fondation B. _____ est inscrite au Registre du commerce du canton de [...] depuis le 11 novembre 1994. L'article 8 de ses statuts actuels indique notamment ce qui suit :

« La Fondation est gérée par un Conseil de fondation (ci-après le Conseil) composé de trois personnes physiques au moins.

La Fondatrice en nomme le Président et les membres pour un mandat de deux ans. Ils sont rééligibles.

{...} ».

Par courrier du 16 février 2015, l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance du canton de [...] (ci-après : C. _____) a invité les deux fondations précitées à adapter leurs statuts, en particulier les articles respectivement 9 et 8 précités, pour les rendre conforme à la Directive D-04/2014 de la CHS PP. Faute de réponse, l'autorité précitée a de nouveau enjoint les fondations, par courrier du

12 avril 2016, à effectuer ces modifications. Une rencontre entre les parties s'est tenue le 10 novembre 2016, au cours de laquelle les représentants des fondations ont exposé estimer la Directive de la CHS PP comme non conforme à la loi et par conséquent non applicable. Les fondations ont encore motivé leur position par un écrit du 13 décembre 2016. C. _____ y a répondu par courrier du 31 janvier 2017, estimant en substance être compétente pour ordonner les modifications de statuts et que les directives de la CHS PP devaient être appliquées. Finalement, l'autorité inférieure a par correspondance du 20 février 2017 imparti aux fondations un délai au 15 avril 2017 pour lui faire parvenir un exemplaire de la version modifiée des statuts conformément à la Directive précitée de la CHS PP.

C.

Par recours déposé le 22 mars 2017, tant la A. _____ (ci-après : la recourante 1) que la B. _____ (ci-après : la recourante 2) se sont adressées au Tribunal administratif fédéral pour contester ce qu'elles craignaient être une décision du 20 février 2017. Par deux arrêts du 28 mars 2017 (A-1756/2017 et A-1752/2017), celui-ci a déclaré ces recours irrecevables, faute pour le courrier du 27 février 2017 de constituer une décision au sens formel, et a transmis le recours à l'autorité inférieure pour qu'elle rende une décision formelle. Par deux décisions du 29 mai 2017, C. _____ a confirmé sa position en concluant que chacune des fondations concernées devaient se conformer à la Directive de la CHS PP et modifier ses statuts dans un délai au 30 juin 2017. Par deux recours distincts du 14 juin 2017, les fondations ont contesté ces décisions devant la Cour de céans.

D.

Par décision incidente du juge instructeur du 27 juillet 2017, les deux recours A-3400/2017 et A 3408/2017 ont été joints sous numéro de référence A-3400/2017, et la requête d'effet suspensif présentée par les recourantes a été acceptée.

Les autres faits et arguments des parties seront repris, pour autant que besoin, dans les considérants en droit du présent arrêt.

Droit :

1.

1.1 Sur la base de l'art. 31, en relation avec l'art. 33 let. i de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAf, RS 173.32) et de l'art. 74 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40), et sous réserve des

exceptions – non réalisées en l'espèce – de l'art. 32 LTAF, la cour de céans est compétente pour connaître des recours contre les décisions de l'autorité cantonale ou régionale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance. Il s'agit en l'occurrence d'une décision de l'autorité cantonale [...] (ci-après : autorité inférieure). La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

1.2 Les recourantes, qui sont directement touchées par les décisions attaquées et qui ont au surplus directement participé à la procédure devant l'autorité inférieure, ont manifestement qualité pour porter l'affaire devant le tribunal de céans (cf. art. 48 al. 1 PA). Les décisions attaquées, datées du 29 mai 2017, ont été notifiées aux recourantes le 31 mai 2019, de sorte que le délai légal de recours de trente jours (art. 50 al. 1 PA) a été respecté par le dépôt des recours postés le 14 juin 2017. Les recours ont donc été formés en temps utile. Munis de conclusions valables et motivées et accompagné d'une copie de la décision attaquée, ils répondent en outre aux exigences de forme de la procédure administrative (cf. art. 52 al. 1 PA). Ils sont dès lors recevables.

1.3 Selon l'art. 49 PA, la recourante peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et l'inopportunité, sauf si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (let. c) (cf. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^e éd., 2013, n. marg. 2.149 ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd., 2016, n. marg. 1146 ss).

1.4 De son côté, le Tribunal administratif fédéral constate les faits et applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd., 2011, ch. 2.2.6.5 p. 300 s.). Les parties doivent toutefois motiver leur recours (art. 52 PA) et collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 122 V 157 consid. 1a ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^{ème} éd., 2013, ch. 1135 s.).

1.5 Cela étant, le Tribunal exerce son pouvoir d'examen en tenant compte de celui de l'autorité inférieure. Ainsi, lorsqu'il s'agit de trancher de pures questions d'appréciation, de même que lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances de fait spéciales que l'autorité administrative est, vu sa compétence propre ou sa proximité avec l'objet du litige, mieux à même de poser et d'apprécier (cf. ATF 132 II 257 consid. 3.2 ; ATAF 2011/32 consid. 5.6.4), le Tribunal ne substitue pas sans raison suffisante sa propre appréciation à l'appréciation ou à la compétence technique de l'autorité inférieure (cf. ATF 136 V 351 consid. 5.1.2 ; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale [...], 2013, n° 189). En dérogation à l'art. 49 let. c PA, le pouvoir d'examen du Tribunal saisi se limite en outre à un contrôle du droit, lorsque la cognition de l'autorité inférieure est restreinte (cf. ATF 138 V 346 consid. 5.5.1 et 135 V 382 consid. 4.2 ; arrêts du TAF A-358/2018 du 10 janvier 2019 consid. 2.1, A-1130/2016 du 17 novembre 2017 consid. 1.3.1 et A-2668/2015 du 19 mai 2017 consid. 1.3 ; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Kommentar, 3^e éd., 2013, n° 1 ad art. 62).

2.

La décision dont est recours conclut à ce que les recourantes se conforment à la Directive D-04/2014 de la CHS PP (ci-après : la Directive) et modifient leurs statuts en conséquence. Dite directive, sur laquelle on reviendra ultérieurement (infra consid. 4 et 5), prévoit à son chiffre 1.2 que « 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. » Les recourantes contestent cette décision invoquant, en cascade, l'absence de compétence de l'autorité inférieure pour ordonner une modification de ses statuts (consid. 3 ci-après), l'illégalité de la Directive en tant que telle (consid. 4 et 5 ci-dessous), puis la contradiction entre la décision entreprise et les dispositions légales applicables de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2, RS 831.441.1) (consid. 6 ci-dessous).

