

CH_VB 2004-1658 563 vom 13. Mai 2004

Bundesverwaltung, 2004-05-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_2004-1658_563_

FR: CH_VB 2004-1658 563 du 13 mai 2004

IT: CH_VB 2004-1658 563 del 13 maggio 2004

Erwägungen

E. 1

Introduction 570

E. 1.1

Problématique L'expertise est centrée sur les compagnies d'assurance du secteur privé et leurs institutions de prévoyance professionnelles (principalement les institutions collectives des compagnies d'assurance). La problématique peut être divisée en deux grandes questions principales (voir illustration 1): – Le calcul des excédents: Il s'agit premièrement de la question de savoir quels excédents les compagnies d'assurance ont effectivement réalisés au moyen des capitaux de la prévoyance professionnelle et quels excédents ils ont transmis à leurs institutions collectives. Conscient des difficultés potentielles liées à une évaluation même approximative de ces excédents, le groupe de travail a, dans ce domaine, limité le mandat à une étude de faisabilité. L'expert a donc été chargé de recenser les données disponibles en la matière et d'indiquer si elles permettraient, sans investissement démesuré, de répondre aux questions précitées. En même temps, il a été chargé de vérifier si les données dont les autorités disposent constituent une base leur permettant d'assumer pleinement leurs obligations légales en matière de surveillance. – La répartition des excédents: Deuxièmement, la question qui se pose est de savoir comment les éventuels excédents générés par l'activité de placement des institutions de prévoyance ont été répartis et s'ils l'ont été conformément au principe de l'égalité de traitement et des autres principes applicables en vertu de la LPP et si, le cas échéant, il a été tenu compte du droit applicable en matière de fondations. Pour permettre une comparaison, il s'agissait ici de prendre en compte, non seulement des institutions collectives des compa-

2 Il convient également de mentionner, entre autres, Schmid/Ruggli 2002, Janssen 2002 ainsi que les rapports du groupe de travail surveillance et haute surveillance dans la prévoyance professionnelle (GTS 2000 et GTS 2001). Il est en revanche à noter que c'est à dessin que la Commission d'experts «Surveillance intégrée sur les marchés financiers» (Commission d'experts Zimmerli) ne s'est pas penchée sur le domaine de la prévoyance professionnelle. 3 Le professeur Heinz Schmid a été professeur à titre accessoire en sciences actuarielles (spécialisé dans le domaine des assurances sociales) de l'Université de Berne jusqu'en 2002. De 1989 à 1994, il a en outre été directeur général de la Bâloise Assurances et de la Bâloise Vie. Aujourd'hui, le professeur Schmid est un expert reconnu de la prévoyance professionnelle qui, en tant qu'indépendant, conseille notamment autorités, entreprises ou tribunaux.

572 gnies d'assurance, mais aussi des institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes. Illustration 1 Représentation schématique de la problématique Calcul des excédents Répartition des excédents Assurés Institution collective Compagnie d'assurance

Calcul des excédents Répartition des excédents Assurés Institution collective Compagnie d'assurance

Source: CPA

E. 1.2

Approche La présente expertise a été menée empiriquement à partir des données de cinq compagnies d'assurance sur la vie et des institutions de prévoyance collectives qui y sont rattachées. Pour permettre une comparaison, il a également été analysé les données de huit institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes.⁴

E. 1.2.1

Les compagnies d'assurance sur la vie étudiées Trois de ces cinq compagnies d'assurance analysées en profondeur sont classées parmi les grandes, une parmi les moyennes et une parmi les plus petites entreprises du secteur. Au total, la somme de leurs bilans a atteint 218 milliards de francs en 2002, ce qui représente 72,6 % de la somme des bilans de tous les assureurs-vie.

⁴ La distinction entre institutions de prévoyance collectives des compagnies d'assurance sur la vie et institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes est expliquée au chapitre 2.

573 Tableau 1 L'importance des cinq assureurs privés examinés actifs dans le domaine de la LPP en quelques chiffres (en 2002, chiffres arrondis)

Tous les assureurs privés en milliards de francs	Part des cinq assureurs privés examinés en milliards de francs
Réserve mathématique brute de la prévoyance professionnelle	121 88 73
% Primes de la prévoyance professionnelle	23 17 72 %

Source: OFAP (2002) L'expert chargé de l'étude a procédé à des entretiens avec les représentants des compagnies d'assurance choisies pour répondre aux questions exposées ci-dessus. De plus, les assureurs en question ont été priés de fournir des données détaillées relatives à leurs affaires collectives. A cet égard, les compagnies interrogées ont collaboré de manière très variable, et l'expert a parfois dû revenir plusieurs fois à la charge et faire preuve de ténacité. Finalement, quatre des cinq compagnies examinées ont fourni des données permettant de procéder à des évaluations pertinentes du point de vue de la problématique qui fait l'objet du présent rapport. L'une des compagnies d'assurance interrogée a même fourni des informations précieuses à tous points de vue, puisqu'il s'agissait des données qui concernaient tous ses assurés pour les années 1996 à 2002, ventilées selon la demande qui lui avait été faite.

E. 1.2.2

Données relatives aux institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes Des huit institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes retenues à titre de comparaison, cinq sont des caisses de pensions appliquant le principe de la primauté des cotisations et trois, des institutions financées selon le principe de la primauté des prestations. Ce choix a été effectué dans le but d'examiner un éventail d'institutions de prévoyance le plus large possible afin de couvrir la diversité des solutions possibles en matière de répartition des excédents.

E. 1.3

Structure du rapport Le chap. 2 constitue une introduction à certains aspects fondamentaux du régime de la prévoyance professionnelle dont la compréhension est essentielle pour pouvoir aborder les questions qui font à proprement parler l'objet du présent rapport. Il explique notamment les différences entre les institutions collectives des compagnies d'assurance et les autres institutions de prévoyance, expose leur importance dans le cadre de la prévoyance professionnelle et présente dans les grandes lignes l'action exercée par les autorités en matière de surveillance. Le lecteur familiarisé avec le sujet peut sauter ce chapitre.

574 Le chap. 3 s'attache à répondre au premier ensemble de questions. L'origine des excédents, c'est-à-dire leur calcul et leur versement aux institutions affiliées des assureurs privés, est décrite sur la base d'un modèle général représentant la structure d'un groupe d'assurance. Le chap. 4 est consacré au second ensemble de questions. Il aborde la question de savoir comment les excédents réalisés par les institutions de prévoyance ou ceux versés par les compagnies d'assurance à leurs institutions collectives sont répartis entre les assurés. En guise de conclusion, le chap. 5 résume les principales constatations qui ont été faites. 2 Introduction aux données du problème Le présent chapitre aborde certains des principes fondamentaux régissant le système de la prévoyance professionnelle: fonctionnement en général des institutions de prévoyance (point 2.1), nature des rapports liant ces dernières aux compagnies d'assurance (autonomie, point 2.2) et structure interne – ou forme administrative – des institutions de prévoyance (section 2.3). Il s'agit avant tout ici d'établir la distinction entre ce qu'il est convenu d'appeler les fondations collectives des compagnies d'assurance-vie et les autres formes d'institutions de prévoyance, et de mettre en lumière leur importance respective dans la prévoyance professionnelle (section 2.4). Ces indications permettront de mieux comprendre les particularités de la surveillance des fondations collectives des compagnies d'assurance-vie exposées à la section 2.5, ainsi que le problème central que constituent les excédents et la prétendue «spoliation» des assurés (Rentenklausur, voir note de bas de page 1).

E. 2

Introduction aux données du problème 574

E. 2.1

L'institution de prévoyance, élément clef de la prévoyance professionnelle Le 1er janvier 1985 entrain en vigueur la LPP, qui contraint tous les employeurs à introduire une prévoyance professionnelle assortie de prestations minimales.⁵ A la différence du système appliqué dans d'autres pays, la LPP exige que la prévoyance en faveur du personnel soit régie par une institution autonome sur les plans juridique

E. 2.2

L'autonomie en matière de couverture des risques L'autonomie en matière de couverture des risques est fonction du degré d'autonomie dont dispose l'institution de prévoyance dans la conduite de ses tâches principales (processus d'épargne, de risque et de frais). Dans le présent contexte, on peut distinguer quatre modèles principaux, comme le montre l'illustration 3:

E. 2.3

Structure des institutions de prévoyance (forme administrative) La LPP n'est qu'une loi-cadre: à ce titre, si elle fixe certaines normes minimales, elle laisse – au contraire de ce

qui est le cas s'agissant des assurances générales que sont l'AVS et l'AI – une marge de manœuvre importante aux institutions de prévoyance pour l'aménagement de leurs solutions de prévoyance.¹⁵ La plupart des institutions font usage de cette latitude dans la mesure où elles proposent différents «paquets de prestations», appelés plans de prévoyance. Par exemple, elles peuvent proposer, au-delà du minimum légal, un plan de prévoyance en faveur des cadres contenant des prestations plus étendues et, en particulier, assurer une partie plus importante du salaire que celle prescrite par la loi. Illustration 5

Forme administrative d'une institution de prévoyance assurant un seul employeur ou plusieurs employeurs liés financièrement

Institution de prévoyance (IP) Employeur (E) A A A A A
 PP 1 LPP + prest. complém. X PP 2 Régime obligatoire LPP A

Légende: PP = plan de prévoyance; A = assuré La structure de base correspond à celle présentée dans l'illustration 2. Par souci de clarté graphique, la différenciation entre les assurés et les cotisations versées par les salariés est laissée de côté. Source: CPA en référence à Schmid (2004)

E. 2.3.1

L'institution de prévoyance collective L'institution de prévoyance collective regroupe des employeurs indépendants les uns des autres, pour qui elle gère toutes prestations liées à la prévoyance professionnelle obligatoire ou facultative. L'organe suprême de l'institution collective est en général le conseil de fondation (voir note de bas de page 17). Une institution collective propose un éventail de plans de prévoyance standard, à savoir, le plus souvent, un plan assurant les prestations minimales selon la LPP et plusieurs plans prévoyant des prestations supérieures au minimum légal. Pour chaque employeur affilié sont négociés sur la base des plans standard précités des plans de prévoyance individualisés, qui sont ensuite formalisés dans le cadre d'un contrat d'affiliation. Ainsi, il est créé pour chaque employeur affilié une caisse de prévoyance spécifique, régie par un règlement propre qui prévoit, non seulement les cotisations à verser par l'employeur et les salariés, mais aussi les modalités de répartition des éventuels excédents. Les compagnies d'assurance ont le droit d'exiger, pour des prestations identiques, des primes plus ou moins élevées d'une caisse de prévoyance à l'autre, en fonction des risques et des frais qui s'attachent à chacune d'elles. Chaque caisse de prévoyance affiliée dispose de sa propre commission de prévoyance du personnel (CPP), composée de façon paritaire, ainsi que d'une comptabilité propre pour ce qui concerne le financement, les prestations et la gestion de la fortune. Cette comptabilité sectorielle constitue une différence fondamentale par

E. 2.3.2

L'institution de prévoyance commune Les institutions de prévoyance communes sont généralement créées par des associations professionnelles (telles que l'Union suisse des arts et métiers). Peuvent s'y affilier des employeurs juridiquement et financièrement indépendants les uns des autres, pour autant toutefois qu'ils soient membres de l'association fondatrice. Il est cependant indispensable que, au-delà des simples intérêts liés à la prévoyance, les entreprises affiliées poursuivent au moins un objectif commun, justifiant leur qualité de membre de l'association. La gestion des avoirs et l'établissement des comptes se font de manière globale, et les employeurs concernés sont généralement soumis à un seul et même règlement par plan de prévoyance. Il peut arriver que plusieurs associations soient affiliées à la même institution: chacune fait alors l'objet d'une

comptabilité distincte, et l'institution commune est structurée conformément à l'illustration 7.18

E. 2.4

L'institution de prévoyance collective d'une compagnie d'assurance Les distinctions opérées plus haut sur les plans de l'autonomie en matière de couverture du risque et de la forme administrative des institutions de prévoyance permettent de mieux cerner l'objet véritable de la présente étude.¹⁹ La combinaison des deux critères précités donne le tableau suivant:

E. 2.4.1

Le poids des institutions collectives des compagnies d'assurance dans la prévoyance professionnelle Avant d'aborder les problèmes spécifiquement liés aux institutions collectives des compagnies d'assurance, il convient de préciser le poids de ces institutions dans la prévoyance professionnelle. Quelques chiffres (voir également l'illustration 8): – Quelque 28 % des assurés actifs sont affiliés à une institution collective d'une compagnie d'assurance. – En 2000, 21 % du total des cotisations versées au titre du régime obligatoire selon la LPP l'ont été à des institutions collectives de compagnies d'assurance.

585 – Les compagnies d'assurance gèrent, pour le compte des institutions de prévoyance qui leur sont affiliées, près d'un quart (23,2 %) des avoirs de vieillesse LPP. Il est à noter que les chiffres présentés ci-après reflètent l'importance relative des différentes institutions de prévoyance uniquement dans le cadre du régime obligatoire prévu par la LPP: les primes versées et les avoirs de vieillesse concernés ne constituent qu'une partie du total des primes versées et des réserves servant à garantir les prestations de vieillesse et de risque qui ont été assurées. Ainsi, pour la seule année 2002, et toujours au titre de la prévoyance professionnelle, ce ne sont pas moins de quelque 23 milliards de francs qui ont été versés aux compagnies d'assurance-vie. Le total des capitaux accumulés dans le cadre de la prévoyance professionnelle (part surobligatoire comprise) est estimé à 600 milliards de francs environ. Il est toutefois impossible, faute de chiffres, de procéder à une ventilation par type d'institution (institutions collectives d'une part, institutions autonomes ou semi-autonomes d'autre part).

586 Illustration 8 Importance des institutions collectives et des institutions communes
45144 7984 6993 24699 45 487 1606 4231 3198 2301 4333 5414 0.5

E. 2.4.2

Les liens qui unissent les institutions collectives et compagnies d'assurance Généralement, les institutions collectives, en particulier celles des compagnies d'assurance, prennent juridiquement la forme d'une fondation. Leur organe suprême est donc le conseil de fondation. Pour ce qui est des institutions collectives des compagnies d'assurance-vie, la séparation – présentée dans les illustrations précédentes – entre la compagnie d'assurance, d'une part, et l'institution collective et les organes de gestion correspondants, d'autre part, n'existe que sur le papier. En réalité, l'imbrication entre institutions de prévoyance et compagnies d'assurance est telle, sur le plan administratif et financier, qu'il faut considérer la première comme faisant partie intégrante de la seconde, ainsi que le montre l'illustration 9.

588 Illustration 9 Représentation schématique de l'institution collective d'une compagnie d'assurance Institution collective (conseil de fondation) A A A A A A CP 1 (CPP) CP 2

(CPP) PPS1 PPS2 PPS3 A A E2 PP1* PP2* PP3^ PP2^ Secteur vie collective Employeur 1 (E1) CAV (direction, conseil d'administration) Contrat d'assurance collective

Légende: CAV = compagnie d'assurance-vie; E = employeur; PPS = plan de prévoyance standard; CP = caisse de prévoyance; CPP = Commission de prévoyance du personnel; PP = plan de prévoyance; A = assuré Source: CPA, en référence à Schmid (2004) Ainsi qu'il a été dit plus haut, la compagnie d'assurance gère quasiment l'intégralité de la fortune de l'institution collective. De facto, l'institution collective ne joue qu'un rôle de relais et se contente de transférer les cotisations (voir illustration 3). Les liens étroits qui unissent la compagnie d'assurance et l'institution collective se manifeste également sur le plan de l'organisation, dans la mesure où les mêmes personnes assument souvent des fonctions de gestion au sein à la fois de la compagnie d'assurance (direction, par exemple) et des organes de gestion de l'institution collective (conseil de fondation). En outre, c'est généralement la compagnie d'assurance qui engage les collaborateurs de l'institution collective. L'intégration de l'institution collective à la compagnie d'assurance schématisée symbolisée par l'illustration 9 est donc une réalité à tous les niveaux. – Récemment encore, les membres des organes de gestion des institutions collectives (conseil de fondation) étaient majoritairement, voire exclusivement des collaborateurs des compagnies d'assurance concernées. Aussi, lorsque la

589 compagnie d'assurance concluait un contrat avec l'institution collective, elle traitait en quelque sorte avec elle-même. Il était même possible que la personne chargée de négocier les contrats collectifs du côté de la compagnie d'assurance occupât simultanément la présidence du conseil de fondation de l'institution collective: le président négociait donc, si l'on ose dire, le contrat collectif en question avec lui-même, avant de le faire approuver par les autres membres du conseil de fondation. – Organe suprême de l'institution collective, le conseil de fondation doit notamment veiller au respect par la compagnie d'assurance du contrat collectif et notamment à la bonne répartition des excédents. Compte tenu de leur double casquette, les conseils de fondation sont ainsi tenus de demander des comptes à eux-mêmes, à leurs collaborateurs, voire à leurs supérieurs. – Pour en rester à cet aspect de la double casquette, les collaborateurs de la compagnie d'assurance sont également amenés à prendre, en leur qualité de membres du conseil de fondation, des décisions sur la répartition des excédents (ou des pertes) entre les différentes caisses de prévoyance. – À ce jour, dans les institutions collectives des compagnies d'assurance, la représentation paritaire des intérêts des salariés et des employeurs prévue par la LPP n'a vu le jour qu'à l'échelon des caisses de prévoyance (commission de prévoyance du personnel, CPP). Avec l'entrée en vigueur de la première révision de la LPP, la représentation paritaire est également devenue obligatoire au niveau de l'institution collective. – Lorsqu'un employeur signe un contrat d'affiliation avec une institution collective, son interlocuteur travaille généralement à la fois pour l'institution collective et pour la compagnie d'assurance dont elle dépend. On voit par là que les compagnies d'assurance jouent un rôle prépondérant dans la gestion des institutions collectives auxquelles elles sont liées contractuellement. En effet, elles gèrent les cotisations versées tout en ayant la haute main sur les processus décisionnels au sein à la fois des institutions collectives et des caisses de prévoyance. Cette confusion des pouvoirs entraîne en particulier des conséquences sur la répartition des excédents, qui seront examinées au point 4.2.