3.

Il y a lieu de déterminer en premier lieu si l'autorité inférieure était compétente pour rendre la décision ici attaquée, ce que les recourantes contestent.

3.1 La surveillance des institutions de prévoyance est réglée aux art. 61 à 62a LPP. En vertu du renvoi de l'art. 89a al. 6 ch. 12 et al. 7 ch. 7 CC (qui correspond, dans la mesure ici relevante, à l'ancien art. 89a al. 6 ch. 12 dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2015, respectivement à l'ancien art. 89^{bis} al. 6 ch. 12 dans sa version en vigueur précédemment), ces dispositions sont également applicables aux fondations de prévoyance en faveur du personnel, qu'elles soient soumises ou non à la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ([LFLP ; RS 831.42] ; cf. arrêts du TAF A-3479/2016 du 20 août 2018 consid. 2.2.1, A-1183/2017 du 21 décembre 2017 consid. 2.1.2 et A-5358/2016 du 1^{er} mai 2017 consid. 2.2.1 [non publié aux ATAF 2017 V/2]). Conformément à l'art. 61 al. 1 LPP, les cantons – respectivement les régions de surveillance communes (cf. art. 61 al. 2 LPP) – désignent l'autorité chargée de surveiller les institutions de prévoyance et les institutions servant à la prévoyance qui ont leur siège sur le territoire cantonal.

3.2 Aux termes de l'art. 62 al. 1 LPP, l'autorité de surveillance a pour tâche de s'assurer que les institutions de prévoyance, les organes de révision dans la prévoyance professionnelle, les experts en matière de prévoyance professionnelle et les institutions servant à la prévoyance se conforment aux dispositions légales et que la fortune est employée conformément à sa destination ; en particulier : (a) elle vérifie que les dispositions statutaires et réglementaires des institutions de prévoyance et des institutions servant à la prévoyance sont conformes aux dispositions légales ; (b) elle exige de l'institution de prévoyance et de l'institution qui sert à la prévoyance un rapport annuel, notamment sur leur activité ; (c) elle prend connaissance des rapports de l'organe de contrôle et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle ; (d) elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées ; (e) elle connaît des contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé. En outre, l'art. 62 al. 2 LPP (depuis la modification apportée par la loi fédérale du 19 juin 2015 [Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce], en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017 [RO 2016 2313; FF 2013 4341]) prévoit que l'autorité de surveillance exerce aussi, pour les fondations, les attributions prévues aux art. 85 à 86b du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210). Cette dernière disposition prévoit par ailleurs que l'autorité de surveillance peut, après avoir entendu l'organe suprême de la fondation, apporter des modifications accessoires à l'acte de fondation lorsque celles-ci sont commandées par des motifs objectivement justifiés et qu'elles ne lèsent pas les droits de tiers.

En vertu de l'art. 62 al. 1 let. d LPP, l'autorité de surveillance a ainsi notamment pour tâche de prendre les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées. Parmi les mesures à disposition de l'autorité de surveillance, la doctrine et la jurisprudence distinguent entre mesures préventives et répressives. Les mesures répressives ont pour but de rétablir une situation conforme à la loi, alors que les mesures préventives, par un contrôle régulier de l'activité des institutions de prévoyance, doivent empêcher des décisions contraires à la loi ou aux statuts et règlements. À titre de mesure répressive, l'autorité de surveillance peut ainsi sommer les organes de l'institution de prévoyance de se conformer à la loi, statuts et règlements, émettre des directives ou leur imposer des charges, annuler ou modifier des décisions ou des mesures des organes de la fondation, révoquer et nommer un nouvel organe du Conseil de fondation, nommer un liquidateur ou un curateur, même provisoirement, et mettre les coûts de ces mesures à charge de la fondation. L'énumération de ces mesures n'est pas exhaustive (sur ces questions, voir entre autres ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, 1996 [ci-après cité : VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung], p. 61 ; HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2^e éd., 2006, p. 31 s.).

L'autorité de surveillance, dans le cadre des mesures répressives, peut intervenir à l'encontre d'une institution de prévoyance seulement s'il y a une violation des dispositions légales, statutaires ou réglementaires. Un examen plus large de l'activité de l'institution de prévoyance par l'autorité de surveillance constitue une violation du principe de l'autonomie de la fondation (cf. ATF 112 II 97 consid. 2 ; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung, p. 65).

Les mesures de surveillance peuvent également être mises en œuvre à titre préventif, c'est-à-dire en vue de garantir que les institutions de prévoyance se conforment aux dispositions légales et statutaires par exemple en mettant en demeure l'organe suprême de l'institution de prévoyance ou en annulant des décisions de ce dernier (cf. arrêt du TAF A-5358/2016 précité consid. 2.2.2 [non publié aux ATAF 2017 V/2] ; MARC HÜRZELER/JÜRIG BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in : Meyer [édit.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3^e éd., 2016, p. 2029 ss, p. 2089 n. marg. 78). Dans ce cadre également, l'autorité de surveillance est tenue de respecter le pouvoir d'appréciation des organes de la fondation et ne peut intervenir qu'en cas d'excès ou d'abus de ce pouvoir (cf. arrêts du TAF A-3479/2016 précité consid. 2.2.2, A-5358/2016 précité consid. 2.2.2 [non publié aux ATAF

2017 V/2] et A-1130/2016 précité consid. 2.4 ; HÜRZELER/BRÜHWILER, op. cit., p. 2088 n. marg. 77 ; RIEMER/RIEMER-KAFKA, op. cit., § 2 p. 63 n. marg. 99, avec références à la jurisprudence du TF).

3.3 En l'occurrence, l'autorité inférieure a fait usage de la compétence que la loi lui attribue en donnant des instructions aux fondations recourantes. Si l'usage de mesures répressives n'est certes justifié que dans le but de rétablir une situation conforme à la loi (cf. consid. 3.2 ci-avant), tel était cependant bien le sens en l'espèce de l'intervention de l'autorité inférieure, qui a sommé les recourantes de modifier leurs statuts respectifs, après par ailleurs les avoir entendues dans leurs explications. Elle a procédé de la sorte non pas tant pour faire respecter une directive émise par la CHS PP, mais parce que les exigences matérielles édictées dans cette directive correspondaient – selon elle à tout le moins – aux exigences légales minimales. Il n'importe pas à ce stade de déterminer si ces mesures sont justifiées ou pas – ce sera fait ci-après consid. 4 à 6 -, mais bien de vérifier que les mesures répressives ordonnées par l'autorité inférieure poursuivaient bien un but de mise en conformité légale et ne constituaient pas une intervention excessive dans la sphère d'autonomie des recourantes. Par conséquent, sur le plan de la procédure, il ne peut être reproché à l'instance inférieure d'avoir outrepassé ses compétences, de telle sorte que le grief d'incompétence soulevé par les recourantes doit être écarté.

4.

Les recourantes invoquent ensuite une absence de compétence de la CHS PP pour émettre la Directive ici en cause, ainsi que son illégalité. Plus précisément (Recours, pp. 12ss), tout en admettant une compétence de la CHS PP pour émettre des directives, les recourantes sont d'avis que cette compétence est limitée aux fins de garantir une application uniforme et respectueuses du droit fédéral. En cela, les recourantes ne font rien valoir d'autre que l'absence de conformité de la Directive au droit fédéral et non pas un défaut de compétence fonctionnelle de la CHS PP. En tant que tel, ce grief se confond avec celui traité ci-dessous (consid. 5) sur l'illégalité de la décision entreprise.

Il y a donc lieu de déterminer au préalable si la Directive de la CHS PP doit respecter la loi ou si elle peut reposer sur une délégation législative. En effet, le principe de la légalité exige, comme principe de base de l'action de l'administration au sens large, dont fait partie la CHS PP, une norme générale et abstraite de droit public (une « loi au sens matériel » ; cf. art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999

[Cst., RS 101]). On parle de délégation législative lorsque le législateur autorise ou charge le pouvoir exécutif d'édicter lui-même de telles dispositions.

4.1 On classe habituellement les ordonnances du Conseil fédéral en plusieurs catégories. L'une d'elle distingue entre les ordonnances d'exécution et de substitution, même s'il est vrai que les ordonnances présentent le plus souvent un contenu mixte, fait à la fois de simples règles d'exécution et de règles primaires (cf. PASCAL MAHON, *in* : Aubert/Mahon [édit.], Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003, p. 1380 *ad* art. 182 ; ATAF 2009/6 consid. 5.1 ; pour plus de détails, voir arrêt du TAF A-6777/2013 du 9 juillet 2015 consid. 2.1.1 et 2.1.2 et réf. cit.). La distinction entre règles primaires et règles secondaires peut prêter à discussion. Elle est néanmoins importante quant à l'exigence de la base légale : une délégation législative est indispensable pour que l'auteur de l'ordonnance puisse adopter des règles primaires (cf. ATF 134 I 322 consid. 2.4 ; arrêts du TAF A-4357/2015 du 10 juillet 2017 consid. 2.1.1, A-6777/2013 précité consid. 2.1.2.2 et A-5414/2012 du 19 juin 2014 consid. 2.3.2.2 ; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, *Droit administratif, Partie générale et éléments de procédure*, 2013, n. marg. 56). Dans une jurisprudence abondante, le Tribunal fédéral a défini les exigences posées par la Constitution pour la délégation de compétences législatives (cf. ZEN-RUFFINEN, *op. cit.*, n. marg. 55 et *jurisp. cit.*).

4.2 L'art. 164 al. 2 Cst. concrétise le principe de la délégation législative, admis en droit fédéral (cf. ATF 134 I 322 consid. 2.4 ; ZEN-RUFFINEN, *op. cit.*, n. marg. 218). Le Tribunal fédéral soumet la délégation de compétences législatives horizontale au respect de quatre conditions, qui ont elles-mêmes valeur constitutionnelle. De manière générale, une délégation législative est admissible lorsque :

- elle n'est pas exclue par la Constitution fédérale (art. 164 al. 2 Cst.) ;
- elle figure dans une loi formelle fédérale (art. 164 al. 2 Cst.) ou cantonale ;
- elle se limite à une matière déterminée et bien délimitée ;
- elle énonce elle-même les points essentiels sur lesquels doit porter la matière à réglementer (cf. ATF 118 Ia 245 [traduit *in* : SJ 1993 76] consid. 3 ; arrêts du TAF A-4357/2015 précité consid. 2.2.1, A-6777/2013 précité consid. 2.2.1 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.1 ; ZEN-RUFFINEN, *op. cit.*, n. marg. 220 ; ANDREAS AUER et

AL., *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I, 3^e éd., 2013 [ci-après cité: AUER et AL., vol. I], n. 1982 ; ULRICH HÄFELIN et AL., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9^e éd., 2016, p. 601 n. 1856-1857, p. 608 n. 1872).

4.3 L'admissibilité de la délégation législative en droit fédéral dépend du respect des conditions auxquelles la Constitution et la jurisprudence du Tribunal fédéral la soumettent (art. 164 al. 2 Cst. ; voir consid. 4.1 ci-avant). La particularité de la délégation législative en droit fédéral tient à ce que le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer la loi fédérale dans laquelle elle figure. On précisera ici que l'expression « Tribunal fédéral » vise aussi le Tribunal administratif fédéral (cf. AUER et AL., vol. I, n. 1934). Selon la formule jurisprudentielle consacrée, l'art. 190 Cst. empêcherait le Tribunal fédéral « de contrôler si la délégation elle-même est admissible ». Le Tribunal fédéral est en principe habilité à examiner, dans un cas particulier, si le législateur a respecté les conditions de la délégation législative. S'il arrive à la conclusion que tel n'est pas le cas, il doit cependant s'en tenir à cette délégation, c'est-à-dire l'appliquer (cf. arrêts du TAF A-4357/2015 précité consid. 2.2.4.1, A-6777/2013 précité consid. 2.2.5 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.5 ; AUER et AL., vol. I, n. 1983 ; HÄFELIN ET AL., *op. cit.*, p. 686 n. 2096 ss).

En effet, conformément à l'art. 190 Cst., le juge ne peut examiner la constitutionnalité des lois fédérales et, par voie de conséquence, des normes de délégation qu'elles contiennent. Ainsi, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une ordonnance dépendante fondée sur une délégation législative prévue dans la loi, le juge se contente d'examiner si le but fixé par la loi peut être atteint par la réglementation adoptée et si le Conseil fédéral – et/ou son sous-délégué – a usé de son pouvoir d'appréciation conformément au principe de la proportionnalité (cf. ATF 117 III 44 consid. 2b ; MAHON, *op. cit.*, n° 13 *ad* art. 190 Cst. ; HÄFELIN et AL., *op. cit.*, p. 93 n. 408a ; arrêts du TAF A-4357/2015 précité consid. 2.2.4.1, A-6777/2013 précité consid. 2.2.5 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.5).