E. 2.5

La surveillance exercée dans le domaine de la prévoyance professionnelle Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la surveillance est appliquée par branches:20 – L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) exerce la haute surveillance sur les institutions de prévoyance et, conjointement avec les autorités cantonales, leur surveillance directe. Cette surveillance est régie par la LPP.

E. 2.5.1

La surveillance prévue par la LPP Comme le montre l'illustration 10, la surveillance exercée par les autorités en vertu de la LPP s'intègre dans une structure à plusieurs niveaux. Selon l'art. 53 LPP, outre le contrôle interne (premier niveau) exercé par un organe suprême composé obligatoirement de manière paritaire (en général le conseil de fondation), toute institution de prévoyance doit se soumettre à divers contrôles externes (deuxième niveau). L'institution de prévoyance désigne à cet effet un organe ad hoc, en principe une fiduciaire indépendante et agréée, spécialisée dans le deuxième pilier, qui devra vérifier chaque année la conformité de la gestion, des comptes et des placements avec la loi, les ordonnances, les directives et les règlements applicables. En outre, l'institution charge un expert indépendant agréé en prévoyance professionnelle de vérifier périodiquement (mais au moins tous les cinq ans): – si l'institution de prévoyance offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements; – si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales.

E. 2.5.2

La surveillance des institutions d'assurance privées La surveillance des institutions d'assurance privées est régie par le droit applicable en matière de surveillance des assurances.22 La loi sur la surveillance des assurances (LSA) actuelle confère l'autorité de la surveillance exclusivement à l'OFAP: autrement dit, il n'existe pas, dans ce domaine, d'instance de surveillance au niveau cantonal. Les compagnies d'assurance sont tenues de fournir chaque année à l'OFAP un rapport détaillé sur la marche de leurs affaires (voir point 3.1.1). En l'occurrence, il importe aussi de savoir que l'OFAP est chargé de contrôler et d'approuver les tarifs appliqués par les assureurs et, partant, les plans de répartition des excédents sur lesquels se fondent le calcul et la répartition des excédents éventuels entre les assurés, c'est-à-dire entre les différents contrats d'assurance. L'art. 1 LSA indique que la surveillance vise à protéger les assurés. A ce sujet, l'art. 20 LSA précise que la surveillance a pour objet de garantir la solvabilité des compagnies d'assurance et la protection des assurés contre les abus. À l'art. 42 LSA, le Conseil fédéral «édicte des prescriptions prévoyant une intervention quand une situation préjudiciable aux assurés se produit». A la fin 2003, le Conseil fédéral n'avait édicté aucune disposition concrète définissant un cas d'abus autre que l'insolvabilité. De même, l'activité de surveillance de l'OFAP a porté jusqu'à présent essentiellement sur la garantie de la solvabilité.23

E. 2.5.3

Les différences et les points communs des deux régimes de surveillance Il y a lieu de préciser que les deux régimes de surveillance se différencient non seulement par leurs autorités compétentes respectives, mais aussi du point de vue des obligations dont il s'agit de contrôler la mise en œuvre. A cet égard, deux points méritent d'être soulignés:

E. 2.5.4

Le chevauchement des compétences constaté en matière de surveillance des institutions collectives des compagnies d'assurance Dans le présent contexte, on s'attachera en priorité

à la surveillance exercée sur les institutions collectives des compagnies d'assurance. Au vu de ce qui précède, il est évident que ces institutions, en général actives à l'échelle nationale, ne supportent elles-mêmes aucun des risques liées à l'assurance: elles sont donc logiquement régies par la LPP et soumises à la surveillance de l'OFAS. En revanche, le contrat d'assurance conclu avec la compagnie d'assurance concernée, et la compagnie elle-même, sont soumis au droit de la surveillance des assurances et à l'OFAP. Celui-ci contrôle en particulier l'administration de la fortune ainsi que les risques que les institutions collectives assurées par contrat collectif transfèrent aux compagnies d'assurance. Juridiquement, la surveillance semble donc avoir été organisée de manière claire et cohérente.

E. 3

Le calcul des excédents 595

E. 3.1

Structure modélisée d'un groupe d'assurance L'illustration 12 détaille la structure institutionnelle dans laquelle s'insère une compagnie d'assurance sur la vie. En général, une telle compagnie ne constitue qu'un élément d'un groupe multinational. Schématiquement, il est possible de distinguer quatre niveaux au sein d'un groupe.

596 Illustration 12 Présentation schématique de la structure d'un groupe d'assurance
 Institution collective Maladie Vie Non vie F CH ... Direction du groupe Autres instit. prév.
 F(E) F(E) F(E) F(E) F E (R) F E (R) F E (R) Accidents Ass.-vie individuelle (vieillesse, décès, invalidité) Ass.vie collective (vieillesse, décès, invalidité) F(E) Niveau 1 Niveau 2 Niveau 3 Niveau 4 (Niveau 5) F E (R)

F (F): transferts usuels (possibles) dans le domaine des frais R (R): transferts usuels (possibles) dans le domaine du risque E (E): transferts usuels (possibles) dans le domaine du processus d'épargne et de placement Source: CPA à partir de Schmid (2004) 1. Au niveau le plus élevé, on trouve la direction du groupe. Il est à noter qu'en règle générale, un groupe chapeaute également des domaines étrangers à l'assurance. 2. Le second niveau est celui des diverses organisations nationales, dont les activités sont gérées par la direction du groupe. 3. Les organisations nationales gèrent généralement plusieurs sociétés distinctes les unes des autres. Outre les sociétés d'assurance sur la vie dont il est plus particulièrement question ici, il peut s'agir de sociétés travaillant dans le domaine non-vie (assurances dommages: assurances choses, responsabilité civile, véhicules à moteur, etc.) ou dans d'autres domaines (tels que la banque). La législation suisse stipule que les assurances vie doivent être institutionnellement séparées des assurances non vie, et gérées au sein de sociétés propres (Art. 13, al. 1 LSA). 4. En ce qui concerne les assurances sur la vie, il convient de distinguer par branches: assurance complémentaires décès-accident, invalidité et maladie, assurance maladie et invalidité, et assurance vie individuelle et assurance vie collective. La prévoyance professionnelle est subordonnée à l'assurance-vie collective, et donc aussi les contrats d'assurance collective conclus avec les institutions de prévoyance professionnelle. Dans l'illustration ci-dessus, les flèches représentent les flux financiers déterminants pour la réalisation et la répartition interne des excédents au sein d'un groupe multinational. Pour des raisons de lisibilité, on a renoncé à représenter les cotisations versées par les assurés. Les flèches doubles $\hat{=}$ montrent les flux financiers bidirectionnels. Ces flèches indiquent qu'il peut y avoir transfert de moyens financiers ou subvention croisée.

597 Les flèches simples Î montrent le transfert de produits dégagés à un échelon supérieur ou l'imputation de coûts générés à un autre échelon. L'illustration permet d'emblée de constater que les diverses unités organisationnelles du groupe, en particulier celles du domaine des assurances vie, ne sont pas étanches. Il apparaît également que lorsqu'elle a lieu, la répartition des excédents intervient toujours en aval des processus de répartition internes (pour ainsi dire à un cinquième niveau). La vraie question est donc la suivante: où précisément sont réalisés les bénéfices ou excédents, et quelle unité organisationnelle en est créditée? La réponse à cette question est cruciale du point de vue de la transparence. C'est là le cœur de la problématique. Il s'agit maintenant d'examiner de plus près les problèmes liés à la répartition des profits ou des pertes, ou à la définition des clefs de répartition concernées. Cet examen est effectué à partir des trois sources de profits et de pertes que l'on distingue usuellement dans le domaine de l'assurance: le résultat de l'épargne et des placements, le résultat des risques et le résultat des frais. Résultat du processus d'épargne

Le processus d'épargne est sans doute le processus le plus important dans la perspective de la problématique abordée ici. Il s'agit de la répartition correcte des produits générés par les capitaux de l'épargne. En règle générale, la fortune est en effet gérée globalement à l'échelon des compagnies d'assurance sur la vie (niveau 3). Actuellement, ces capitaux ne sont pas gérés au quatrième niveau, c'est-à-dire par branche (accidents, invalidité, maladie) ou par domaine (assurance individuelle, assurance collective). C'est pour cette raison que la flèche qui relie l'assurance-vie collective à l'ensemble du domaine de l'assurance-vie est bidirectionnelle. Il y a donc des flux financiers croisés entre les diverses branches d'assurance du quatrième niveau induits par les compagnies d'assurance sur la vie. Les produits de l'ensemble de la fortune de l'assurance-vie sont répartis entre toutes les branches d'assurance (maladie, accidents, assurance-vie individuelle, assurance-vie collective). Le domaine vie collective reverse les excédents en fonction des divers contrats, c'est-à-dire qu'il les répartit entre les institutions de prévoyance professionnelles du cinquième niveau auxquelles il est lié par contrat d'assurance collective. Les clefs de répartition utilisées pour effectuer ces répartitions sont basées sur des critères qui peuvent varier d'une année à l'autre.²⁵ La gestion commune de la fortune à l'échelon du quatrième niveau du groupe type présenté à l'illustration précédente est une pratique courante. Toutefois, il n'est pas possible d'exclure des transferts depuis la compagnie d'assurance sur la vie jusqu'au deuxième, voire au premier niveau du groupe, ou inversement. Ainsi, la direction du siège suisse peut utiliser des produits générés par le processus d'épargne des affaires vie réalisées en Suisse pour couvrir des pertes réalisées par le domaine non vie (ou inversement). Dans un cas extrême, la direction du groupe pourrait théoriquement utiliser des produits réalisés sur le marché suisse pour procéder à des investissements à l'étranger (par exemple pour acquérir des compagnies d'assurance étrangère-

E. 3.2

Les excédents réalisés par les groupes d'assurance: données disponibles

E. 3.2.1

Les données transmises à l'OFAP aux fins de surveillance L'OFAP exige des assureurs qu'ils lui fournissent un grand nombre de données dans le cadre de leurs rapports annuels. A cet égard, il convient de distinguer trois générations de rapports depuis l'entrée en vigueur de la LPP: – Première génération, (jusqu'en 1987): les formulaires d'enquête étaient constitués d'environ 50 feuilles de format A3, qui ne pouvaient être remplies qu'à la main. – Deuxième génération (1988 à 1995): les formulaires d'enquête étaient cons-

d'environ 70 feuilles A4 sous forme de tableaux; pour la première fois, ils étaient également disponibles en version électronique. – Troisième génération (depuis 1996): les assureurs saisissent les données sur un support numérique (CD-ROM) fourni par l'OFAP qui les dépouille par ordinateur. Le rapport complet est constitué de près de 120 tableaux enregistrés sous forme numérique. Si l'on constate que la quantité des données numérisées saisies par les compagnies d'assurance sous surveillance est impressionnante, il faut rappeler que la qualité des données compte davantage que leur quantité. La question qui se pose est en effet celle de savoir si les données tirées des rapports annuels fournis à l'OFAP permettent de reconstituer les flux financiers tels qu'ils ont été mis en évidence par le modèle décrit ci-dessus. Ce n'est que de cette manière qu'il serait possible de juger avec quelle précision les excédents réalisés ont été répartis entre les différentes branches d'assurance et, plus précisément, entre les diverses institutions de prévoyance professionnelle. A partir de l'analyse des formulaires de la troisième génération, l'expertise a permis de constater les lacunes suivantes:²⁸ Degré de précision des postes du bilan La question qui se pose ici est de savoir si les postes du bilan contenus dans les rapports annuels fournis par les assureurs atteignent un degré de précision suffisant pour que les excédents puissent être attribués à la branche concernée (en l'occurrence à la prévoyance professionnelle de l'assurance-vie collective, par opposition par ex. à l'assurance-vie individuelle). Cela est en règle générale le cas pour les bénéfices sur risques, ceux-ci pouvant en effet être concrètement attribués à la prévoyance professionnelle. Par contre, pour ce qui est des rendements du placement des capitaux, qui constituent le poste principalement visé par les accusations de spoliation des assurés, et plus particulièrement les frais administratifs dans leur ensemble, ils ne peuvent être déterminés avec précision pour chaque branche d'assurance (comme le permettrait par ex. un décompte par section). Il est impossible de faire la distinction entre prévoyance professionnelle obligatoire selon la LPP

E. 3.2.2

Les données des compagnies d'assurance Les compagnies d'assurance conservent elles aussi les données qu'elles transmettent annuellement à l'OFAP, du moins pendant le délai légal de conservation des documents de dix ans. Les documents qui ont été mis à la disposition de l'expert chargé de la présente étude permettent de constater que, pour leur usage interne, les compagnies d'assurance disposent en règle générale de données nettement plus détaillées que celles qu'elles ont fournies à l'autorité de surveillance dans le cadre des rapports annuels. Elles ont notamment procédé à des analyses de bénéfice confidentielles, à partir de modèles différant d'une compagnie à l'autre, qui leur ont servi à répartir les excédents, aussi bien entre les diverses branches d'assurance qu'entre les différentes institutions collectives. L'OFAP ne collecte pas ces données de manière systématique. Les analyses des bénéfices n'ont cependant été réalisées ni en continu, ni de manière exhaustive, à quoi s'ajoute que les analyses des diverses compagnies d'assurance ne sont pas comparables entre elles. De toute évidence, la plupart des assureurs n'effectuaient pas il y a encore quelques années de mesures spécifiques de la performance, qui auraient permis de déterminer les excédents réalisés au moyen des placements. En tout état de cause, l'expert chargé de l'étude n'a obtenu aucune donnée correspondante de la part des compagnies d'assurance. En outre, lors du boom économique, certains rendements n'ont pas été calculés et comptabilisés de manière précise. La ventilation détaillée des sources d'excédents n'était pas la préoccupation première à une époque où les moyens dégagés couvraient largement les besoins. Par ailleurs, s'agissant des documents fournis à l'expert qui retracent la définition des différentes composantes des excédents en fonction

des contraintes commerciales, ils peuvent être qualifiés d'incomplets. Il apparaît finalement qu'à ce jour, s'agissant des placements et des rendements correspondants, il n'a jamais été distingué entre assurance-vie individuelle et assurance-vie collective, encore moins entre partie obligatoire (LPP) et partie sur-obligatoire. Les compagnies d'assurance ont sciemment renoncé à séparer la partie obligatoire de la partie surobligatoire de la prévoyance professionnelle et opté volontairement pour le système dit de la caisse unique. Ce choix relevait notamment de la tactique préventive: les assureurs voulaient en effet prévenir le risque que, pour des