4.4 La CHS PP exerce la haute surveillance sur les autorités de surveillance (cantonales ou régionales) et peut notamment émettre des directives destinées à garantir que les autorités de surveillance exercent leur activité de manière uniforme (art. 64a al. 1 let. a LPP ; cf. FF 2007 5395 et 5399 ss). Sur cette base, la CHS PP a édicté notamment la Directive D-04/2014 du 2 juillet 2014 relative aux fondations du pilier 3a et de libre passage. Il résulte de ce qui précède que la CHS PP était matériellement compétente pour édicter la Directive en cause. Toutefois, comme le relèvent à juste titre les recourantes, le législateur n'a ni

explicitement, ni implicitement délégué à la CHS PP la compétence d'édicter des règles de droit primaire. Il n'y a pas, à l'art. 64a LPP, de base pour une délégation législative en faveur de la CHS PP. Il n'en résulte cependant aucune autre conséquence en l'espèce que celle du respect nécessaire par la Directive des dispositions légales supérieures. Dès lors que la CHS PP n'a pas la compétence pour elle-même d'édicter des règles de droit, elle doit, en fixant sa pratique dans une directive, respecter les dispositions légales applicables. Ainsi, en l'occurrence, faute de délégation législative, la Directive en cause doit être qualifiée d'ordonnance administrative.

5.

5.1 Afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des ordonnances administratives (directives, circulaires, instructions ; cf. ATF 121 II 473 consid. 2b ; MOOR/POLTIER, op. cit., n° 2.8.3.1 s. p. 421 ss). La fonction principale de ces ordonnances est de garantir l'unification et la rationalisation de la pratique. Ce faisant, elles permettent également d'assurer l'égalité de traitement et la prévisibilité administrative et facilite aussi le contrôle juridictionnel (cf. ATF 131 V 42 consid. 2.3 ; ATAF 2009/15 consid. 5.1 ; arrêts du TAF A-4357/2015 précité consid. 2.5 et A-6982/2013 du 24 juin 2015 consid. 2.2 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n. marg. 83 ; MOOR/POLTIER, op. cit., n° 2.8.3.3 p. 425 s.). Tel est le cas en l'espèce de la Directive D-04/2014 du 2 juillet 2014 relative aux Fondations du pilier 3a et fondations de libre passage (cf. consid. 4 ci-avant).

5.2 Les ordonnances administratives n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux. Elles ne dispensent pas l'administration de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce, mais servent tout au plus à créer une pratique administrative uniforme et présentent à ce titre une certaine utilité. Elles ne peuvent en outre sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, les ordonnances administratives ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 141 V 175 consid. 4.1 et 138 II 536 consid. 5.4.3 ; arrêts du TAF A-4357/2015 précité consid. 2.5 et A-6982/2013 précité consid. 2.2). Cela étant, dans la mesure où elles assurent une interprétation correcte et équitable des règles de droit, le juge les prendra en considération (cf. ATF 138 II 536 consid. 5.4.3 et 133 II 305 consid. 8.1 ; arrêts du TAF A-4357/2015 précité consid. 2.5 et A-5099/2015 du 20 janvier 2016 consid. 1.6 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n. marg. 84 ; MOOR/POLTIER, op. cit., n° 2.8.3.2 s. p. 424 ss). On parle de

« pratique » pour désigner la répétition régulière et constante dans l'application d'une norme par les autorités administratives de première instance. Les pratiques ne peuvent être source du droit et ne lient pas le juge. Elles peuvent néanmoins avoir directement un effet juridique, par le biais du principe de la confiance ou de l'égalité de traitement (cf. MOOR/POLTIER, op. cit., n° 2.1.3.3 p. 89). Une pratique bien établie acquiert en outre un poids certain.

5.3 Le contrôle préjudiciel d'une ordonnance administrative appartient à toutes les autorités, fédérales aussi bien que cantonales, chargées de les appliquer. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une faculté, mais d'une obligation : l'autorité qui refuse d'examiner la régularité d'une ordonnance administrative, alors même que le recourant a soulevé valablement un tel grief, commet un déni de justice.

En cas d'admission du recours cependant, le juge ne pourra pas annuler l'ordonnance qu'il estime inconstitutionnelle ou non conforme à la loi. Il refusera simplement de l'appliquer et cassera la décision fondée sur elle. Il appartiendra ensuite à l'auteur de l'ordonnance de la modifier ou de l'abroger formellement, pour rétablir une situation conforme au droit (cf. AUER et AL., vol. I, n. 1967 s. ; HÄFELIN et AL., op. cit., p. 686 n. 2096 ; arrêts du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.2.2 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.2).

5.4 En l'occurrence, la légalité de la Directive D-04/2014 de la CHS PP n'a donc pas à être contrôlée de manière abstraite. Dès lors que la Cour de céans a considéré que la CHS PP était matériellement compétente pour rendre publique cette directive, le présent litige ne peut pas avoir pour objet un contrôle abstrait de la directive. Ce n'est que son application concrète dans un cas d'espèce qui pourrait être considérée comme contraire au droit. Dans cette hypothèse, ce n'est pas tant la légalité de la Directive qui serait mise en cause que sa concrétisation dans la décision administrative.

6.

C'est à cet examen qu'il y a lieu de procéder dans le présent considérant. La décision entreprise tend à contraindre les recourantes à modifier leurs statuts en ce sens qu'un membre au moins du conseil de fondation ne doit ni 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 devrait 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. Ce faisant, l'autorité inférieure a appliqué les exigences

découlant de l'art. 51*b* LPP et de l'art. 48*h* OPP 2 aux fondations recourantes. Il convient par conséquent de contrôler dans un premier temps que ces dispositions soient bien applicables aux fondations bancaires du 3^e pilier a et aux fondations de libre passage (consid. 6.1) puis si tel est bien le cas, de vérifier que le sens qu'a donné à ces dispositions l'autorité inférieure est conforme au droit (consid. 6.2).

6.1

6.1.1 Les recourantes contestent l'applicabilité des dispositions précitées aux fondations bancaires du 3^e pilier a et aux fondations de libre passage. Il y a lieu de distinguer les dispositions applicables à une fondation bancaire de 3^e pilier a (Recourante 1) de celles applicables à une fondation de libre passage (Recourante 2).

D'un côté, pour ce qui est de la Recourante 1 (A. _____), l'art. 5 de l'Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance du 13 novembre 1985 (RS 831.461.3 ; ci-après : OPP 3) renvoie à son article 3, pour ce qui est du placement, à une application par analogie des art. 49 à 58 OPP 2. Or, l'art. 49*a* OPP 2 rend l'organe suprême de la fondation responsable de « prendre les mesures organisationnelles appropriées pour l'application des art. 48*f* à 48*l*. » Ces dispositions, au surplus, font référence de manière large à toute « institution de prévoyance ou institution servant à la prévoyance ». On retiendra ainsi que l'OPP 3 qui est directement applicable à la Recourante 1 renvoie à l'OPP 2 pour ce qui est des mesures organisationnelles, au nombre desquelles figurent l'art. 48*h* OPP 2 dont l'application est ici litigieuse.

De l'autre côté, le texte clair de l'art. 89*a* al. 6 ch. 8 CC rend directement applicable l'art. 51*b* LPP (« l'intégrité et la loyauté des responsables, les actes juridiques passés avec des personnes proches et les conflits d'intérêts (art. 51*b*, 51*c* et 53*a*) » à toutes les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité et qui sont soumises à la LFLP. Tel est bien le cas de la Recourante 2 (B. _____). Au surplus, pour cette dernière, les dispositions de l'OPP 2 concrétisant l'art. 51*b* LPP, elles lui sont donc également opposables.

6.1.2 C'est également la position soutenue par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) qui a pris position dans ce sens (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 125 du 14 décembre 2011, ch. 816) :

« Réforme structurelle : application des nouvelles dispositions de l'OPP 2 aux institutions de libre passage et à celles du pilier 3a

L'OFAS a dû répondre à la question de savoir si les dispositions introduites dans l'OPP 2 par la réforme structurelle sont applicables aux institutions de libre passage et à celles du pilier 3a. Cette question est légitime dès lors que l'OPP 2 parle tantôt d'« institutions de prévoyance », tantôt d'« institutions » et parfois également d'« institutions servant à la prévoyance ». Compte tenu du texte ainsi que de la systématique de l'ordonnance, les nouvelles dispositions suivantes de l'OPP 2 sont applicables aux institutions de libre passage et du pilier 3a :

[...] Art. 48f – 48l, concernant l'intégrité et la loyauté des responsables : ces articles s'appliquent par analogie aux institutions de libre passage et à celles du pilier 3a. Les art. 48f et 48g le mentionnent expressément. S'agissant des autres prescriptions relatives à l'intégrité et la loyauté, leur application aux institutions de libre passage et à celles du pilier 3a découle du renvoi contenu aux art. 19a OLP et 5 OPP 3 à l'art. 49a OPP 2, ce dernier renvoyant quant à lui aux art. 48f à 48l OPP 2. Ces articles doivent être respectés par les institutions de libre passage et celles du pilier 3a, tout comme devaient l'être les prescriptions sur la loyauté dans la gestion de la fortune en vigueur jusqu'au 31 juillet 2011. »

6.1.3 Les recourantes font valoir à cet égard, et malgré les renvois précités, que les règles contenues aux art. 51b LPP et 48h OPP 2 ont été conçues par le législateur pour des institutions de prévoyance *servant des prestations au sens de la LPP* et pas pour des institutions *servant à la prévoyance professionnelle*, comme le sont les fondations bancaires de 3^e pilier a ou les fondations de libre passage. Ils indiquent en citant les travaux législatifs que ces dernières ne sont jamais mentionnées comme visées par les règles de la réforme structurelle. En outre, les règles des art. 51b LPP et 48h OPP 2 relatives à l'intégrité et la loyauté dans la gestion des fonds devant servir à la prévoyance ne pourraient pas être appliquées aux recourantes dès lors qu'elles ne gèrent pas elles-mêmes des fonds contrairement à des institutions servant directement des prestations au sens de la LPP. En l'absence de gestion de fortune par les recourantes, l'applicabilité de ces dispositions seraient dénuées de pertinence.

6.1.4 Les différentes dispositions précitées du CC, de la LPP et de l'OPP 2 n'emploient pas toutes une terminologie uniforme. Elles se réfèrent en principe à « l'institution de prévoyance », parfois à « l'institution servant à la prévoyance professionnelle », parfois aux deux termes. Le terme exact utilisé n'est en réalité pas déterminant. Du point de vue de la bonne gouvernance, peu importe en définitive de savoir si la loi se réfère explicitement aux institutions « servant » à la prévoyance. De tout temps, le législateur n'a pas voulu prévoir des instruments différents à l'encontre

des institutions de prévoyance et des institutions servant à la prévoyance. Lors des différents débats parlementaires, il n'y jamais été question d'exclure certaines institutions d'un assujettissement aux règles de bonne gouvernance. C'est bien plus la concision qui a probablement motivé ces choix sémantiques, aux dépens de la clarté de la loi.

Ainsi, et malgré un usage abondant par le législateur de la technique du renvoi législatif dans ce cadre, force est de constater que les art. 51b LPP et 48h OPP 2 sont donc applicables, que ce soit par un renvoi direct pour la Recourante 2 ou par un renvoi « par analogie » pour la Recourante 1. C'est le lieu de rappeler que le renvoi législatif et l'application d'une disposition « par analogie » sont des techniques répandues dans le domaine de la surveillance des institutions de prévoyance (voir en autres l'ATF 140 V 304 du 24 juin 2014 [admettant que l'art. 52 LPP en matière de responsabilité est applicable par analogie aux fonds patronaux de bienfaisance, par le renvoi de l'art. 89a al. 6 ch. 6 CC]). Certes, les particularités que présentent les fondations recourantes en tant que fondations bancaires du 3^e pilier a et de libre passage doivent être prises en considération dans l'application, par analogie, des dispositions sur l'intégrité et la loyauté, introduites par la réforme structurelle de la LPP. Certes encore, la voie suivie par le législateur pour rendre ces dispositions applicables peut être qualifié de tortueux. Il n'est cependant pas possible d'admettre que le législateur aurait voulu exclure ces types de fondations du cercle des entités concernées par son objectif d'amélioration de l'« organisation administrative » de la prévoyance professionnelle. Ces dispositions de la LPP et de l'OPP 2 limitent toutefois considérablement la liberté des institutions de prévoyance dans le choix des membres de leur conseil de fondation et ce, afin de renforcer la protection juridique tant des affiliés que de leurs ayants droit. Mais cette densité normative, déjà relevée par la doctrine dans le passé lors de précédentes modifications de la LPP et de l'art. 89^{bis} CC (cf. PIERRE-YVES GREBER, Devoirs de fidélité et de loyauté d'une caisse de pension, in : RITA TRIGO TRINDADE/MARTIN ANDERSON, Institutions de prévoyance : devoirs et responsabilité civile, 2006, p. 94) s'inscrit dans un processus global d'amélioration de la bonne gouvernance des institutions servant à la prévoyance dans un sens large. Ces considérations, développées dans le domaine de la prévoyance du 2^e pilier, sont susceptibles de s'appliquer également dans le champ d'application de la prévoyance individuelle liée. Dans la mesure où le 2^e pilier et le 3^e pilier lié (3a) servent tous les deux, que ce soit sous une forme collective ou à titre individuel, à la prévoyance professionnelle, il convient en effet de donner aux notions de base utilisées dans les deux

régimes une acception identique (cf. arrêt TF 9C_218/2015 du 15 octobre 2015 consid. 6.2)