E. 3.3

Faisabilité d'une estimation des excédents LPP réalisés par les groupes d'assurance Au vu de ce qui précède, on voit bien les difficultés que pose une reconstitution des bénéfices réalisés dans le domaine des affaires collectives. Sauf efforts tout à fait disproportionnés, une telle étude n'est pas réalisable. Rappelons brièvement ces difficultés. Les clefs de répartition, en particulier celles qui sont appliquées aux produits et aux coûts, sont très diverses et peuvent varier d'une année à l'autre. Comme les rapports annuels destinés à l'OFAP ne présentent pas les clefs de répartition détaillées, il faudrait les saisir spécialement, voire les reconstruire. C'est probablement là que se situerait le gros du travail à accomplir, pour autant toutefois que les informations concernées existent encore ou qu'il soit possible de les reconstituer. En outre, cette tâche serait encore compliquée par le caractère confus et imprécis des définitions utilisées et par les différences d'interprétation auxquels donnent lieu certains termes, et plus généralement par l'absence de normes comptables contraignantes. Certains facteurs informatiques compliqueraient encore la tâche des experts chargés d'une telle évaluation, en remettant en cause le simple accès aux informations nécessaires: complexité des systèmes informatiques concernés, variété des systèmes utilisés, obsolescence de certains d'entre eux, sans parler des changements de personnel (départs, etc.) et des restructurations ou fusions qui rendent impossible le traitement de données anciennes par manque de savoir-faire ou en raison du remplacement d'un système par un autre. Seule une reconstitution minutieuse de la comptabilité de chaque compagnie d'assurance permettrait d'obtenir des chiffres pertinents sur les bénéfices réalisés. Selon l'expertise, des analyses simples ne suffiraient pas pour dégager des résultats significatifs.³⁰ De fait, collecter les données auprès des compagnies d'assurance constituerait un travail ardu, au point d'être comparable à celui d'un organe de révision. Toutefois, au-delà du contrôle de l'intégralité et de l'exactitude des comptabilisations, il faudrait également contrôler, et cela à tous les échelons des groupes d'assurance, les appréciations qualitatives telles qu'évaluation et opportunité des placements, précision des calculs et des dotations de réserves et provisions ou encore exactitude de la ventilation des divers coûts et frais (amortissements compris). Dans le domaine des placements, il faudrait procéder après coup à une mesure de la performance au moyen de standards reconnus (tels que les Swiss Performance Presentation Standards, SPPS). Si toutes les données indispensables (concernant les acquisitions et les aliénations) ne devaient pas être disponibles, il serait alors néces-

E. 3.4

La surveillance sur le calcul des excédents réalisés par les compagnies d'assurance Au vu de ce qui précède, la question qui se pose tout naturellement est de savoir si les données qui sont transmises à l'OFAP lui permettraient d'identifier un abus qui serait commis au détriment des assurés (concernant en l'occurrence leur capital de prévoyance) et

d'intervenir. Ainsi qu'il a été exposé au point 3.2.1, l'OFAP ne dispose pas de données lui permettant de calculer, ni même d'estimer approximativement les bénéfices réalisés par les compagnies d'assurance dans le domaine des affaires collectives. Les nombreuses clefs de ventilation des charges et des produits relèvent largement de la latitude d'appréciation des organes de direction compétents et sont fonction du moins en partie de la concurrence sur le marché de l'assurance-vie. A cet égard, force est de constater qu'il n'y a guère de prescriptions régissant la détermination du bénéfice, ce qui, en cas d'abus effectif, empêche quasiment d'en apporter la preuve. Les plans de répartition contrôlés et approuvés par l'OFAP (voir point 2.5) ne permettent pas de résoudre ce problème. Ils ne précisent en effet que la manière de répartir les excédents éventuels. Pour le reste, ils sont muets sur les produits réalisés par la prévoyance professionnelle et sur la manière de calculer les excédents qui pourraient en découler.³¹ Or, même contrôlés, les meilleurs plans de répartition sont sans valeur si le calcul du produit à redistribuer n'est pas présenté de façon transparente et s'il est impossible de reconstituer les clefs de répartition des produits et, surtout, des charges. En d'autres termes, le problème principal réside dans le calcul des excédents, davantage que dans leur répartition – et à cet égard, les chiffres dont dispose l'OFAP ne sont guère pertinents. En particulier, l'OFAP ne dispose d'aucun moyen qui permettrait de faire la lumière dans ce domaine pour la période du boom des marchés financiers, qui nous intéresse tout spécialement. Ne disposant pas de données adéquates, l'OFAP n'était donc pas en mesure de protéger les assurés contre les abus. Au surplus, même s'il avait été en possession de telles données, il resterait encore à définir ce qu'il faut entendre par abus. L'art. 42 LSA indique expressément que le Conseil fédéral doit édicter «des prescriptions prévoyant une intervention quand une situation préjudiciable aux assurés se produit.» Selon l'expertise, il apparaît que, à la fin 2003, le Conseil fédéral n'avait pas édicté de prescriptions complémentaires portant définition de l'élément constitutif de

E. 3.5

Le calcul des excédents réalisés par les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes, et les données disponibles En ce qui concerne les institutions de prévoyance autonomes et, dans une moindre mesure, les institutions semi-autonomes, la situation est foncièrement différente. Dans l'un et l'autre cas, les excédents demeurent au sein de l'institution de prévoyance, pour ainsi dire en circuit fermé. Il n'y a pas de flux financiers croisés avec d'autres unités organisationnelles, ni, par conséquent, de problèmes d'attribution à régler à un échelon supérieur. Cela dit, en règle générale, les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes n'effectuent pas d'analyses détaillées des diverses sources de bénéfice. Le versement de participations aux excédents n'est envisagé que si la réserve mathématique dépasse nettement les 100 %. Les «avoirs libres» recouvrent des avoirs qui ne servent ni au versement des prestations (en cours ou à venir), ni à la constitution de réserves et de provisions suffisantes. Les avoirs libres d'une institution autonome ou semi-autonome correspondent aux excédents que les compagnies d'assurance ont décidé de verser à leurs institutions collectives. Leur répartition correspond à la répartition des excédents versés par les compagnies d'assurance à leurs institutions collectives et que celles-ci reversent aux assurés. Les organes compétents des institutions de prévoyance professionnelle sont libres de décider quand et dans quelle mesure ils souhaitent procéder à une répartition d'excédents.³² En comparaison avec les autres branches des assurances sociales suisses, l'OFAS ne dispose pas de données suffisamment représentatives et pertinentes sur les institutions de prévoyance professionnelles soumises à sa surveillance. Il ne dispose notamment pas de données lui permettant d'avoir une vue

d'ensemble sur les excédents répartis. Cette situation est probablement due à la forte décentralisation de la surveillance et des contrôles. Les rapports correspondants sont fournis à l'autorité de surveillance sous forme imprimée. Les données ne sont pas saisies sous forme numérique de manière, ce qui empêche toute interprétation statistique et tout contrôle comparatif systématique. En outre, les données sont loin d'être toujours des

E. 4

La répartition des excédents 606

E. 4.1

Vue d'ensemble des excédents distribués Le tableau 3 ci-dessous donne une vue d'ensemble des excédents que les compagnies d'assurance ont versés dans le cadre des contrats collectifs. Il est à relever que les «excédents distribués» ne recouvrent pas tous les excédents effectivement versés, car les compagnies d'assurances en retiennent parfois une partie.³⁵ Il convient en outre de souligner que ces bonifications peuvent également recouvrir des excédents versés à des institutions semi-autonomes (en vertu de contrats portant sur les risques de décès et d'invalidité). La plus grande partie des excédents distribués devrait toutefois avoir été générée par le capital d'épargne et avoir été versée aux institutions collectives, en premier lieu aux institutions collectives des compagnies d'assurance. Le tableau 3 montre qu'un à deux milliards de francs ont été versés annuellement aux assurés. En partant de l'hypothèse que la part du lion est allée aux institutions de prévoyance collectives, on peut estimer qu'en moyenne, chaque assuré auprès d'une institution collective a été crédité de près de 1000 francs d'excédents par an. Une seconde estimation grossière permet en outre de constater que les avoirs de vieillesse des institutions collectives des compagnies d'assurance ont produit en moyenne un intérêt annuel de 5 à 6 % au cours des années 1996, 1998, 2000 et 2002 (part d'excédents + taux d'intérêt minimal LPP de 4 %).³⁶

Tableau 3 Chiffres relatifs aux excédents distribués dans le domaine de l'assurance collective entre 1996 et 2002 (en milliards de francs, chiffres arrondis)

Année	1996	1998	2000	2002
toutes les CAV	77,5	93,6	111,4	121,4
toutes les CAV ASV entendues	88,4	72,8		
toutes les CAV entendues/toutes les CAV	1,1	1,2	1,1	2,2
Réserve mathématique brute de l'assurance collective	15,3	18,3	21,3	23,3
Primes de l'assurance collective	16,7	71,6		
Excédents distribués	1,1	1,2	1,1	2,2
% en % de la réserve mathématique brute	89,1			
% en % de la prime	1,4	1,3	1,0	1,8
% en % de la prime nette	2,3			

toutes les CAV toutes les CAV toutes les CAV toutes les CAV ASV entendues CAV entendues/toutes les CAV

Réserve mathématique brute de l'assurance collective 77,5 93,6 111,4 121,4 88,4 72,8 %
 Primes de l'assurance collective 15,3 18,3 21,3 23,3 16,7 71,6 %
 Excédents distribués 1,1 1,2 1,1 2,2 2,0 89,1 %
 en % de la réserve mathématique brute 1,4 % 1,3% 1,0 % 1,8 % 2,3 % –

CAV: Compagnies d'assurance-vie Source: OFAP (2002) Ni l'OFAP, ni l'OFS ne disposent de chiffres permettant de procéder à une estimation relativement sérieuse de la totalité des excédents versés par les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes. Fort de ses connaissances de la branche, l'expert s'est tout de même risqué à procéder à une telle évaluation, fondée toutefois

E. 4.2

Les modèles de répartition des excédents

E. 4.2.1

Les modèles de répartition des excédents utilisés par les institutions collectives des compagnies d'assurance En reprenant la structure d'une institution collective telle qu'elle a

été présentée plus haut à l'illustration 9, il apparaît clairement qu'il faut distinguer deux étapes pour la répartition des excédents: 1. Au premier échelon de l'institution collective, c'est le conseil de fondation³⁸ qui décide de la répartition des excédents qui lui ont été versés par la compagnie d'assurance. 2. Formellement, à l'échelon de la caisse de prévoyance, la répartition entre assurés est décidée par la commission de prévoyance du personnel. En pratique, la distinction entre ces deux étapes n'est pas très nette en raison des imbrications entre les compagnies d'assurance et leurs institutions collectives (ces imbrications ont été présentées de manière détaillée au point 2.4.2). En règle générale, la compagnie d'assurance propose une répartition des excédents pour les deux échelons à partir du plan de répartition approuvé par l'OFAP. Ce plan doit ensuite être formellement approuvé par les organes compétents à l'échelon de la caisse de prévoyance comme à l'échelon de l'institution collective. Au premier échelon de la répartition, c'est donc le conseil de fondation qui approuve la proposition qui lui est présentée, et qui prend la forme d'un décompte annuel. Il faut garder à l'esprit à cet égard qu'en règle générale, les conseils de fondation des institutions collectives sont, constitués majoritairement, voire exclusivement de collaborateurs des compagnies d'assurance.³⁹ Ainsi, à l'échelon des institutions collectives, les responsables sont amenés à approuver leurs propres propositions de répartition, en tout cas celles de l'entreprise qui les emploie. A l'échelon de la caisse de prévoyance, les compagnies d'assurances estiment dans la pratique que la signature de l'employeur suffit puisque, en vertu du contrat d'affiliation qu'il a conclu, c'est lui qui assume généralement les responsabilités

E. 4.2.2

Les modèles de répartition des institutions autonomes ou semi-autonomes Les institutions autonomes ou semi-autonomes utilisent un large éventail de modèles pour faire bénéficier leurs assurés ou rentiers des excédents ou fonds libres⁴¹: – Rémunération supplémentaire des avoirs de vieillesse pour les caisses appliquant le régime de la primauté des cotisations ou, pour les caisses appliquant le régime de la primauté des prestations, amélioration du taux de rente ou rachat d'années d'assurance. – Augmentation (à vie) des rentes en cours. – Versement d'un mois de 13^e rente (unique). – Répartition des excédents selon un plan de répartition qui peut être établi en fonction du montant de l'avoir de vieillesse, de la rente en cours ou, éventuellement, du nombre d'années d'assurance. Ces excédents peuvent être soit

E. 4.3

La répartition effective des excédents entre les assurés Ce point est consacré à la répartition effective des excédents et aborde la question de leur possible affectation (point 4.3.1), leur répartition entre assurés (point 4.3.2) ainsi que leur répartition entre employeurs et salariés (point 4.3.3). Les développements ci-après reposent principalement sur les données obtenues de la part des compagnies d'assurance composant l'échantillon analysé par l'expert (voir point 1.2.1). Le dernier point sera consacré à la comparaison avec la pratique des institutions autonomes ou semi-autonomes.

611

E. 4.3.1

Affectation des excédents Le tableau 4 montre les différentes formes d'affectation des excédents répartis dans le cadre de l'assurance collective, et devrait très probablement refléter l'utilisation que font des excédents les institutions collectives (de loin le principal

segment de l'assurance collective). Il apparaît que la plus grande partie des excédents est répar- tie sous forme de versement ou utilisée pour réduire les primes (compensation). En 1996, les deux formes «amélioration des prestations assurées» et «compte d'excédents avec intérêts» représentaient à elles deux encore un peu plus du quart de l'ensemble des excédents redistribués alors qu'en 2002, elles ne représentent plus que respectivement 3 et 4 %. A noter toutefois qu'en l'an 2000, la forme «compte d'excédents avec intérêts» a absorbé temporairement à elle seule plus du quart de l'ensemble des excédents. Tableau 4 Affectation des excédents dans l'assurance collective (en %) Année 1996 1998 2000 2002 toutes les CAV toutes les CAV toutes les CAV toutes les CAV CAV entendues

	1996	1998	2000	2002
Amélioration des prestations assurées	10,4	9,6	7,4	3,1
Versement/compensation	73,6	70,4	67,1	92,7
Compte d'excédents avec intérêts	16,0	20,0	25,5	4,2

CAV: Compagnies d'assurance-vie Source: OFAP (2002) La question qui se pose maintenant est de savoir comment les excédents déterminés globalement (du moins ceux des institutions de prévoyance collectives) ont été répartis entre les différentes caisses de prévoyance et entre les assurés: ce sera l'objet du point suivant. Au vu des montant considérables affectés à la compensation des primes, il faut également se poser la question de savoir si les assurés et les employeurs en ont profité de manière égale ou si les excédents ont été utilisés principalement pour réduire les primes des employeurs.

E. 4.3.2

Equité de la répartition des excédents L'analyse des données démontre clairement que tous les assurés des institutions collectives examinées n'ont pas participé aux excédents. On le voit notamment en étudiant les données fournies par la compagnie d'assurance sur la vie Z (illustration 13). Il apparaît clairement qu'en 1997, la moitié des assurés ont encore participé aux excédents alors qu'ils n'étaient plus qu'un quart en 2002.

612 Illustration 13 Part des assurés ayant bénéficié d'une participation aux excédents (compagnie d'assurance sur la vie Z) 0 10 20 30 40 50 60 1997 1998 1999 2000 2001 2002 Part en % Part des assurés ayant bénéficié d'une participation aux excédents

Source: Schmid (2004) Cette inégalité dans la répartition des excédents appelle une analyse plus approfondie. Conformément aux deux étapes du mécanisme de répartition des institutions collectives, il convient d'analyser d'abord la répartition entre caisses de prévoyance effectuée à l'échelon de l'institution collective puis la répartition entre assurés à l'échelon de la caisse de prévoyance. Répartition entre caisses de prévoyance à l'échelon de l'institution collective Au premier échelon du processus de répartition, les institutions collectives répartissent leurs excédents de manière inégale. Il y a même des caisses de prévoyance qui ne reçoivent pas d'excédents. Dans le cas de la compagnie d'assurance sur la vie Z plus spécialement abordé ici, il apparaît que les caisses de prévoyance qui ont touché des excédents comptent plus d'assurés que celles qui n'ont rien reçu. Plus la caisse de prévoyance est importante, plus il est probable qu'elle recevra une part des excédents. Ce rapport de causalité est mis en évidence à l'illustration 14.

613 Illustration 14 Taille moyenne des caisses de prévoyance attributaires d'excédents, et des caisses non attributaires d'excédents 0 5 10 15 20 25 30 1997 1998 1999 2000 2001 2002 Nombre moyen d'assurés Caisse de prévoyance ayant bénéficié d'une part d'excédents Caisse de prévoyance n'ayant pas bénéficié d'une part d'excédents

Source: Schmid (2004) Cette constatation est encore plus nette lorsque l'on se penche sur les données des autres compagnies d'assurance-vie D, E et F: les grandes caisses de prévoyance ont toujours perçu des excédents plus importants que les petites. Cette affirmation est étayée par l'illustration 15 qui compare les excédents versés aux petites caisses de prévoyance (20 assurés ou moins) avec les excédents versés aux grandes caisses de prévoyance (de 100 à 500 assurés). Les différences sont importantes, particulièrement lors des bonnes années.