6.1.5 On ne voit pas en quoi les fondations bancaires du 3^e pilier a et les fondations de libre passage devraient être exclues de cet objectif de bonne gouvernance. On retiendra donc que la diversité des formes d'institutions de prévoyance ou servant des prestations justifie une forme d'interprétation harmonisée des règles de bonne gouvernance et qu'à aucun moment le législateur n'a voulu exclure les fondations du 3^e pilier a ou de libre passage. Il convient bien plus de tenir compte des différents éléments invoqués ci-dessus et du fait que cette application n'est que « indirecte » ou « par analogie » dans l'interprétation des dispositions.

Il résulte de ce qui précède que contrairement à ce que soutiennent les recourantes, les règles issues des art. 51*b* LPP et 48*h* OPP 2 sont bel et bien applicables également aux fondations bancaires de 3^e pilier a et de libre passage.

6.2 Il reste cependant à déterminer comment appliquer ces dispositions légales et réglementaires dans le cas spécifique des fondations bancaires de 3^e pilier a et de fondations de libre passage. Il s'agit ainsi d'examiner si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a sommé les recourantes de modifier leurs statuts pour les rendre conformes à la Directive de la CHS PP. Plus spécifiquement, il faut vérifier si l'application des art. 51*b* LPP et 48*h* OPP 2 aux recourantes doit avoir pour conséquence de les contraindre à ce qu'un membre au moins de leur conseil de fondation soit indépendant de la banque. Pour ce faire, il y a lieu d'examiner premièrement d'une manière générale les dispositions applicables (consid. 6.2.1 ci-dessous), puis dans un second temps de contrôler si l'application qu'a faite de ces dispositions l'autorité inférieure est conforme au droit, compte tenu de sa marge d'appréciation (consid. 6.2.2 ci-dessous).

6.2.1 C'est le lieu de rappeler que dans le cadre de la réforme structurelle, qui visait notamment à renforcer la surveillance des institutions de prévoyance et à améliorer la gouvernance (cf. FF 2007 5393 ; MEINRAD PITTET/CLAUDE CHUARD, La prévoyance professionnelle suisse depuis ses origines, 2013, p. 343 s.), l'art. 51*b* LPP a été introduit et est en vigueur depuis le 1^{er} août 2011 (RO 2011 3393) avec pour note marginale « Intégrité et loyauté des responsables ». Cette disposition prévoit :

« 1 Les personnes chargées de gérer ou d'administrer l'institution de prévoyance ou sa fortune doivent jouir d'une bonne réputation et offrir toutes les garanties d'une activité irréprochable.

2 Elles sont tenues, dans l'accomplissement de leurs tâches, de respecter le devoir de diligence fiduciaire et de servir les intérêts des assurés de l'institution de prévoyance. A cette fin, elles veillent à ce que leur situation personnelle et professionnelle n'entraîne aucun conflit d'intérêts. »

Selon le Message du Conseil fédéral (FF 2007 5408), cette disposition devient le reflet dans la loi de l'art. 48h OPP 2 en exigeant des personnes chargées de gérer une « institution de prévoyance » ou d'administrer sa fortune qu'elles jouissent d'une bonne réputation et offrent toutes les garanties d'une activité irréprochable. A suivre l'intention initiale du législateur, l'introduction dans la loi de cette disposition devait permettre à une autorité de surveillance « de relever de leurs fonctions d'éventuels "moutons noirs" de la branche. La bonne réputation et la garantie d'une activité irréprochable se réfèrent à l'exercice des tâches de la personne. Pour dénier la bonne réputation d'une personne, il faut être en présence d'un délit d'une certaine gravité, par exemple un délit d'ordre financier commis par la personne dans le cadre de ses fonctions. Par contre, de simples contraventions, liées par exemple à la circulation routière, ne sont pas, a priori, de nature à remettre en question la bonne réputation d'un gérant ou d'un administrateur. L'al. 2 énonce une chose qui au fond devrait aller de soi : les organes et les employés d'une institution de prévoyance doivent toujours faire passer les intérêts de cette dernière avant leurs intérêts personnels. »

L'art. 48h OPP 2 intitulé « Prévention des conflits d'intérêts » prévoit :

« 1 Les personnes externes chargées de la gestion ou de la gestion de la fortune et les ayants droit économiques des entreprises chargées de ces tâches ne peuvent pas être membres de l'organe suprême de l'institution.

2 Les contrats de gestion de fortune, d'assurance et d'administration passés par l'institution pour la mise en œuvre de la prévoyance professionnelle doivent pouvoir être résiliés au plus tard cinq ans après avoir été conclus sans préjudice pour l'institution. »

La problématique ici en cause de gestion des conflits d'intérêts est déjà ancienne. Plusieurs dispositions de la LPP dans sa version initiale du 25 juin 1982 visaient ainsi à prévenir les risques de conflits d'intérêts et assurer une bonne gouvernance d'ordre organisationnelle, notamment l'art. 50 LPP. La crise des marchés financiers de 2000 à 2003, notamment, a suscité une réflexion sur la solidité des structures de prévoyance professionnelle, le renforcement de la surveillance et la bonne gouvernance de l'organe suprême devenant clairement des sujets de préoccupation (cf. JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER in : Commentaire LPP et

LFLP, 2010, Introduction générale, n° 175, p. 63). Lors de la 1^{ère} révision de la LPP, cet aspect a été renforcé notamment par l'introduction de la gestion paritaire des organes suprêmes lors de l'adoption de l'art. 51 LPP (en vigueur depuis le 1^{er} avril 2004 [RO 2004 1677; FF 2000 2495]). En 2006 déjà, la question de l'organisation de l'organe pilotant une institution de sécurité sociale est considérée comme actuelle, les devoirs de fidélité et de loyauté de ceux qui les pilotent faisaient déjà l'objet d'une protection utile (cf. PIERRE-YVES GREBER, Devoirs de fidélité et de loyauté d'une caisse de pension, in : TRIGO TRINDADE/ANDERSON, op. cit., p. 94). Dans le Message concernant la réforme structurelle (FF 2007 5381, précité), un des objectifs du Conseil fédéral consistait précisément à la protection contre les conflits d'intérêts. La réforme introduit formellement une dissociation des rôles entre les personnes en charge du placement ou de la gestion de la fortune et celles siégeant dans l'organe suprême de l'institution de prévoyance.

En 2008, la Commission de surveillance PP (organe dont la CHS PP est le successeur) constatant la survenance de conflits d'intérêts « dans les fondations collectives, par exemple lorsqu'une entreprise, représentée par des délégués ayant le droit de vote dans le conseil de fondation de l'institution de prévoyance, reçoit aussi des mandats de l'institution de prévoyance », contraignit les institutions de prévoyance à adopter des bases réglementaires de façon à empêcher a priori la survenance même d'un conflit d'intérêts (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle, n° 104, ch. 629 « Conflits d'intérêts - Communication de l'autorité exerçant la surveillance directe de la Confédération »). C'est pourquoi la Surveillance PP a exigé, pour toutes les fondations collectives nouvellement fondées, que l'organisation garantisse l'exclusion des doubles fonctions. En particulier, il n'a plus été admis que les personnes en charge du placement de la fortune ou de la gestion d'affaires siègent au conseil de fondation. De même, les organes de contrôle (experts en prévoyance professionnelle, organe de contrôle) ne devaient plus être membres du conseil de fondation. Ce mouvement de prise de conscience progressive de la nécessité d'une bonne gouvernance s'est encore concrétisé par l'adoption lors de la réforme structurelle déjà évoquée et en particulier de l'art. 51b LPP (en vigueur depuis le 1^{er} août 2011).

6.2.2 Selon l'autorité inférieure, reprenant ainsi matériellement à son compte le contenu de la Directive D-04/2014 de la CHS PP, l'application des dispositions précitées de la LPP et de l'OPP 2 aux fondations recourantes aurait pour conséquence que ces dernières devraient modifier leur statut pour exiger qu'un membre au moins soit externe à la banque

fondatrice (cf. consid. 2 ci-dessus). En cela, l'autorité inférieure admet implicitement à tout le moins que les dispositions précitées de la LPP et de l'OPP 2 ne s'appliquent pas telles quelles, mais bien par analogie, sous une forme assouplie, en quelque sorte. En effet, une reprise mot à mot de l'art. 48h OPP 2 dans le cadre des fondations bancaires de 3^e pilier a et de libre passage empêcherait purement et simplement les employés de la banque fondatrice et gérante des fonds de participer aux conseils des fondations. La raison en est que cette double casquette de gérante des fonds et de responsable de la délégation présente des risques de conflits d'intérêts. La Directive D-04/2014 d'ailleurs tient compte de cette spécificité en précisant (ch. 5.1.2) :

« Conformément à l'art. 48h, al. 1, OPP 2, les personnes externes chargées de la gestion ou de la gestion de fortune ou les ayants droits économiques des entreprises chargées de ces tâches ne peuvent pas être membres de l'organe suprême de l'institution. Le terme ici utilisé "d'institution" n'est pas réservé aux seules institutions de prévoyance, mais vise également d'autres institutions, dont le but est de servir à la prévoyance. Par conséquent, conformément la teneur de l'art. 48h, al. 1, OPP 2, la banque fondatrice d'une fondation du pilier 3a ne devrait pas être représentée dans le conseil de fondation si elle est responsable de la gestion ou de la gestion de fortune. Ou alors, pour être représentée dans le conseil de fondation, elle devrait renoncer à la gestion et à la gestion de fortune.

Cependant, la situation d'une fondation du pilier 3a est différente de celle d'une institution de prévoyance. Une fondation du pilier 3a est choisie librement par le preneur de prévoyance. Lorsqu'il choisit la fondation d'une banque, il s'attend à ce que son avoir de prévoyance soit placé auprès de cette banque ou par celle-ci. Le conflit d'intérêts qui normalement devrait être évité par l'application de l'art. 48h, al. 1, OPP 2 est accepté par le preneur de prévoyance. Dans cette constellation, le preneur d'assurance peut s'attendre à ce que la banque fondatrice soit représentée au conseil de fondation, étant donné que la fondation bancaire donne l'impression, dans ses présentations publicitaires, qu'elle est gérée par la banque fondatrice. En outre, le preneur de prévoyance a la possibilité de changer de fondation en tout temps, contrairement à ce qui se passe avec l'institution de prévoyance. On peut donc en déduire que la banque responsable de la gestion et/ou de la gestion de fortune d'une fondation du pilier 3a peut être représentée dans le conseil de fondation. »

6.2.3 Contre cette interprétation, les recourantes font valoir que l'obligation qui leur a été notifiée de modifier leurs statuts ne fait pas de sens car les fondations bancaires de 3^e pilier a et les fondations de libre passage ne seraient pas sujettes à des conflits d'intérêts. Ainsi, ces fondations ne gérant en principe pas elles-mêmes de fortune, elles ne seraient pas exposées à des conflits d'intérêts. Selon elles, les preneurs d'assurance ne sont pas conscients du fait qu'ils sont contractuellement liés à une

fondation – personne morale – indépendante de la banque fondatrice et que ce n'est que la gestion des avoirs qui est confié par la première à la seconde.

6.2.4 Les griefs des recourantes doivent être écartés. En effet, l'application qu'a faite l'autorité inférieure des dispositions légales précitées apparaît comme entièrement proportionnée au but poursuivi, compte tenu de la marge de manœuvre qui est la sienne (cf. consid. 1.4 ci-dessus). Comme on l'a vu, l'objectif général du législateur de la prévoyance professionnelle au sens large a toujours été d'améliorer la bonne gouvernance des institutions. Cet objectif a été poursuivi tant pour renforcer les règles de prévention de conflits d'intérêts effectifs au sein des institutions que pour renforcer la confiance dans ces institutions vis-à-vis des assurés. Ainsi, l'obligation faites aux recourantes d'inclure au moins un membre dans leur organe suprême qui ne soit pas directement lié à la banque fondatrice par un contrat de travail apparaît naturellement propre non seulement à améliorer effectivement la prévention de conflits d'intérêts, mais également à renforcer l'apparence de bonne gouvernance dans ce domaine de la prévoyance au sens large. A aucun moment les recourantes n'ont d'ailleurs soutenu que cette obligation serait disproportionnée, voire les empêcheraient d'exercer leur but social.