614 Illustration 15 Excédents en % des avoirs de vieillesse versés aux petites et aux grandes caisses de prévoyance de trois compagnies d'assurance sur la vie Excédents versés par la CAV E 0.0% 0.5% 1.0% 1.5% 2.0% 2.5% 3.0% 1993 1994 1995 1996 1997 1998 1999 2000 2001 2002 Année Moyenne en % des avoirs de vieillesse Excédents versés par la CAV D 0.0% 0.5% 1.0% 1.5% 2.0% 2.5% 1994 1995 1996 1997 1998 1999 2000 2001 2002 Année Moyenne en % des avoirs de vieillesse Excédents versés par la CAV F 0.0% 0.1% 0.2% 0.3% 0.4% 0.5% 0.6% 0.7% 0.8% 0.9% 1996 1997 1998 1999 2000 2001 2002 Année Moyenne en % des avoirs de vieillesse Vorsorgewerke mit 1 - 20 Versicherten Vorsorgewerke mit 100 - 500 Versicherten

Source: Schmid (2004) Caisses de prévoyance comptant 1 à 20 assurés Caisses de prévoyance comptant 100 à 500 assurés

615 Répartition entre assurés à l'échelon de la caisse de prévoyance L'excellente qualité des données fournies par la compagnie d'assurance sur la vie Z a permis d'étendre l'analyse à la répartition entre assurés à l'échelon de la caisse de prévoyance. A ce sujet, l'illustration 16 fait apparaître des disparités importantes: la moitié environ des assurés n'ont pas participé aux excédents alors même que leur caisse de prévoyance avait en fait obtenu une part. Illustration 16 Participation aux excédents des caisses de prévoyance allouée aux assurés (compagnie d'assurance sur la vie Z) 0% 10% 20% 30% 40% 50% 60% 70% 80% 90% 100% 1997 1998 1999 2000 2001 2002 Part des assurés qui n'ont pas participé aux excédents Part des assurés qui ont participé aux excédents

Source: CPA en référence à Schmid (2004)

E. 4.3.3

Répartition entre employeurs et salariés Seul un examen cas par cas permettrait de juger si la répartition des excédents entre employeurs et salariés a été effectuée de manière égale ou non. Il s'agit d'un problème complexe. Sur la base des connaissances qu'il a de la branche, l'expert chargé de l'étude considère cependant a priori que les excédents sont couramment affectés à la réduction de la part patronale des primes.⁴² Si l'analyse des données de la compagnie d'assurance sur la vie Z fournit un faisceau d'indices corroborant cette hypothèse, il est vrai que rien ne permet de prouver cette affirmation.

E. 4.3.4

Répartition des excédents dans les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes Pour ce qui concerne les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes, il n'y a pas de chiffres probants permettant de savoir précisément à quoi ont été affectés les excédents versés. Ni l'OFAS, ni l'OFS ne disposent de données exhaustives ou du moins significatives concernant la répartition des excédents entre assurés. Face à ces carences, l'expertise a dû se limiter à identifier quelques différences fondamentales entre la pratique des caisses autonomes ou semi-autonomes et celle des institutions

collectives des compagnies d'assurance. Cette évaluation se fonde sur les données fournies par huit institutions de prévoyance autonomes ou semi- autonomes ainsi que sur les connaissances que l'expert chargé de l'étude a de la branche (voir la point 1.2 pour ce qui est de l'échantillon des institutions de pré- voyance). En matière de répartition des excédents, on observe principalement deux différences qui distinguent tendanciellement la pratique des caisses autonomes ou semi-auto- nomes de la pratique des institutions collectives des compagnies d'assurance: – La première différence porte sur la périodicité de la répartition. Les assu- reurs-vie versent en règle générale chaque année des excédents aux institu- tions collectives. Comme les risques de la fondation de prévoyance sont cou- verts pour l'essentiel par le contrat d'assurance, elle n'a généralement aucune raison d'accumuler des avoirs libres (ou excédents): c'est pourquoi elle procède généralement elle aussi à une répartition annuelle de ses excé- dents au niveau des institutions de prévoyance et des assurés. Au contraire, l'institution de prévoyance autonome doit, elle, constituer ses propres résér- ves et provisions: c'est pourquoi elle se montrera plus prudente sur le plan de la répartition des excédents. – En ce qui concerne plus particulièrement l'affectation, on peut encore possi- ble constater que les caisses autonomes ont tendance à utiliser leurs éven- tuels avoirs libres (ou excédents) pour l'amélioration des prestations et la constitution de réserves et de provisions, plutôt que pour la réduction (tem- poraire ou durable) des cotisations. Au contraire, les institutions collectives des assureurs-vie utilisent plutôt ces mêmes excédents – du moins ceux qui sont générés dans le domaines du risque et de l'administration – à des fins de réduction de primes. Les autres différences relatives aux modalités de répartition des excédents sont plus marquées entre les différentes institutions d'une même catégorie qu'entre les deux grandes catégories précitées elles-mêmes.

E. 4.4

Légalité des écarts constatés Ce point est consacré à l'examen de la conformité au droit des écarts constatés empiriquement, d'une part, entre assurés, et d'autre part, entre employeurs et sala- riés.

617

E. 4.4.1

Les écarts entre assurés La répartition des excédents entre assurés, aux échelons de l'institution collective et de la caisse de prévoyance, doit être examinée sous l'angle du principe de l'égalité de traitement (qui n'est pas l'égalité absolue) entre les destinataires⁴³, qui veut que ce qui est identique soit traité de manière identique et ce qui est dissemblable à la mesure de sa dissemblance. L'expertise indique différentes raisons objectives en vertu desquelles les écarts observés ne sauraient être qualifiés d'abusifs: différences au niveau des frais, de la taille et de la structure de l'effectif des assurés, de la nature et de l'étendue des prestations assurées, etc. Dans le cas des institutions collectives des compagnies d'assurance sur la vie, ces critères font l'objet des plans d'excédents approuvés par l'OFAP. À l'image de la grande diversité qui caractérise les solutions contractuelles ou tarifaires, l'inégalité de traitement des caisses de prévoyance par les assureurs-vie et l'inégalité de traite- ment entre assurés à l'échelon de la caisse de prévoyance repose sur des plans de répartition complexes établis sur la base de critères subtils. Seul un examen cas par cas permettrait de juger si les plans de répartition et la répartition des excédents qui a été effectuée contreviennent au principe de l'égalité de traitement, ce qui est impos- sible dans le cadre de la présente expertise. L'expert n'a pas trouvé d'indice lui permettant d'affirmer

que le principe de l'égalité de traitement aurait été enfreint systématiquement ou même fréquemment. Il constate cependant qu'il est impossible d'exclure que le versement d'excédents à certaines caisses de prévoyances commercialement importantes pour une compagnie d'assurance aient pu obéir à des critères subjectifs (critères marketing, affaire compensatoire, etc.). Bien que problématiques du point de vue de l'égalité de traitement, les données disponibles et les auditions auxquelles l'expert a procédé ne permettent ni d'affirmer, ni d'infirmer la réalité de telles pratiques.

E. 4.4.2

Les écarts entre employeurs et salariés L'étude a également abordé la question de la répartition des excédents entre employeurs et salariés. Suite à un récent arrêt du Tribunal fédéral, l'habitude, assez largement répandue selon l'expert, de réduire unilatéralement les cotisations de risque de l'employeur doit être considérée comme contraire au droit.⁴⁴ En vertu de ce jugement, les salariés doivent participer aux excédents au moins à proportion de leurs cotisations, conformément règlement de l'institution concernée.

E. 4.5

La surveillance dans le domaine de la répartition des excédents Face aux écarts constatés en matière de répartition des excédents, il se pose la question de savoir comment, dans le cadre de la surveillance, identifier les abus éventuels. S'agissant des institutions collectives des compagnies d'assurance, la tâche se complique encore en raison du chevauchement des compétences en matière de surveillance lié au flou juridique que l'on relève à la charnière du droit de la surveillance sur les assurances et de la LPP (voir point 2.5.4, plus particulièrement l'illustration 11). L'OFAP contrôle et approuve les plans d'excédents qui règlent la répartition des excédents au moins jusqu'à l'échelon de la caisse de prévoyance.⁴⁵ Cette mission – prévue par la LSA, qui exige que les plans d'excédents soient contrôlés et approuvés dans le cadre du contrôle des tarifs – s'explique par les liens particulièrement étroits qui unissent compagnie d'assurance, institutions collectives et caisses de prévoyance. L'OFAP exerce sa surveillance selon les principes du droit de la surveillance des assurances. L'étude ne répond pas à la question de savoir dans quelle mesure l'OFAP tient compte des principes régissant le régime obligatoire de la LPP selon l'art. 68 LPP.⁴⁶ Il y a là toutefois une difficulté dans la mesure où, s'agissant de la surveillance des institutions collectives, c'est la LPP qui est applicable, et que ses dispositions en matière de répartition des excédents sont plus sévères que celles qui régissent la surveillance des assurances. Il apparaît à la lumière de discussions avec des représentants de l'OFAP et après étude de son programme d'inspection 2002 que cet office ne surveille pas la répartition des excédents des institutions de prévoyance entre les assurés. L'OFAP a expliqué à l'expert qu'à ses yeux, la surveillance concernée incombe à l'OFAS. En ce qui concerne la surveillance de l'OFAS sur la répartition des excédents, les discussions avec ses représentants font ressortir que cet office se repose dans une large mesure sur le travail effectué par les instances de contrôle de l'échelon inférieur (organes de contrôles, experts en matière de prévoyance professionnelle, voir illustration 10). Le fait, déjà relevé plus haut, que l'OFAS ne dispose pas de données correspondantes indique lui aussi déjà que cet office n'a pas procédé à une surveillance systématique de la répartition des excédents. Force est donc de constater que la surveillance exercée sur la répartition entre les assurés a pour le moins été négligée. L'expertise observe à cet égard que, sur ce point, les deux offices se renvoient la responsabilité. Il convient ici de souligner que, spécialement pour ce qui concerne les institutions collectives des compagnies d'assurance,

la surveillance de la répartition des excédents jusqu'à l'échelon des assurés est d'une importance majeure dans la mesure où

E. 5

L'introduction, au 1er janvier 1985, du régime obligatoire selon la LPP est le fruit de débats politiques autour de la prévoyance professionnelle qui ont duré plusieurs décennies. La discussion s'était articulée pour l'essentiel autour de deux possibilités, à savoir étatiser la prévoyance professionnelle (retraite populaire) ou poursuivre le système de la prévoyance professionnelle facultative. La décision, prise en 1972, d'ancrer le système de la prévoyance fondée sur trois piliers dans la Constitution fédérale a balayé la première solution au profit d'une assurance désormais obligatoire mais régie selon les règles de l'économie privée (font exception à la règle les caisses de pensions des employés de l'Etat). La LPP définit simplement un cadre légal qui, en comparaison avec des assurances sociales telles que l'AVS, laisse une marge de manœuvre importante pour l'aménagement de la prévoyance à proprement parler. Cette souplesse a permis de faciliter l'intégration au système des dispositifs d'assurance facultative datant d'avant la LPP, et gardé ouvert l'accès des compagnies d'assurance privées à un marché encore stimulé par l'introduction d'un régime obligatoire.

575 et financier, et indépendante de l'employeur: l'institution de prévoyance (couramment appelée «caisse de pensions»). L'illustration 2 présente, sous une forme simplifiée, les rapports financiers qui, dans le système de la LPP, unissent l'institution de prévoyance, l'employeur et les salariés, c'est-à-dire les assurés. L'employeur verse à l'institution de prévoyance des cotisations (flèche 1), dont il peut prélever jusqu'à la moitié sur les salaires des assurés actifs (flèche 2). Lorsqu'un salarié atteint l'âge de la retraite ou qu'il se voit octroyer une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité fédérale (AI), il passe du statut d'assuré actif à celui de rentier (flèche 3); il peut dès lors prétendre à une rente, dont une partie peut lui être versée sous forme de capital (flèche 6). Au décès d'un assuré, les proches qui dépendent de son revenu (ses survivants) ont droit à une rente et, dans certains cas, à des allocations en capital (flèches 4 et 6). Illustration 2 Principe de fonctionnement de la prévoyance professionnelle

Employeur (E) Institution de prévoyance AA AA AA Assurés (A) Prestation sous forme de rente (év. sous forme de capital) Cotisations de l'employeur et des salariés Cotisations des salariés (prélevées sur le salaire) 2 1

E. 6

Le taux d'intérêt minimal prescrit engendre, pour l'institution de prévoyance, un risque inhérent au processus d'épargne, à savoir celui de ne pas réaliser un rendement suffisant au moyen des activités de placement. Le taux d'intérêt minimal a été introduit afin de garantir aux personnes assurées dans le cadre d'un plan à primauté des cotisations une sécurité minimale en servant un taux d'intérêt adéquat sur leurs capitaux d'épargne et, partant, une rente de vieillesse appropriée. Dans le cadre d'un plan à primauté des cotisations, la rente de vieillesse est calculée uniquement sur la base des cotisations de vieillesse accumulées et de l'intérêt crédité sur celles-ci. Le processus est différent dans le cadre d'un plan à primauté des prestations, puisque l'institution de prévoyance garantit alors une rente de vieillesse définie à l'avance (en général exprimée en pourcentage du salaire touché à ce moment-là). De ce fait, pour calculer les cotisations dues, on utilise ce qu'il est convenu d'appeler le taux d'intérêt technique, lequel est crédité sur le capital de vieillesse. Cet intérêt est nécessaire dans la moyenne à long terme pour pouvoir financer les prestations

garanties. Le risque encouru dans le cadre du processus d'épargne par une institution de prévoyance à primauté des prestations dépend donc des prestations promises (c'est-à-dire de la conformité du taux d'intérêt technique avec la réalité) et n'est pas, comme dans les institutions de prévoyance à primauté des cotisations, limité par le taux d'intérêt minimal.

E. 7

La constitution du capital de vieillesse dans le système de la capitalisation, qui se fonde sur l'intérêt et l'intérêt composé, illustre la différence fondamentale qui existe entre la prévoyance professionnelle et l'AVS, laquelle est financée selon le système de la répartition. En effet, l'AVS finance les rentes en cours immédiatement à l'aide des cotisations versées par les salariés et les employeurs, ainsi que des subventions accordées par l'Etat.

E. 8

En cas de décès, les survivants ont droit à une rente (rente de partenaire, de veuve ou de veuf, d'orphelin). En cas d'invalidité reconnue par l'assurance-invalidité de l'Etat, c'est le salarié assuré lui-même qui peut prétendre à une rente (rente d'invalidité, éventuellement rente d'enfant).

E. 9

Selon le règlement de chaque institution de prévoyance, les assurés peuvent retirer tout ou une partie de leur capital de vieillesse: ils assument alors eux-mêmes tout ou en partie du risque de longévité.

577 – Processus de frais (frais de gestion): La part des cotisations qui sert à couvrir les frais de gestion peut aller jusqu'à 10 %. L'exploitation d'une institution de prévoyance génère en effet des frais divers, qui vont des charges salariales des collaborateurs aux frais de port liés à l'envoi des certificats d'assurance, en passant par le loyer des bureaux. Il ressort de ce qui précède que les activités des institutions de prévoyance sont aussi complexes qu'elles sont liées à des risques considérables. Les PME, en particulier, dépendent de cette possibilité qui leur est offerte de ne pas avoir à créer leur propre caisse de pensions, en s'affiliant à une institution de prévoyance existante. C'est pourquoi, outre les institutions propres à un seul employeur, toute une série d'institutions ont vu le jour, qui gèrent la prévoyance professionnelle pour plusieurs employeurs différents. Les deux prochaines sections s'attachent à présenter deux critères – essentiels dans le contexte de la problématique étudiée ici – qui permettent de différencier les institutions de prévoyance: 11 – L'autonomie des institutions de prévoyance en matière de couverture des risques exposés plus haut et d'application du processus d'épargne: cet aspect joue un rôle central sur le plan en particulier du dégagement des excédents (question 1). – La structure interne (forme administrative), qui définit les rapports entre l'institution de prévoyance, l'employeur et les assurés: cet aspect revêt une importance prépondérante notamment lorsqu'une institution de prévoyance assure plusieurs employeurs indépendants les uns des autres sur les plans économique et financier, et joue un rôle décisif sur le plan de la répartition des excédents entre les assurés (question 2).

E. 10

En mars 2004, l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) a réalisé une enquête sur les frais de gestion des compagnies d'assurance-vie pour leurs affaires de prévoyance professionnelle (Zeller 2003). D'une compagnie à l'autre, des écarts considérables ont été observés.

E. 11

Il existe, outre celles citées ici, d'autres caractéristiques témoignant de la complexité de la LPP; elles ont cependant moins d'importance dans le cadre du problème traité dans le présent document. Sur la seule base des critères posés dans la statistique des caisses de pensions officielle, on dénombre pas moins de 75 types d'institutions de prévoyance.

578 Illustration 3 Autonomie des institutions de prévoyance en matière de couverture des risques IP IP CAV CAV E E Cotisations Cotisations Primes de risque Primes de frais Primes de risque Primes de frais Primes d'épargne CAV E Cotisations IP CAV E Cotisations IP collective semi-autonome autonome avec réassurance autonome Primes de réassurance\$ \$ \$ \$ \$

Légende: CAV = compagnie d'assurance-vie; IP = institution de prévoyance; E = employeur Source: CPA L'institution de prévoyance autonome L'institution de prévoyance autonome assume l'ensemble des risques et gère le processus d'épargne pour son compte propre, ce qui lui permet de constituer des fortunes considérables. Elle n'a aucun lien contractuel avec une compagnie d'assurance. L'institution de prévoyance collective L'institution de prévoyance collective couvre l'ensemble des risques au moyen d'un contrat d'assurance collective avec une compagnie d'assurance. Le processus d'épargne est également transféré à un assureur. Autrement dit, l'institution collective reverse directement les cotisations des assurés à une compagnie d'assurance et n'accumule donc pas de fortune propre en vue de faire face au versement des prestations dues. Il incombe entièrement à la compagnie d'assurance de gérer et de placer les fonds ainsi constitués de sorte à garantir les prestations dues en vertu du contrat collectif. L'institution de prévoyance semi-autonome L'institution de prévoyance semi-autonome se situe à mi-chemin de l'institution autonome et de l'institution collective. Elle est néanmoins plus proche de la première, compte tenu de l'autonomie dont elle jouit sur le plan du processus d'épargne, qui, sous l'angle financier du moins, constitue sa tâche principale: elle gère en effet elle-même le capital de vieillesse de ses assurés.¹² A la différence de

E. 12

Ce qui n'exclut nullement qu'elles confient cette tâche à des tiers (établissements bancaires, gérants de fortune), l'essentiel étant que la fortune correspondante (et, partant, le risque lié aux activités de placement) demeure auprès de l'institution de prévoyance.

579 l'institution autonome, toutefois, elle délègue les processus de risque liés au décès et à l'invalidité à une ou plusieurs compagnies d'assurance, à qui elle reverse donc la part des cotisations des assurés qui concerne les deux processus correspondants. Certaines institutions semi-autonomes délèguent également le risque de longévité: lorsqu'un assuré prend sa retraite, elles rachètent la rente de vieillesse individuelle à une compagnie d'assurance au moyen du capital de vieillesse de l'assuré concerné. L'institution de prévoyance autonome avec réassurance L'institution de prévoyance autonome avec réassurance est comparable à l'institution autonome: elle assume a priori elle-même les risques, mais conclut des contrats de réassurance afin de pouvoir faire face à des risques extraordinaires ou à une accumulation inhabituelle de sinistres (assurances dites stop-loss). L'illustration 4 met en évidence l'importance relative des montants versés aux compagnies d'assurance au titre des primes par les institutions de prévoyance, en fonction de leur autonomie en matière de couverture des risques. Selon la statistique des caisses de pensions dressée par l'Office fédéral de la statistique (OFS), les institutions de prévoyance ayant

souscrit des contrats collectifs ont reversé, en 2000, près de 16 milliards de francs de primes aux compagnies d'assurance, 13 soit quelque

E. 13

Ces chiffres doivent être considérés comme inférieurs à la moyenne. Etant donné que 1999 a été une année favorable sur le plan des placements, plusieurs compagnies d'assurance ont utilisé les gains réalisés pour accorder des rabais sur les primes l'année suivante.

E. 14

Comme les avoirs (valeurs de rachat) des assurés affiliés à une institution avec contrat collectif sont placés auprès des compagnies d'assurance, les transferts effectués pour le «rachat» à la suite d'un changement d'employeur sont également considérés comme des primes. Sans tenir compte de ces transferts, ce sont toujours plus de 8 milliards de francs de primes qui ont été versées aux compagnies d'assurance par les institutions de pré- voyance collective en 2000.

580

E. 15

Dans le cadre du régime obligatoire de la LPP, les prestations de l'AVS et de la LPP devraient constituer une rente égale à environ 60 % du dernier salaire. Pour parvenir à cet objectif, la LPP oblige les employeurs à assurer une part définie du revenu de leurs salariés. Actuellement (2004), doivent être assurés tous les salaires compris entre 25 320 et 75 960 francs (salaire brut), le salaire minimal assurable s'élevant à 3165 francs (ainsi, sur un salaire de 26 000 francs, le montant assuré est de 3165 francs et non de 680 francs). Selon la logique du système des trois piliers, les éléments de salaire situés en dessous de 25 320 francs ne sont pas assurés à titre obligatoire par la LPP, puisque l'AVS est censée verser les rentes correspondantes.

581 De ce fait, dans une même institution de prévoyance, tous les assurés ne sont pas toujours affiliés selon le même modèle, c'est-à-dire qu'ils ne bénéficient pas tous du même plan de prévoyance. Cette réalité amène à compléter l'illustration 2 par l'illustration 5, qui décrit la structure interne de la majorité des institutions de pré- voyance qui n'assurent qu'un seul employeur ou plusieurs employeurs étroitement liés sur les plans économique et financier.¹⁶ Généralement, les assurés forment une communauté solidaire, dont les choix contractuels ont été limités par un éventail restreint de plans de prévoyance, eux-mêmes proposés à des conditions identiques aux différents employeurs affiliés. L'institution de prévoyance est régie par un règlement unique, et elle est dirigée par un organe paritaire composé de représen- tants des salariés et de représentants de l'employeur. Dans les institutions de pré- voyance de droit privé, il s'agit presque toujours du conseil de fondation.¹⁷ La situation se complique s'agissant des institutions de prévoyance auxquelles sont affiliés plusieurs employeurs qui n'entretiennent aucun lien économique ou finan- cier. Ces institutions, dont la forme administrative joue un rôle particulièrement important dans le présent contexte, sont appelées institutions collectives ou institu- tions communes. Leur structure est décrite brièvement ci-après.

E. 16

Cette affirmation est une version très simplifiée de la réalité. En effet, les structures internes des institutions de prévoyance assurant un seul employeur ou plusieurs employeurs étroitement liés peuvent présenter des différences. Celles-ci ne jouent cepen- dant qu'un

rôle secondaire dans le cadre de la présente étude.

E. 17

Sur les 13 527 institutions de prévoyance de droit privé recensées en 2000, qui comptaient quelque 2 876 541 assurés, 13 485 institutions, regroupant 2 763 219 assurés, revêtaient la forme juridique de la fondation. Cette même année, les institutions de prévoyance de droit public assuraient 554 828 personnes.

582 rapport aux autres institutions de prévoyance, où la gestion est globalisée, à l'exception de certaines institutions communes (voir point suivant). Illustration 6 Structure d'une institution de prévoyance collective A A A A A CP 1 CP 2 PPS1 PPS2 PPS3 A A E2 PP1* PP2* PP3^ PP2^ Employeur 1 (E1)

Légende: E = employeur; PPS = plan de prévoyance standard; CP = caisse de prévoyance; PP = plan de prévoyance; A = assuré Source: CPA, en référence à Schmid (2004)

E. 18

Lorsque plusieurs associations gérées séparément sont affiliées à la même institution de prévoyance commune, sa structure est assimilable à celle d'une institution collective. Ce type d'institutions communes constitue alors, dans une certaine mesure, une institution collective regroupant un nombre restreint de caisses de prévoyance d'une certaine importance, qui elles-mêmes regroupent chacune les employeurs d'une même association.

583 Illustration 7 Structure d'une institution de prévoyance commune Institution commune A A A A A PP 1 LPP + prest. complém. X PP 2 Régime obligatoire LPP A E2 E3 Association 1 Association 2 E4 E1

Légende: E = employeur; PP = plan de prévoyance; A = assuré Source: CPA, en référence à Schmid (2004)

E. 19

Cette approche permet également d'éliminer certaines inexactitudes d'ordre terminologique, qui, notamment dans le cadre du débat public, peuvent fausser l'analyse du problème. Ainsi, les institutions de prévoyance liées par un contrat collectif sont souvent assimilées à des «institutions collectives». Or, c'est faux: s'il est vrai que la plupart des assurés sont affiliés à une institution collective, toutes les institutions collectives n'assurent pas pour autant leurs risques à titre collectif auprès d'une compagnie d'assurance. D'ailleurs, les institutions collectives autonomes ou semi-autonomes font une concurrence de plus en plus acharnée aux institutions collectives des compagnies d'assurance.

584 Tableau 2 Types d'institutions de prévoyance Degré d'autonomie dans la couverture du risque Forme administrative autonome semi-autonome collective

Institution collective Institution collective autonome Institution collective semi-autonome «Institution collective d'une compagnie d'assurance»

Institution commune Institution commune autonome Institution commune semi-autonome Institution commune collective

Autre forme administrative Autre institution autonome Autre institution semi-autonome Autre institution collective

Le tableau ci-dessus permet d'identifier plus précisément les institutions de prévoyance qui, au cours de l'été 2002, ont été accusées de «spolier» les assurés d'une partie de leurs rentes (Rentenklaus, voir note de bas de page 1). En l'occurrence, c'est un segment spécifique de l'univers de la prévoyance qui est concerné, à savoir les institutions collectives avec contrat collectif qui, du fait de leur lien étroit avec une compagnie d'assurance-vie, sont également désignées dans le présent rapport sous l'appellation d'«institutions collectives des compagnies d'assurance». Comme ces institutions collectives revêtent la forme juridique de la fondation, elles sont généralement appelées «fondations collectives des assureurs». En termes de réalisation et de détermination des gains (question 1), les problèmes sont les mêmes pour les institutions collectives et les institutions communes. Par contre, la situation est plus compliquée chez les premières en matière de répartition des excédents entre les assurés (question 2): c'est pourquoi la présente expertise se concentre sur les institutions collectives. D'autre part, la grande majorité des assurés affiliés à une institution de prévoyance collective étant affiliés à une institution collective d'une compagnie d'assurance (voir l'illustration 8), c'est plus précisément ce type d'institution collective qui sera examiné. Axée comme il a été dit sur les institutions collectives des compagnies d'assurance, la présente étude n'évoquera les autres types d'institutions de prévoyance qu'à titre d'éléments de comparaison.

E. 20

Lorsque des institutions de prévoyance confient des mandats de gestion de fortune à des banques, c'est la Commission fédérale des banques (CFB) qui fait office d'autorité de surveillance. Dans le cas présent, cette surveillance ne joue qu'un rôle mineur et ne sera donc pas approfondie.

590 – L'Office fédéral des assurances privées (OFAP) exerce la surveillance des institutions d'assurance privées, conformément au droit applicable en matière de surveillance des assurances. Les institutions collectives traitées ici sont concernées par les deux régimes de surveillance. Les questions de l'organisation des deux régimes de surveillance et de leur objet seront abordées respectivement aux points 2.5.1 et 2.5.2. Le point 2.5.3 sera consacré aux principaux éléments communs à ces deux régimes, et le point 2.5.4, aux doublonnements des compétences touchant la surveillance des institutions collectives.21

E. 21

En l'espèce, l'analyse se limite à la surveillance directe exercée sur les institutions de prévoyance ou d'assurance. La question de la haute surveillance et des liens que celle-ci entretient avec la surveillance directe n'est pas abordée ici.

591 Illustration 10 Contrôle et surveillance dans le domaine de la LPP Institution de prévoyance Expert en prévoyance professionnelle Organe de contrôle Direction Administration Conseil de fondation Autorité de surveillance de la Confédération ou des cantons Rapport (annuel) Rapport (au min. tous les 5 ans) 1er niveau: Contrôle interne 2e niveau: contrôle externe OFAS sur mande du Conseil fédéral 4e niveau: haute surveillance 3e niveau: contrôle exercé par les autorités

Source: GTS 2001 (complété par le CPA) Dans le cadre du contrôle exercé par les autorités (troisième niveau), les institutions de prévoyance doivent fournir chaque année à l'autorité de surveillance un rapport contenant notamment les comptes annuels détaillés ainsi que le rapport de l'organe de contrôle. Ladite autorité prend les mesures qui s'imposent pour pallier les éventuelles défaillances. Les autorités de surveillance des institutions de

prévoyance sont décentralisées, c'est-à-dire qu'elles agissent à l'échelon cantonal. La Confédération (l'OFAS) demeure cependant responsable de la surveillance des institutions de prévoyance actives à l'échelle nationale. Parallèlement, l'OFAS exerce, sur mandat du Conseil fédéral, la haute surveillance (quatrième niveau) sur l'ensemble de la prévoyance professionnelle. Si, en vertu de l'art. 64 LPP, la haute surveillance est du ressort du Conseil fédéral, celui-ci autorise néanmoins l'OFAS, en vertu de l'art. 4 de l'ordonnance du 29 juin 1983 sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance professionnelle 592 (OPP 1), à se faire remettre les informations et documents nécessaires à l'exercice de ladite haute surveillance. Dans ce contexte, l'OFAS contrôle aussi bien la surveillance des cantons que ses propres activités de surveillance.

E. 22

Le droit de surveillance des assurances est en cours de révision. Les lois suivantes, qui régissent la surveillance étatique et fixent les droits et obligations de l'autorité de surveillance, devraient être réunies dans deux lois, à savoir la loi sur la surveillance des assurances et la loi sur le contrat d'assurance (voir à ce sujet: Conseil fédéral 2003): – Loi fédérale du 23 juin 1978 sur la surveillance des institutions d'assurance privées (loi sur la surveillance des assurances, LSA; RS 961.01) – Loi fédérale du 4 février 1919 sur les cautionnements des sociétés d'assurances étrangères (loi sur les cautionnements; RS 961.02) – Loi fédérale du 25 juin 1930 sur la garantie des obligations découlant d'assurances sur la vie (LGOAss; RS 961.03) – Loi fédérale du 20 mars 1992 sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (loi sur l'assurance dommages, LAD; RS 961.71) – Loi fédérale du 18 juin 1993 sur l'assurance directe sur la vie (loi sur l'assurance-vie, LAssV; RS 961.61).

E. 23

Concernant la philosophie en matière de surveillance de l'OFAP, voir également Janssen 2002.

593 – Concernant les obligations en matière de solvabilité, les prescriptions du droit de la surveillance des assurances sont beaucoup plus sévères et détaillées que ceux qui s'appliquent en matière de prévoyance professionnelle (LPP). Ainsi, si une institution de prévoyance peut en vertu de la LPP se permettre un découvert temporaire, cela est interdit à une compagnie d'assurance privée. – A l'inverse, la LPP contient des prescriptions contraignantes pour ce qui est de la composition des organes de gestion (parité), lesquels assument notamment la responsabilité du placement des capitaux de vieillesse. Par ailleurs, s'agissant des informations à fournir aux assurés, la LPP est plus précise. Le droit des assurances n'impose pas d'obligations de ce type aux organes d'une compagnie d'assurance qui gère les capitaux issus de contrats collectifs. Si le contenu de chacun des régimes présente des différences, on ne saurait toutefois parler de séparation stricte: s'agissant des contrats collectifs conclus entre institutions de prévoyance et compagnies d'assurance, l'art. 68, al. 2, LPP se réfère à l'art. 20 LSA (garantie de la solvabilité, protection contre les abus) pour exiger que les tarifs applicables à la prévoyance professionnelle légalement prescrite soient équitables du point de vue du régime obligatoire. Le groupe d'experts Janssen (2002) critique cette disposition en faisant valoir qu'elle peut, dans certaines circonstances, être incompatible avec les autres obligations pertinentes.²⁴ La question sera traitée dans le cadre de la procédure d'élimination des divergences de la révision de la LSA. Prenant le contre-pied du Conseil fédéral et du

Conseil des Etats, le Conseil national a non seulement confirmé, mais renforcé l'art. 68 LPP, en décidant qu'en ce qui concerne la surveillance régie par la LSA, il s'agit non seulement de prendre en compte les principes de la LPP, mais même de leur conférer un caractère prioritaire.

E. 24

Le groupe d'experts Janssen fait état d'un cas à son avis problématique, dans lequel le tarif d'une assurance, approuvé sur le plan de la garantie de la solvabilité, a été refusé parce qu'il n'a pas été jugé équitable du point de vue du régime obligatoire.

594 Or, compte tenu de l'intégration – déjà évoquée – des institutions collectives à la structure organisationnelle des compagnies d'assurance-vie, qui débouche sur une confusion des compétences, la séparation telle qu'elle est prévue par la loi n'est guère applicable dans le cas d'espèce. Comme le montre l'illustration 11, l'OFAS et l'OFAP exercent des surveillances distinctes sur des domaines d'activité de deux entités certes distinctes en droit, mais imbriquées sur le plan administratif et des personnes au point d'en former en réalité une seule. La séparation claire voulue par le législateur entre l'institution de prévoyance, d'une part, et la compagnie d'assurance, d'autre part, n'est donc qu'une fiction juridique. Le problème posé par la séparation des compétences s'agissant de la surveillance de deux organisations qui n'en constituent de facto qu'une seule, ou, si l'on considère qu'il n'y a qu'une seule organisation, le problème posé par la double compétence en matière de surveillance, est encore aggravé par le flou qui s'attache à la délimitation des compétences concernées et aux bases légales applicables. Illustration 11 Régimes de surveillance des institutions collectives de compagnies d'assurance

OFAS	Institution collective (conseil de fondation)	A	A	A	A	A	CP 1 (CPP)	CP 2 (CPP)	PPS1	PPS2	PPS3	A
OFAP	Secteur vie collective	E1	CAV	(direction, conseil d'administration)	OFAP/OFAS	OFAP	LPP	DSA	Art. 68 LPP	Pratique de surveillance	Droit applicable	DSA/ LPP

Légende: OFAP = Office fédéral des assurances privées; OFAS = Office fédéral des assurances sociales; DSA = droit de surveillance des assurances; LPP = loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; CAV = compagnie d'assurance-vie; CPP = Commission de prévoyance du personnel; E = employeur; PPS = plan de prévoyance standard; CP = caisse de prévoyance; PP = plan de prévoyance; A = assuré Source: CPA, en référence à Schmid (2004)

595 En application de la LSA (art. 17 et 20), l'OFAP contrôle la répartition des excédents entre les différentes institutions collectives, puis de celles-ci sur les différentes caisses de prévoyance, conformément aux plans de répartition qu'il a approuvés. Sont déterminants pour ce contrôle le droit de la surveillance des assurances et, dans la mesure où la prévoyance professionnelle obligatoire est concernée, la LPP (art. 68). Cette pratique qui s'appuie sur la LSA est contraire à la délimitation prévue par la loi, selon laquelle les processus internes à l'institution collective sont intégralement soumis à la surveillance visée par la LPP. Il s'agit notamment du rapport entre l'institution collective et l'employeur, qui fonde la caisse de prévoyance. De ce point de vue, les caisses de prévoyance, c'est-à-dire les contrats d'affiliation, et les plans de répartition des excédents concernés devraient être soumis à la surveillance de l'OFAS. Il y a là un chevauchement des compétences de surveillance: au-delà de la délimitation stricte imposée par la loi, il existe une zone grise due à la forme d'organisation particulière des institutions collectives (zone représentée en

grisé dans l'illustration 11). Le chap. 3, et plus particulièrement le chap. 4, reviennent sur ces questions afin d'exposer les conséquences possibles de cette ambivalence juridique. 3 Le calcul des excédents Ce chapitre est consacré à la question de savoir, d'une part, comment sont calculés les excédents générés par le placement des avoirs de vieillesse effectué par les compagnies d'assurance, et d'autre part, s'il est possible de les déterminer rétrospectivement. À cet effet, il sera d'abord présenté un modèle général des structures et des flux financiers d'un groupe d'assurance (point 3.1). Seront examinées ensuite les données dont les autorités, en particulier l'OFAP, disposent sur ces mêmes flux financiers (point 3.2). Sur cette base sera appréciée la faisabilité d'une reconstitution des excédents réalisés par les compagnies d'assurance dans le domaine de la prévoyance professionnelle (point 3.3). Sera ensuite examinée la portée de la surveillance exercée par les autorités (point 3.4). Enfin sera brièvement traitée la question de la transparence du calcul des excédents réalisés par les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes (point 3.5).

E. 25

Le nouvel art. 6a de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur l'assurance directe sur la vie (loi sur l'assurance-vie, LAssV; RS 961.61) prévoit que les institutions d'assurance-vie exerçant une activité dans le domaine de la prévoyance professionnelle doivent tenir une comptabilité séparée pour leur activité dans le domaine de la prévoyance professionnelle: il permettra donc une transparence accrue.

598 res). Cela dit, comme la loi oblige les compagnies à séparer les affaires vie des affaires non vie, la marge de manœuvre n'est tout de même pas illimitée. Résultat du processus de risque Par résultat du processus de risque, il faut comprendre la différence entre, d'une part, les primes de risque et, d'autre part, les prestations d'assurance vieillesse, décès, invalidité, accidents et maladie. Dans la mesure du possible, la compagnie d'assurance tente de compenser ce résultat, soit au sein de la branche concernée, soit au niveau de l'un de ses sous-groupes, puisqu'il est généralement possible d'attribuer clairement les écarts constatés à telles ou telles communautés de risques. L'assureur dispose d'une certaine marge de manœuvre lors de la définition de la communauté de risque pour laquelle les primes de risque et les prestations d'assurance doivent s'équilibrer. Résultat du processus de frais Les flux financiers du processus de frais sont particulièrement complexes et variés. Bien que moins importants, ils ne sont en aucun cas négligeables.²⁶ Les frais administratifs générés par une branche (comme l'assurance-vie collective) le sont à tous les échelons du groupe, de la présidence du conseil d'administration jusqu'aux frais de nettoyage des agences. Lorsque, à l'échelon inférieur, des collaborateurs gèrent des contrats mixtes ou combinés en union personnelle, il faut une comptabilité par centres de frais minutieuse pour pouvoir distinguer les coûts qui découlent de la prévoyance professionnelle obligatoire de ceux qui découlent de la part subobligatoire. En bout de chaîne, cette ventilation influence à son tour la part des excédents attribués à la prévoyance professionnelle obligatoire. De la même manière, l'appréciation joue un rôle important dans la fixation de toutes les autres clefs de répartition. La question peut donc se poser de savoir si une partie importante des frais du groupe ne serait pas financée au moyen de bénéfices réalisés par les sociétés étrangères du groupe afin d'alléger les charges des sociétés domiciliées en Suisse, ou inversement. Des questions semblables se posent également au sujet des subventions croisées entre divers produits d'assurance, et cela à tous les niveaux de l'organisation du groupe et au sein des branches. Il y a un peu plus d'une

dizaine d'années, de nombreuses compagnies d'assurance ont abandonné leur forme d'organisation par branche pour adopter une forme d'organisation par marché, en particulier en distinguant les affaires commerciales de l'assurance individuelle. Ainsi, un groupe de plusieurs collaborateurs encadre un groupe de clients commerciaux (entreprises) en union personnelle pour tous les risques assurés, souvent même au-delà de la séparation des branches selon l'art. 13, al. 1, LSA. Seules des clefs de répartition arrêtées par estimation permettent de ventiler les frais générés par ces groupes à l'échelon des clients ou des contrats. Outre ces flux financiers entre les branches d'assurance et les niveaux d'un groupe au sein d'un processus, il peut également y avoir confusion des flux d'argent entre processus d'épargne, processus de risque et processus de frais. Il arrive souvent que

E. 26

Une étude réalisée à la demande de l'Office fédéral des assurances privées (Zeller 2003) a démontré que si les frais administratifs des compagnies d'assurances sont plus élevés que ceux des institutions autonomes ou semi-autonomes, les différences d'un assureur à l'autre sont considérables.

599 des pertes réalisées dans l'une des catégories (telles que des pertes sur risque) soient compensées par des produits d'une autre catégorie (bénéfices réalisés dans le cadre du processus d'épargne, par exemple). Que conclure de ce qui précède du point de vue des excédents réalisés au moyen des capitaux du domaine de l'assurance-vie collective? Comme ce domaine ne constitue pas une unité indépendante du point de vue financier, les problèmes de répartition touchent aussi bien les niveaux situés au-dessus (niveaux 1 à 4) que ceux situés au-dessous (niveaux 4 à 5). – Les résultats (profits ou pertes) atteints aux niveaux supérieurs doivent donc être répartis aux échelons inférieurs, entre les diverses compagnies et branches d'assurance. Pour ce faire, il est possible d'utiliser différents critères ou clefs de répartition, comme la part de chaque unité concernée à l'ensemble de la réserve mathématique, ou la part de chaque unité concernée à l'ensemble des primes encaissées. La définition et la pondération de ces clefs de répartition dépendent dans une large mesure de l'appréciation des organes de direction concernés. Quant au résultat, il est tributaire de plusieurs estimations, hypothèses, décisions en matière de politique commerciale ou autres éléments intervenant à tous les niveaux de direction. – Des problèmes de répartition se posent même au sein de l'assurance-vie collective. La répartition des excédents disponibles est effectuée sur la base de méthodes mathématiques et statistiques complexes, différentes d'une compagnie à l'autre qui plus est. L'excédent global disponible est réparti entre les différents contrats collectifs, c'est-à-dire entre les partenaires contractuels concernés (= institutions de prévoyance telles que les institutions collectives). Cette répartition est effectuée sur la base de critères tels que barèmes, comptabilité, somme totale des primes, capital risque ou réserve mathématique.²⁷ En d'autres termes, le montant des excédents que les compagnies d'assurance ont versés à leurs institutions collectives (d'où ils ont ensuite été versés aux caisses de prévoyance puis aux assurés) dépend d'un grand nombre de décisions prises par des organes de direction disposant d'une importante latitude d'appréciation. L'expert chargé de l'étude conclut que, au-delà des aspects purement financiers, la fixation des diverses composantes constituant les excédents a été fortement déterminée par la politique commerciale du groupe, le comportement de la concurrence et l'appréciation de la compétitivité. Dans un tel contexte, pour pouvoir répondre à la question de savoir s'il y a eu «spoliation» (Rentenklausur) au sens du chap. 1, il faut savoir dans quelle mesure il a été recouru aux latitudes d'appréciation précitées, ou plus

précisément si elles ont fait l'objet d'une utilisation abusive au profit ou au détriment de certains domaines d'assurance. Il faut donc disposer de données permettant de chiffrer les flux financiers concernés. Les points suivants traitent de la problématique des données pertinentes disponibles.

E. 27

Les plans ou systèmes de répartition des excédents doivent être présentés à l'OFAP pour approbation (voir sections 2.5 et 3.4).

600

E. 28

Il convient de relever que la loi n'exige pas explicitement la réalisation de tels relevés. Nous ne répondrons d'ailleurs pas à la question de savoir si l'OFAP aurait été autorisé à exiger des compagnies d'assurance qu'elles fournissent de telles données. Cela étant, en vertu des nouvelles dispositions portant renforcement de la transparence (art. 6a de loi sur l'assurance-vie, LAssV; RS 961.61), l'OFAP sera non seulement autorisé, mais tenu d'exiger des données nettement plus détaillées.

601 et part surobligatoire, ni pour les résultats des risques, ni pour les résultats des placements, ni pour les résultats des frais. Il est encore à noter que le placement des capitaux constitués pour la couverture de chaque risque est effectué sans distinction entre vie individuelle et vie collective. Définition des ratios demandés Il apparaît que les postes correspondants des bilans contiennent des données qui ne sont pas définies de manière univoque. Les assureurs entendus ont d'ailleurs précisé qu'une même affaire pouvait être comptabilisée à différents endroits, ce que l'OFAP a d'ailleurs confirmé. Cette situation rend difficile l'établissement de comparaisons entre compagnies d'assurance et la réalisation d'analyses détaillées. Normes comptables défensives En ce qui concerne l'identification des excédents effectivement réalisés, force est de constater que les lois et ordonnances en vigueur n'exigent pas des assureurs qu'ils fournissent à l'OFAP une évaluation de leurs actifs au prix du marché, ce qui rend possible leur sous-évaluation. Les normes comptables concernées devaient favoriser une évaluation prudente des actifs et de lisser les fluctuations des produits dégagés par le compte de pertes et profits. Mais le fait est qu'elles ne permettent pas de chiffrer précisément le montant effectif des actifs immobilisés. Il est ainsi possible qu'une partie du produit des placements du domaine de l'assurance collective soit affecté à la constitution de réserves latentes. Cette part des produits n'apparaît donc pas dans le compte de résultat et n'est pas prise en compte dans le calcul des excédents éventuels et, a fortiori, dans leur répartition. Comparabilité des trois générations de rapports Une analyse sur le long terme présuppose que soit analysées sous l'angle de leur comparabilité les données recueillies par l'OFAP. Sans même parler de la méthode de saisie (manuelle ou électronique), une comparaison entre ces trois générations fait apparaître des différences considérables en ce qui concerne le degré de précision et la définition des différents éléments du bilan et du compte de résultats. Aussi les données dont l'OFAP dispose ne permettent-elles pas de procéder à une comparaison en continu des différents postes comptables depuis l'entrée en vigueur de la LPP jusqu'à aujourd'hui. Exploitabilité et disponibilité des données Le nombre des données disponibles est inversement proportionnel aux possibilités qui s'offrent de les soumettre à une interprétation brute. Cette impossibilité de procéder rapidement et en profondeur à une analyse pour pouvoir répondre dans un délai raisonnable à une question touchant ce

domaine a été mise en lumière lors des débats sur les spoliations dont auraient prétendument fait l'objet les rentiers (Rentenklausen). A cette occasion, l'autorité de surveillance n'a pas été en mesure de fournir rapidement des données fiables sur la question: il lui fallu au préalable demander des informations complémentaires aux compagnies d'assurance qu'elle était censée surveiller. Bref, si l'OFAP dispose de données permettant de déduire des informations générales sur les sources des produits réalisés, il n'est pas en mesure de procéder à une analyse fine à l'échelon de la prévoyance professionnelle. Cette constatation vaut en particulier pour la période qui suit l'année 1996, à partir de laquelle la tendance à la

hausse des marchés financiers et, partant, des produits des placements s'est infléchi. Il apparaît finalement que les données collectées par l'OFAP dans le cadre de la surveillance qu'il est tenu d'exercer sur les compagnies d'assurance ne permettent guère de tirer des conclusions significatives quant aux excédents réalisés. Cela dit, il convient de rappeler que la loi n'oblige pas explicitement l'OFAP à recueillir les données concernées.²⁹

E. 29

De 1988 à 1995, les rapports annuels adressés à l'OFAP comportaient une analyse détaillée des bénéficiaires, d'où il appert que la loi n'empêche pas l'OFAP de recueillir de telles données. Pour des raisons inconnues de l'expert, cette analyse détaillée des bénéficiaires n'a plus été fournie à partir de 1996. La qualité des données concernées n'a pas été analysée dans le cadre de la présente expertise.

603 raisons politiques, la partie obligatoire selon la LPP ne soit un jour détachée du reste du marché de l'assurance.

E. 30

Comme une simple analyse des flux financiers qui présenterait d'un côté les primes versées par l'institution de prévoyance à la compagnie d'assurance via l'institution collective et, de l'autre, les prestations et participations aux excédents accordées en contrepartie. Les structures des caisses de prévoyances affiliées à une compagnie d'assurance sur la vie sont cependant si diverses (pyramide des âges, branches, nature et étendue des risques assurés, nombre d'assurés, etc.) qu'effectuer des comparaisons sur la base de tels chiffres risquerait fortement de revenir à comparer des pommes avec des poires.

604 saire d'estimer la performance sur la base des ventilations effectives sur les diverses catégories de placements et des indices de référence correspondants. Il convient cependant de relever que la plupart des assureurs ne disposent pas pour la période examinée de données relatives à la subdivision du patrimoine sur les différentes catégories de placements. Enfin, il apparaît à première vue que les bases légales déterminantes pour la période concernée ne permettraient pas de procéder à une telle vérification d'ensemble. Il ressort en outre de ce qui précède qu'il n'est pas possible d'estimer de manière fiable ce que coûterait une telle opération.

E. 31

La question d'une définition appropriée du bénéfice déterminant (bénéfice brut ou net) et de la part de ce bénéfice devant être redistribuée sous forme d'excédents est au centre des débats actuels sur la définition de la quote-part d'excédents obligatoire (legal quote).

605 l'abus ou visant d'éventuels abus concernant la participation des assurés au produit du placement de leurs capitaux de prévoyance professionnelle. Enfin reste ouverte la question

de savoir dans quelle mesure l'OFAP applique réellement l'art. 68 LPP, qui lui fait obligation d'examiner si les tarifs applicables à la prévoyance professionnelle légalement prescrite sont équitables du point de vue du régime obligatoire. En effet, comme il a été indiqué ci-dessus (voir point 2.5 ainsi que Janssen 2002), le groupe d'experts Janssen étudie s'il n'y a pas contradiction entre cette obligation et les autres dispositions du droit régissant la surveillance exercée sur les assureurs privés.

E. 32

Les seules restrictions sont la liquidation ou la liquidation partielle lors d'une fusion ou d'une fusion partielle. A noter à ce sujet que le départ d'une part substantielle du personnel d'une entreprise constitue déjà une liquidation partielle.

606 plus récentes: ainsi, la dernière statistique des caisses de pensions en date établie par l'OFS porte sur l'an 2000.³³ Le présent rapport ne peut répondre à la question de savoir si l'autorité de surveillance connaît ou non la situation financière réelle des institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes. La discussion consacrée au taux de couverture insuffisant de certaines institutions de prévoyance professionnelle semble toutefois indiquer qu'il y a là aussi certaines lacunes. Comme une grande partie des institutions de prévoyance se sont trouvées en situation de découvert suite à l'évolution économique de ces dernières années, il a été procédé à des enquêtes pour recueillir les données permettant de mesurer l'ampleur effective des découverts. Mais les données ainsi obtenues présentent du moins en partie les mêmes insuffisances que celles qui relèvent de la surveillance exercée par l'OFAP.³⁴ En conclusion, on peut tout de même constater que chez les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes, le résultat du processus d'épargne est généralement présenté de manière largement transparente, contrairement à ce qui est le cas pour les institutions collectives des compagnies d'assurance, du moins jusqu'à la fin 2003. À quoi s'ajoute que, toujours en ce qui concerne ces dernières, et sauf investissement démesuré, il n'est plus possible aujourd'hui de faire rétrospectivement la transparence sur ce point (voir point 3.3).

4 La répartition des excédents

Après avoir expliqué comment sont générés et calculés les excédents par les institutions de prévoyance professionnelle et quelles sont les données pertinentes disponibles, il s'agit maintenant d'analyser la répartition de ces excédents entre les assurés et les employeurs. Là encore, le présent chapitre sera consacré principalement à la pratique des institutions collectives des compagnies d'assurance, même s'il sera fait un détour par les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes à titre de comparaison. Après une vue d'ensemble des excédents distribués (point 4.1), les différents principes ou modèles de répartition seront examinés au point 4.2. La pratique des institutions collectives en matière de répartition des excédents, assortie d'une comparaison sommaire avec celles des institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes, sera traitée au point 4.3. Quant aux points 4.4 et 4.5, ils éclaireront les questions de la légalité de la répartition et du rôle de la surveillance.

E. 33

L'OFAP a publié dès 2003 les chiffres 2002 relatifs aux institutions d'assurance privées en Suisse. L'OFAS n'a pas présenté de données comparables sur les résultats des institutions de prévoyance professionnelle.

E. 34

L'OFAS a établi une vue d'ensemble à partir d'une enquête réalisée auprès des autorités cantonales de surveillance des fondations. L'expert critique néanmoins cette enquête parce

qu'elle a été conduite sans harmonisation préalable de la définition du taux de couverture et du non-recensement des données clef sur lesquelles le calcul de ce taux a été assis (taux d'intérêt appliqués, évaluation des réserves etc.).

607

E. 35

Une partie des excédents peut être créditée sur un compte auprès de l'assurance-vie: elle peut être portée directement au crédit de la réserve mathématique correspondante (fréquent) ou au crédit d'un compte d'«excédents» de l'institution collective correspondante géré par la compagnie d'assurance-vie (plus rare).

E. 36

Les parts d'excédents directement portées au crédit des compagnies d'assurances ne sont pas prises en compte ici; voir note de bas de page n° 35.

608 uniquement sur des exemples et non étayée statistiquement. Il est d'avis que, au cours des années 90, les institutions de prévoyance gérant leurs propres capitaux (c'est-à-dire les institutions autonomes ou semi-autonomes) ont réalisé et réparti des excédents nettement plus élevés que les institutions collectives des compagnies d'assurance. Selon ses estimations, cette affirmation garde toute sa validité même si l'on tient compte du fait que de nombreuses caisses ont de toute évidence reversé «trop» d'excédents, au point de se retrouver en situation de découvert après les pertes sur les cours des actions qu'elles ont subies durant les années 2000 à 2002.³⁷

E. 37

Voir notamment Hug (2003).

E. 38

Puisque les institutions de prévoyance professionnelle des compagnies d'assurances revêtent juridiquement la forme de la fondation.

E. 39

Pour suffire à la gestion paritaire prévue par l'art. 51 LPP, les conseils de fondation des institutions collectives sont formellement considérés comme organe représentant de façon paritaire les employeurs et les salariés. La révision de la LPP qui entrera en vigueur en 2005 renforce les obligations en matière de gestion paritaire de ces conseils.

609 pour ce qui est de la conformité aux textes de la constitution de la commission de prévoyance du personnel et de la mise en œuvre des procédures décisionnelles. Pour les compagnies d'assurance, les dispositions de la LPP qui prévoient qu'il appartient à la commission paritaire de prévoyance du personnel de décider de la répartition des excédents sont ainsi réputées avoir été respectées: en tout état de cause, si tel ne devait pas être le cas, la responsabilité en incomberait juridiquement non à la compagnie d'assurance ou à l'institution collective, mais à l'employeur. En ce qui concerne l'utilisation des excédents, il est possible de distinguer les formes suivantes: – Augmentation des avoirs de vieillesse ou de la réserve mathématique des personnes assurées (amélioration des prestations): La part aux excédents est répartie entre toutes les assurances conclues depuis un mois au moins et permet d'augmenter immédiatement l'avoir de vieillesse des personnes assurées. Pour les bénéficiaires de rentes, la part aux excédents est ajoutée à la réserve mathématique et permet une augmentation de la rente. – Compensation avec les primes (réduction des

primes): La part aux excédents est déduite des primes à verser.⁴⁰ Dans ce cas de figure, le coût de l'assurance collective est réduit du montant de la part aux excédents. L'employeur et le salarié versent donc des cotisations moindres. – Constitution de réserves; deux formes de constitution de réserves sont possibles, à savoir: – La part d'excédents est portée au crédit d'un compte d'accumulation à l'échelon de la caisse de prévoyance. – La part d'excédents est ajoutée aux réserves ou aux avoirs libres de la caisse de prévoyance ou de l'institution collective afin d'être utilisée ultérieurement au profit des assurés.

E. 40

Y compris les contributions pour mesures spéciales et au fonds de sûreté.

E. 41

Dans le contexte des institutions autonomes ou semi-autonomes, les excédents qui ne servent pas à la constitution de réserves sont généralement appelés «avoirs libres».

610 versés en espèces (aux bénéficiaires d'une rente), soit portés au crédit de l'avoir de vieillesse, c'est-à-dire de la réserve mathématique. – Financement actuariel d'améliorations du règlement ou des prestations. – Réduction des cotisations jusqu'à nouvel avis. – Réduction des cotisations de l'employeur (qui sont plus élevées que celles des salariés) jusqu'au niveau de celles des salariés. – Financement des primes de risque précédemment intégralement à la charge de l'employeur (institutions semi-autonomes). – Financement d'un découvert technique (mesure prise par certaines caisses de droit public appliquant le régime de la primauté des prestations). Cette liste n'est pas exhaustive et démontre qu'il n'y a pas de règles établies régissant la répartition des avoirs libres. L'OFAS a émis des directives uniquement en ce qui concerne l'affectation par les institutions de prévoyance des avoirs libres à la réduction des primes (bulletin n° 41 du 1er juillet 1998, ch. 236). Comme il été dit plus haut, les excédents des institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes restent dans le circuit fermé de l'institution de prévoyance (exception possible: les excédents de risques des institutions semi-autonomes). Cela n'empêche toutefois pas que la répartition de ces excédents puisse présenter certains problèmes d'équité, principalement dus à l'échelonnement, c'est-à-dire à la périodicité des excédents. Les assurés (qui paient des cotisations) changent en raison de la mobilité professionnelle ou au gré des fusions d'entreprises. S'il n'y a pas de répartition d'excédents pendant plusieurs années, les assurés qui ont quitté la caisse entre-temps ne recevront rien. En effet, seuls les assurés du moment peuvent profiter des réductions de cotisations accordées grâce aux avoirs libres. Lors de répartitions forcées dans le cadre de liquidations ou de liquidations partielles (aliénation de parties d'entreprises ou fusion d'entreprises), les assurés du moment ont souvent été avantagés. Plusieurs recours judiciaires ont d'ailleurs été déposés suite à des plans de répartition établis notamment à l'occasion de liquidations (totales ou partielles), ce qui montre que la question est relativement délicate.

E. 42

Il s'agit de l'affectation des excédents à la réduction de la part des primes de risque de l'employeur jusqu'au plancher légal, soit 50 % du total.

616

E. 43

Sont également applicables l'interdiction de l'arbitraire, le principe de solidarité, le principe de l'affectation appropriée des moyens et, selon le cas, certaines dispositions fiscales.

E. 44

ATF 128 II 24: jugement de la deuxième Cour de droit public du 26 novembre 2001.

618

E. 45

Dans le cadre de l'inspection 2002 spécialement axée sur la répartition des excédents, l'OFAS a émis un certain nombre de contestations car certains plans d'excédents approuvés n'avaient pas été correctement appliqués.

E. 46

Le groupe d'experts Janssen (2002) a clairement montré que, jusqu'en 2002, l'OFAP s'était avant tout attaché à l'examen de la solvabilité, considérant que c'était là l'objet principal de sa surveillance (et qui continuera de relever de ses missions, même si son action future devra tenir compte davantage des risques effectifs) et que le mandat visé à l'art. 68 LPP peut se révéler être en contradiction avec une telle interprétation de la surveillance.

619 certains facteurs qui caractérisent ces institutions risquent de fortement fragiliser les mécanismes de contrôles internes: – L'imbrication, sur les plans du personnel et de l'organisation, entre compagnies d'assurance d'une part, institutions collectives et caisses de prévoyance d'autre part, réduit d'autant le nombre des décideurs qui interviennent dans la répartition des excédents (voir point 2.4, en particulier le point 2.4.2). Il peut ainsi arriver que les collaborateurs de la compagnie d'assurance se contrôlent pour ainsi dire eux-mêmes lors de la répartition des excédents entre caisses de prévoyance effectuée à l'échelon de l'institution collective. – Au vu de la complexité de la matière (plans de répartition), on peut se demander si la commission de prévoyance du personnel d'une caisse de prévoyance est véritablement en mesure d'évaluer la congruence des excédents versés à leur caisse et la justesse de leur répartition entre les assurés. – Enfin, il n'est pas certain que la gestion paritaire fonctionne comme elle le devrait à l'échelon de la caisse de prévoyance. Le contrat d'affiliation prévoit en effet généralement que c'est l'employeur qui est responsable du bon déroulement des procédures décisionnelles qui touchent la répartition des excédents. Dans la pratique, la compagnie d'assurance soumet une proposition de répartition des excédents à l'employeur, par exemple dans le cadre du décompte annuel. Par sa signature, l'employeur approuve la répartition des excédents proposée. Or, les compagnies d'assurance estiment que cette signature vaut également garantie que toutes les obligations en matière de gestion paritaire ont été respectées (voir aussi le point 4.2). Face aux insuffisances qui à ce jour ont entaché les contrôles et du manque de transparence qui caractérise non seulement la répartition des excédents, mais aussi leur détermination par les compagnies d'assurance, l'expert présente une proposition d'amélioration de la transparence valable pour toutes les formes d'institutions de prévoyance. Les prescriptions proposées visent à améliorer la surveillance exercée par les autorités et à faciliter un contrôle par les assurés eux-mêmes. Les prescriptions proposées en matière de transparence (voir tableau 5) combinent les approches ascendante (bottom up) et descendante (top down). Tableau 5 Vue d'ensemble des exigences en matière de transparence

1 Dans la mesure où chacune des deux parties – c'est-à-dire les parties obligatoire et surobligatoire – de la prévoyance professionnelle applique des paramètres différents (taux d'intérêt, taux de conversion etc.), les prestations, primes, réserves mathématiques, excédents et autres données doivent être présentées distinctement pour chacune des deux parties, et cela depuis la compagnie d'assurance jusqu'à l'échelon de la caisse de

prévoyance.

2 Les primes annuelles doivent être présentées sur des certificats, de manière détaillée et conforme à la structure tarifaire.

3 Le certificat d'assurance doit permettre de retracer l'évolution de l'avoir de vieillesse et du compte d'excédents individuel en présentant les primes d'épargne, les intérêts et les éventuels versements anticipés respectivement bonifiées et débités depuis la dernière opération.

620

4 Chaque personne assurée doit recevoir un décompte annuel, c'est-à-dire un certificat présentant l'évolution de la réserve mathématique, les primes effectivement comptabilisées, les excédents et autres prestations éventuellement versés.

5 Chaque caisse de prévoyance doit recevoir un décompte annuel, c'est-à-dire un certificat montrant l'évolution de la réserve mathématique pour les prestations en cours et futures, les primes effectivement comptabilisées, les excédents et autres prestations éventuellement versées. Lorsque l'excédent réalisé en cours d'exercice est reporté sur l'exercice suivant, le montant à répartir doit être présenté spécifiquement.

6 Chaque institution de prévoyance est tenue d'établir un décompte actuariel annuel. Ce décompte doit présenter les raisons de l'évolution de la réserve mathématique et du capital d'épargne ainsi que des diverses provisions techniques, réserves destinées à compenser les fluctuations de valeur et fonds libres en faisant apparaître l'origine (cotisations, primes, prestations d'entrées, produits du placement de la fortune, excédents, etc.) et l'affectation (prestations de prévoyance, prestations de sortie, versements de capitaux, prélèvement sur les réserves, etc.) des fonds.

7 Chaque caisse de prévoyance est tenue de présenter une fois par an le montant des bénéfices techniques (excédents) réalisés ainsi que leur origine (bénéfices d'intérêts, bénéfices de l'assurance risques [incapacité de gain, décès, vieillesse], excédents de frais) et leur affectation.

8 Dans la mesure où, au moment de sa résiliation, un contrat d'assurance collective prévoit une déduction sur la valeur de rachat pour des frais non encore amortis, celle-ci doit être présentée chaque année avec la valeur de rachat.

9 Dans la mesure où les compagnies d'assurance ne placent pas les capitaux de chaque fondation, de manière distincte, elles doivent en répartir les produits au moyen de clefs de ventilation transparentes, par exemple en proportion du montant des placements, d'abord à l'échelon du groupe sur les affaires indigènes, ensuite entre les affaires vie collectives et les autres branches, puis entre les domaines obligatoire et surobligatoire et, enfin, entre chaque fondation. Ce principe s'applique par analogie aux frais ainsi qu'aux réserves de placement. Pour une fondation, les excédents d'intérêt à distribuer résultent du rendement net de sa fortune moins l'intérêt technique devant être pris en compte et les attributions aux réserves nécessaires.

10 Le rendement de la fortune des institutions collectives ou de la fortune à laquelle les institutions collectives participent doit être présenté en respect des normes standard internationales usuellement appliquées sur les marchés financiers. Le rendement de la fortune est constitué des produits réalisés (intérêts, dividendes et autres) ainsi que des

modifications de valeur réalisées et non réalisées. Les rendements brut et net doivent être présentés séparément pour chaque catégorie de placement (actions, immobilier, hypothèques, titres à taux fixe, etc.). Ces informations doivent être transmises aux institutions et aux caisses de prévoyance. De plus, il faut leur donner les informations nécessaires leur permettant de comparer, par catégorie de placement, les rendements réalisés par rapport aux valeurs de référence indiquées (benchmarking).

Source: Schmid (2004) Selon l'approche ascendante (bottom up) les informations relatives à chaque opération commerciale sont collectées au niveau le plus détaillé – au moyen d'une comptabilité moderne spécialement adaptée aux besoins des assurances – avant d'être successivement agrégées aux différents échelons. Cette manière de procéder permet d'améliorer la transparence aux échelons de l'assuré, de la caisse de prévoyance et de la fondation. Cette partie de la structure et les exigences correspondantes (1 à 8) en matière de transparence de la prévoyance professionnelle est indépendante du porteur de risque (compagnie d'assurance sur la vie ou caisse autonome).

621 Le modèle ne se limite cependant pas à une approche ascendante agréant successivement les données concernant les assurés. Il intègre également une composante descendante qui permet de ventiler les frais et les produits des capitaux d'un groupe sur l'assurance-vie collective (plus particulièrement les prescriptions 9 et 10). Grâce à la combinaison de ces deux approches, il devient possible d'affecter les excédents et d'imputer les frais de manière à la fois objective et transparente.

5 Conclusions générales

La présente expertise a permis d'analyser le calcul et la répartition des excédents dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Les travaux ont été principalement axés sur les compagnies d'assurance et leurs institutions collectives. L'expert chargé de l'étude est parvenu à la conclusion que, au cours des années 90, les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes ont réalisé et réparti des excédents en règle générale nettement plus élevés que les institutions collectives des compagnies d'assurance. Si, en raison de la situation critique du point de vue des données disponibles, cette conclusion ne peut pas être validée statistiquement, elle est au moins étayée par de nombreux exemples. L'expertise a permis de faire apparaître que le problème principal réside dans l'opacité qui entoure le calcul des excédents, largement due à la liberté d'appréciation dont jouissent les organes décisionnels concernés – opacité telle qu'il est aujourd'hui impossible de retracer les opérations concernées. Elle indique cependant aussi que des problèmes non négligeables affectent également la répartition entre assurés des excédents des institutions collectives. On trouvera résumés ci-après les principales conclusions touchant la surveillance et du calcul des excédents et de la répartition des excédents, avant d'en dégager les deux problématiques majeures.

Le calcul des excédents L'expert conclut que, sauf investissement disproportionné, il est aujourd'hui impossible d'évaluer les excédents réalisés par les institutions collectives des compagnies d'assurance dans le cadre de la gestion des avoirs de la prévoyance professionnelle. Les investigations menées dans ce sens ont cependant mis en évidence des insuffisances considérables s'agissant des données collectées et conservées par les autorités et les institutions de prévoyance professionnelles, ce qui n'est pas sans conséquences sur la surveillance exercée par l'OFAP et l'OFAS. Les données et informations par ces deux autorités de surveillance relativement au calcul et à la répartition des excédents collectées sont absolument insuffisantes, puisqu'une grande partie des processus économiques pertinents leur échappe. Certes, l'OFAP saisit sous forme électronique de nombreuses données tirées des comptes d'exploitation et des bilans des

compagnies d'assurance qu'il surveille, mais il n'est pas en mesure d'en faire à bref délai une interprétation détaillée qui permette de les utiliser comme indicateurs applicables à des situations diverses. Mais surtout, il n'est absolument pas certain qu'un même compte recense toujours les mêmes opérations. En l'absence de plans comptables harmonisés, de définitions claires et de normes comptables contraignantes, aussi bien à l'échelon des compagnies d'assurance que de institutions de prévoyance, il est impossible de dégager des chiffres à peu près

622 cohérents et comparables relativement aux excédents qui ont été réalisés au cours des années passées. De plus, il n'y a pratiquement pas de prescriptions en matière de répartition des produits et d'imputation des frais entre les diverses unités des groupes d'assurance. Aussi la définition des clefs de répartition utilisées dépend-elle largement de l'appréciation des organes de direction concernés (compagnie ou groupe d'assurance), ce qui entraîne sur ce plan une extrême diversité. D'une manière générale, force est donc de constater qu'il est impossible, compte tenu de structures comptables et de clefs de répartition très différentes d'une compagnie à l'autre, de procéder à une évaluation comparative de l'activité commerciale des assureurs et, partant, d'identifier d'éventuels abus. Du point de vue de la haute surveillance, il faut également souligner que ni les données de l'OFAP, ni les normes en matière d'établissement des comptes appliquées par les assureurs ne suffisent pour identifier d'éventuels abus commis au détriment des assurés. A cet égard, il faut expressément souligner que la fixation d'une quote-part d'excédents obligatoire (legal quote) ne changerait rien au problème, tant que la question du calcul de ces bénéficiaires ne sera pas réglée au moyen d'une norme comptable contraignante. Même si les données pertinentes étaient disponibles, il s'agirait encore de définir ce qu'on entend par abus. L'art. 42 LSA prévoit expressément que le Conseil fédéral doit édicter «des prescriptions prévoyant une intervention quand une situation préjudiciable aux assurés se produit.» Il apparaît cependant que, à la fin 2003, le Conseil fédéral n'avait pas encore édicté de prescriptions complémentaires qui auraient défini l'élément constitutif de l'abus en la matière ou concrètement visé d'éventuels abus concernant la participation des assurés au produit du placement de leurs capitaux de prévoyance professionnelle. Le Conseil fédéral a donc failli dans le rôle pilote qu'il lui appartenait d'assurer dans ce domaine majeur. En règle générale, la situation en matière de fortune et de rendement des placements des institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes est plus transparente que celle des assurances collectives des groupes d'assurance. Toutefois, ni les autorités cantonales de surveillance, ni l'OFAS ne coordonnent la saisie électronique de données qui, à ce jour, ne sont même pas standardisées, ni représentatives. Seul l'OFS établit périodiquement, mais avec un certain retard, une statistique des caisses de pensions à partir de résultats d'enquêtes et d'estimations. Cela étant, les chiffres correspondants ne sont pas vraiment pertinents du point de vue de la situation financière effective des institutions de prévoyance. Comme l'exemple des enquêtes effectuées sur les découverts le montre, la diversité – qui s'explique par des raisons historiques – des normes comptables appliquées par les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes s'oppose au relevé de données pertinentes. A cet égard, en modifiant l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2, entrée en vigueur le 1er avril 2004), le Conseil fédéral a amélioré les dispositions applicables aux institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes, puisque celle-ci sont désormais tenues d'établir et de structurer leurs comptes annuels conformément aux recommandations relatives à la présentation des comptes Swiss GAAP RPC 26. Ces normes de présentation des comptes ne concernent cependant que les institu-

tions de prévoyance. Elles ne s'appliquent pas, en effet, à la présentation des comptes relatifs à la gestion par les compagnies d'assurance des capitaux issus de contrats collectifs conclus avec des institutions collectives. Partant, elles ne résolvent pas le problème de l'opacité qui entoure les affaires des institutions collectives des compagnies d'assurance.

623 La comparaison entre institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes et institutions collectives des compagnies d'assurance appelle également un certain nombre de remarques sur les conséquences qui découlent du partage des compétences en matière de surveillance. Si les fonds de prévoyance des institutions collectives gérés par les compagnies d'assurance sont soumis à la surveillance exercée par l'OFAP conformément au droit de la surveillance des assurances, ce sont l'OFAS et les cantons qui assument cette tâche pour les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes, en application de la LPP. On se trouve donc face à deux types de surveillance assortis d'obligations différentes alors même que les objets qu'elles concernent sont fondamentalement de même nature. Ainsi, le droit de la surveillance des assurances est nettement plus sévère que le droit de la prévoyance professionnelle (LPP) pour ce qui est des exigences en matière de solvabilité. A l'inverse, la LPP contient des dispositions contraignantes sur les informations à fournir aux assurés et sur la constitution des organes de direction (gestion paritaire) qui assument notamment la responsabilité du placement des avoirs de vieillesse, alors qu'aucune disposition comparable ne s'applique aux organes des compagnies d'assurance, qui, s'agissant des institutions collectives, peuvent décider seuls du placement des capitaux de prévoyance et de l'affectation des rendements correspondants. La répartition des excédents Pour les quatre compagnies d'assurance examinées, c'est-à-dire pour leurs institutions communes, l'analyse révèle des inégalités substantielles concernant la répartition des excédents. Le résultat le plus marquant est que les caisses de prévoyance qui comptent plus d'assurés se voient verser des excédents par assuré nettement plus élevés que celles qui en comptent moins. Sur la base de cette constatation, il faut se poser la question de savoir si cette répartition inégale est fondée ou si elle viole des principes tels que celui de l'égalité de traitement ou de la parité des cotisations. – L'expertise mentionne différentes raisons objectives en vertu desquelles les écarts observés ne constituent pas des inégalités de traitement abusives: différences au niveau des frais, de la taille et de la structure de l'effectif des assurés, de la nature et de l'étendue des prestations assurées, etc. Les autorités chargées de la surveillance ne disposent pas de données permettant de vérifier si, le cas échéant, ces raisons justifient les écarts constatés et s'il est possible d'exclure que des abus aient été commis. L'expert n'a pas trouvé d'indice lui permettant d'affirmer que le principe de l'égalité de traitement aurait été systématiquement enfreint. Il constate cependant qu'il est impossible d'exclure que les excédents versés à certaines caisses de prévoyance importantes du point de vue commercial aient pu être déterminés au moins en partie en fonction de critères subjectifs (critères marketing, affaire compensatoire etc.). – L'expert chargé de l'étude a souligné que l'affectation d'excédents à la réduction unilatérale des cotisations de risque de l'employeur est une pratique courante. Suite à un récent arrêt du Tribunal fédéral, il apparaît toutefois qu'elle doit être considérée comme contraire au droit. En vertu de ce jugement, les salariés doivent participer aux excédents au moins à proportion de leurs cotisations, conformément au règlement de l'institution concernée.

624 Dans cette situation, il faut se poser la question de savoir comment identifier les abus éventuels dans le cadre de la surveillance. Le chevauchement des compétences en matière de surveillance – liée notamment au flou juridique que l'on constate à cet égard dans le droit

de la surveillance sur les assurances et dans la LPP – vient encore compliquer la tâche dans le cas des institutions collectives des compagnies d'assurance. L'OFAP contrôle et approuve les plans d'excédents qui règlent la répartition des excédents au moins jusqu'à l'échelon de la caisse de prévoyance. Cette mission – inscrite dans la LSA, qui exige que les plans d'excédents soient approuvés et contrôlés dans le cadre du contrôle des tarifs – s'explique par les liens étroits qui unissent compagnie d'assurance, institutions collectives et caisses de prévoyance. L'OFAP exerce sa surveillance conformément au droit de la surveillance des assurances. Il apparaît cependant que cette situation est problématique dans la mesure où c'est la LPP qui est ici déterminante, et que ses dispositions en matière de répartition des excédents sont plus sévères. Ce problème serait moins grave si l'OFAS se conformait ici strictement aux dispositions de la LPP s'agissant de ses activités de surveillance (même si cela entraînerait une double surveillance). Comme l'OFAS lui-même ne dispose pas de données correspondantes, force est de conclure que l'OFAS ne contrôle guère la répartition des excédents effectuée par les institutions collectives. Dans ce domaine, les autorités compétentes comptent sur le travail effectué par les instances de contrôle du deuxième niveau (organes de contrôles, experts en matière de prévoyance professionnelle) ainsi que sur le droit des personnes concernées qui leur permet recourir s'ils s'estiment lésés. Bref, la surveillance du respect des dispositions de la LPP applicables à la répartition des excédents est lacunaire, tant dans sa conception que du point de vue de sa mise en œuvre. Le contrôle est garanti uniquement en ce qui concerne la répartition des excédents entre les caisses de prévoyance des institutions collectives en application du droit de la surveillance des assurances, d'ailleurs moins sévère que la LPP. Quant à la surveillance sur la répartition entre les assurés effectuée par les caisses de prévoyance, force est de constater qu'elle a été négligée. L'expertise relève que les offices se renvoient la responsabilité sur ce point, invoquant le manque de clarté des dispositions légales. Ces lacunes en matière de surveillance sont particulièrement importantes car, pour ce qui est justement des institutions collectives, la fonction effective des mécanismes de contrôle interne, la gestion paritaire et la transparence envers les assurés font précisément l'objet d'une évaluation critique. En ce qui concerne la répartition des excédents par les institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes, il n'y a pas de problème de chevauchement des compétences en matière de surveillance et, du point de vue des assurés, la situation est plus transparente que celle qui caractérise les institutions collectives des compagnies d'assurance. Cela dit, force est de constater que l'OFAS ne dispose d'aucune information qui lui permettrait d'exercer une surveillance systématique sur la répartition des excédents des institutions de prévoyance, quelle que soit leur forme. Pour la surveillance des institutions de prévoyance autonomes ou semi-autonomes, l'OFAS compte là aussi sur le travail effectué par les instances de contrôle du deuxième niveau (organes de contrôles, experts en matière de prévoyance professionnelle).

625 En bref Deux problèmes cruciaux ressortent de la présente expertise: il y a, d'une part, l'absence de données pertinentes portant sur la branche des assurances sociales suisses nationale qui gère la plus grande partie du capital-vieillesse et, d'autre part, les chevauchements problématiques aux niveaux des exigences légales et de la surveillance dans le domaine des institutions collectives des compagnies d'assurance. Il est préoccupant de constater qu'il n'existe pas de statistique en matière de prévoyance professionnelle, alors même que c'est la branche des assurances sociales suisses qui gère la plus grande partie du capital-vieillesse. Il est par conséquent impossible de contrôler la pertinence des méthodes et procédures utilisées à ce jour pour le calcul et la répartition des

excédents de la prévoyance professionnelle. Il est urgent de rassembler et de publier chaque année des données pertinentes et représentatives de l'ensemble du domaine de la prévoyance professionnelle, c'est-à-dire sur toutes les institutions de prévoyance qui assurent des prestations en vertu de la LPP. Cette obligation doit également être étendue à tous les risques couverts par les assureurs-vie, à tous les capitaux placés en tant qu'avoirs de vieillesse et aux informations relatives aux rentes dont le versement est en cours ou à venir. La délimitation insuffisante des exigences légales (LPP ou droit de la surveillance des assurances) et des compétences en matière de surveillance (OFAS/cantons ou OFAP) dans le domaine des institutions collectives des compagnies d'assurance constitue également un problème grave. Il est urgent de clarifier la situation tout en tenant compte des exigences en matière de gestion des avoirs de vieillesse propres aux diverses institutions de prévoyance. Il appartiendra aux politiques de décider s'il faudra le faire au moyen d'une harmonisation des dispositions et des pratiques en matière de surveillance dans le deux domaines ou en procédant à une séparation institutionnelle, personnelle et financière entre, d'une part, la prévoyance professionnelle (du moins pour sa partie obligatoire) et, d'autre part, le reste des affaires des assureurs.

626 Bibliographie et sources Brandenberger, Benjamin; Brandenberger, Michael 2003: Zur aktuellen Lage schweizerischer Pensionskassen. AWP/Complementa Risiko Check-up 2003. Saint-Gall. Commission fédérale de la prévoyance professionnelle 2001: Deux rapports sur le thème Prescriptions de taux minimaux pour les institutions de prévoyance. Aspects de la sécurité sociale, rapport de recherche n° 17/01. Berne. Conseil fédéral 2003: Message concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle du 19 septembre 2003. Conseil fédéral 2003a: Message concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA) et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 9 mai 2003. Groupe de travail surveillance et haute surveillance dans la prévoyance professionnelle (GTS) 2001: Verstärkung der Oberaufsicht in der beruflichen Vorsorge. Zuhanden des Bundesamtes für Sozialversicherung. Berne, le 10 décembre 2001. Groupe de travail surveillance et haute surveillance dans la prévoyance professionnelle (GTS) 2000: Aufsicht und Oberaufsicht in der beruflichen Vorsorge. Analyse der geltenden Regelung und Vorschläge für Verbesserungen. Zuhanden des Bundesamtes für Sozialversicherung. Berne, le 14 mars 2000. Hug, Werner, C. 2003: Unterdeckung und Verantwortlichkeiten bei Schweizer Pensionskassen. In: Tagungsband der Konferenz «Der Einfluss von Vorsorgeverpflichtungen auf die Bewertung von Unternehmen» du 8 septembre 2003, p. 20–26. Janssen, Martin et al., 2002: Aufsichtstätigkeit des Bundesamtes für Privatversicherungen. Beurteilung aus Sicht der Kommission «Transparenz». Bericht für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement. Teil 1: Bereich Lebensversicherung. Berne, le 18 septembre 2002. Office fédéral des assurances privées (OFAP) 2002: Les institutions d'assurance privées en Suisse. Faits et chiffres 2002.

(http://www.bpv.admin.ch/abericht/Start/FR/MASTERF_2002.htm) Office fédéral des assurances privées (OFAP) 2002a: Rapport de l'OFAP sur les affaires collectives 1985–2001 des assureurs vie surveillés, Berne, le 9 septembre 2002. Office fédéral de la statistique (OFS) 2002: La prévoyance professionnelle en Suisse. Statistique des caisses de pensions, 2000. Neuchâtel. Schmid, Gerhard; Christina Ruggli, 2002: Auftrag und Kompetenzen des Bundesamtes für Privatversicherungen (BPV). Gutachten erstattet dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement. Rapport final du 31 octobre 2002. Schmid,

Heinz 2004: Expertise «Überschussverteilung». Im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle. Schlussbericht vom 16. April 2004. Zeller, Rosalia 2003: Untersuchung der Verwaltungskosten der Versicherungsgesellschaften im Kollektivlebensgeschäft. Bericht für das Bundesamt für Privatversicherungen. Zusammenfassung.

627 Sources accessibles via Internet www.ejpd.admin.ch/f/dossiers/bvg/index.htm
www.bsv.admin.ch/bv/aktuell/f/index.htm www.bvg.ch
www.parlament.ch/D/dossiers/bvg/bvg.htm
http://www.bfs.admin.ch/stat_ch/ber13/cp/cp/fcp01-pub.htm www.vorsorgeforum.ch
www.soziale-sicherheit.ch Rédaction du rapport: Christoph Bättig (chef de projet) avec la collaboration de Hedwig Heinis (secrétariat) Rapport de l'expert externe: Professeur Heinz Schmid, Biel-Benken avec la collaboration de Ernst Rätzer Rosalia Zeller (jusqu'au 31 décembre 2003) Martin Oester (à partir du 1er janvier 2004) Le CPA remercie l'Office fédéral des assurances privées, l'Office fédéral des assurances sociales et l'Office fédéral de la statistique pour leur excellente collaboration. Merci également aux compagnies d'assurance d'avoir bien voulu mettre leurs données à la disposition de l'expert et répondre à ses questions. Le CPA remercie également le professeur Heinz Schmid et ses collaborateurs ainsi que Werner C. Hug qui a bien voulu accompagner l'étude. Langue originale du rapport: allemand

628

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Le Calcul et la répartition des excédents dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'attention de la commission de gestion du Conseil national In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2005 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 04 Cahier Numero Geschäftsnummer --- Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 01.02.2005 Date Data Seite 563-628 Page Pagina Ref. No 10 138 345 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.