Les statuts de fondations similaires d'autres banques cantonales – en particulier ceux de la Banque cantonale [...] et de la Banque cantonale [...] – montrent par ailleurs qu'une conformité à la Directive de la CHS PP n'empêche pas ces fondations d'exercer leur activité dans le domaine de la prévoyance. Ainsi l'application « assouplie » qu'a faite l'autorité inférieure des dispositions des art. 51b LPP et 48h OPP 2 pour les fondations de 3^e pilier a et les fondations de libre passage apparaît comme appropriée au but poursuivi par le législateur et mesurée dans ses effets vis-à-vis des recourantes. Il est ainsi tenu compte de ce que les risques de conflit d'intérêts peuvent être moindre dans leur domaine que dans celui de la prévoyance professionnelle au sens strict. Il est également tenu compte par cette application « assouplie » de ce que probablement la personne qui souscrit à un 3^e pilier a auprès d'une banque cantonale n'a pas nécessairement conscience de ce qu'elle est contractuellement liée à une fondation formellement indépendante de la banque. Il n'en reste pas moins que comme déjà dit, tant sur le plan de la protection effective contre les conflits d'intérêts que sur le plan extérieur de l'apparence d'une absence de conflits, il est important pour cet individu d'avoir une bonne gouvernance de l'institution dans laquelle il place ses fonds. Tel était en tout cas l'objectif du législateur.

Il en va de même pour ce qui est de l'argument invoqué par les recourantes selon lequel elles ne gèrent pas elles-mêmes et ne seraient ainsi pas concernées par les règles de bonne gouvernance et de prévention des conflits d'intérêts. En effet, quand bien même les fondations ne gèrent pas directement les fonds confiés par les déposants, elles et les membres de leurs Conseil de fondation respectifs sont entièrement responsables de la délégation de cette gestion. On ne saurait admettre qu'une institution de prévoyance qui a délégué certaines tâches lui incombant – en accord avec l'art. 49 al. 1 LPP qui attribue une large autonomie d'organisation (cf. pour plus de détails, THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER HUNZIKER, in : Commentaire LPP et LFLP, 2010, Introduction générale, n° 54ss, p. 763) – ne soit pas soumise aux art. 51b LPP et 48h OPP 2. En effet, la délégation n'enlevant pas la responsabilité, il reste important de maintenir une bonne gouvernance.

Il en va de même des recourantes, qui assument une responsabilité, y-compris dans le cadre de la délégation de tâches. Par conséquent, le fait qu'elles délèguent à la banque fondatrice la gestion des fonds que lui confient les déposants ne permet pas d'admettre que les règles de bonne gouvernance et de prévention des conflits ne sont pas adéquates. Par surabondance de droit, la Cour souligne ici que l'application du droit faite par l'autorité inférieure apparaît comme d'autant plus appropriée que les dispositions fiscales de la LPP (en particulier les art. 80 ss LPP) s'appliquent aussi aux fondations 3a et de libre passage. Ainsi, les privilèges fiscaux dont jouissent les contribuables déposants tant pour les fonds du 2^e pilier que pour le 3^e pilier a et les libres-passages justifient que les règles de bonnes gouvernances appliquées d'une manière similaires dans les deux cas.

6.2.5 Les recourantes font encore valoir que les règles de bonne gouvernance seraient adressées aux membres du conseil de fondation et pas à elles directement. Cet argument spécieux doit également être rejeté. Il est clair que les mesures de surveillance prise par l'autorité du même nom sont dirigées contre les fondations soumises à cette surveillance. Il s'agit d'un rapport de droit public qui doit être distingué des rapports de droit privé qui lient les membres du conseil de fondation entre eux ou avec la fondation. Il est ainsi incontestable que l'applicabilité admise en l'espèce des dispositions relatives à la bonne gouvernance des fondations bancaires servant des prestations de la prévoyance et qui s'appliquent aux recourantes ont aussi un effet sur les membres des conseils de fondation. Il est donc correct d'admettre que c'est bien la fondation bancaire en tant

que telle que est la destinataire des mesures de surveillance, en général, et des obligations de modification statutaire, dans le cas particulier.

6.3 Par conséquent, la solution adoptée par la CHS PP et concrétisée dans la décision ici contestée apparaît comme propre à atteindre le but de la loi, tout en tenant compte des spécificités des fondations bancaires. Il suit de ce qui précède que l'exigence selon laquelle 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, que 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, tout en pouvant être désigné par le conseil de fondation ne sort pas du cadre fixé par les art. 51b LPP et 48h OPP 2. Elle procède au contraire d'une interprétation correcte et équitable de ces dispositions compte tenu du système global. Partant, c'est à bon droit que l'autorité inférieure exigé des recourantes qu'elles modifient leurs statuts.

7.

Les considérants qui précèdent conduisent le Tribunal administratif fédéral à rejeter le recours dans la mesure de sa recevabilité. Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, d'un montant total de Fr. 3'200.- (*trois mille deux cents francs*), sont mis à la charge des recourantes, en application de l'art. 63 al. 1 PA et des art. 1 ss du Règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2). L'autorité de recours impute, dans le dispositif, les avances de frais de Fr. 1'600.- déjà versées. Le solde, soit Fr. 1'600.- (*mille six cent francs*), doit être versé sur le compte du Tribunal après l'entrée en force du présent arrêt. Le délai de paiement est de 30 jours à compter de la date de facturation. Le bulletin de versement sera envoyé par courrier séparé. Une indemnité à titre de dépens n'est allouée ni à la recourante (art. 64 al. 1 PA *a contrario*, respectivement art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*), ni à l'autorité inférieure (art. 7 al. 3 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Les recours sont rejetés.

2.

Les frais de procédure, d'un montant total de Fr. 3'200.-, sont mis à la charge des recourantes. Ce montant est compensé en partie par les avances de frais de Fr. 1'600.- déjà versées. Le solde, soit Fr. 1'600.-, doit être versé sur le compte du Tribunal après l'entrée en force du présent arrêt. Le délai de paiement est de 30 jours à compter de la date de facturation. Le bulletin de versement sera envoyé par courrier séparé.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourantes (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire)
- à la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (recommandé)
- à l'Office fédéral des assurances sociales (recommandé)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

La greffière :

Raphaël Gani

Alice Fadda

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :