

CH_VB 2007-0107 5381 vom 15. Juni 2007

Bundesverwaltung, 2007-06-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_2007-0107_5381_

FR: CH_VB 2007-0107 5381 du 15 juin 2007

IT: CH_VB 2007-0107 5381 del 15 giugno 2007

Erwägungen

E. 15

RS 951.31

E. 16

FF 2005 5993

5404 d'examiner en collaboration avec le DFJP et le DFI la mise en œuvre de la soumission des fondations de placement à la LPCC et de lui présenter le cas échéant un rapport à ce sujet d'ici mi-2008. 1.4 Gouvernance des fonds de pension Quelques participants à la consultation, sous l'effet de l'impression laissée par les cas Swissfirst et FirstSwiss, ont demandé d'améliorer, dans le cadre de la réforme structurelle en cours, les dispositions en matière de gouvernance. Le Conseil fédéral, dans ses réponses à plusieurs interventions parlementaires (06.3424 Interpellation urgente Frick: Transparence et sécurité en matière de gestion des avoirs du 2e pilier; 06.3430 Interpellation urgente Gentil et 06.3427 Interpellation Groupe socialiste: Transactions Swissfirst-Bank am Bellevue. Conséquences pour les assurés LPP; 06.3441 Interpellation Groupe radical et 06.3449 Interpellation Forster-Vannini: Surveillance des caisses de pensions), s'est également exprimé en faveur de l'examen et de l'inclusion de mesures supplémentaires de gouvernance dans la réforme en cours, car il est nécessaire de renforcer les mesures introduites par la 1re révision de la LPP. De plus, l'intérêt pour la prévoyance et le besoin de contrôle s'avèrent toujours plus importants pour les assurés. Trois motions du conseiller national Rudolf Rechsteiner (06.3456, 06.3457 et 06.3458) sont encore pendantes; en accord avec leur auteur, le Conseil fédéral attend, pour y répondre, l'adoption du message sur la réforme structurelle. 1.5 Rapports avec le droit européen Dans le cadre des accords bilatéraux avec l'Union européenne, la Suisse a repris le règlement (CEE) no 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Ce règlement vise uniquement la prévoyance vieillesse légale et non pas la prévoyance surobligatoire. En outre, il ne concerne que la coordination des différents régimes d'assurances sociales, l'aménagement de ces régimes demeurant de la compétence des Etats. Par ailleurs, la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle a été réglementée dans une directive séparée, la Directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle. Cette directive ne fait toutefois pas partie de l'acquis communautaire repris par la Suisse. De plus, elle ne s'appliquerait que pour la prévoyance surobligatoire et non dans le domaine obligatoire. Au surplus, le présent projet de réforme structurelle est compatible avec le droit de la Communauté européenne, et le droit du Conseil de l'Europe ne comporte pas de normes auxquelles le projet est susceptible de contrevenir.

5405 1.6 Classement d'interventions parlementaires Nous proposons de classer 8 interventions parlementaires. La motion Widrig «Cais- ses de pensions. Contrôle de l'actif du bilan» (98.3076), transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 mars 2000, demande d'institutionnaliser les spécialistes en placement dans la prévoyance professionnelle. Cette demande a été prise en compte par le présent message dans la mesure où il définit les différentes facettes de l'activité de placement pour chacun des acteurs dans ce domaine et prévoit également une collaboration des spécialistes en placement. Le postulat Hess Walter «Contrôle de la prévoyance professionnelle par la Confédération» (02.3405), qui demandait l'examen de la double surveillance et l'amélioration de la haute surveillance, peut être considéré comme réalisé avec le présent message. Les exi- gences du postulat «Deuxième pilier. Instaurer un contrôle et créer la transparence» (02.3429) du Groupe de l'Union démocratique du centre, qui demandait plus de transparence et une révision de la surveillance des fondations collectives, ont déjà été en majeure partie réalisées avec la 1re révision de la LPP (autonomisation des fondations collectives, organe suprême paritaire) et la question d'une autorité de surveillance spécifique pour les fondations collectives a été examinée par le présent message. Le postulat «Surveillance intégrale exercée sur les institutions de pré- voyance professionnelle» (02.3453), transmis le 28 novembre 2002, exige la créa- tion d'une autorité supérieure de surveillance pour toutes les institutions de la pré- voyance professionnelle, avec également des compétences en matière de politique financière et de placement. Dans son message du 1er février 2006¹⁷ sur la surveil- lance des marchés financiers, le Conseil fédéral a décidé que la prévoyance profes- sionnelle ne sera pas intégrée dans l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). L'assujettissement des fondations de placement doit cependant encore être examiné. Le point 2 de l'intervention «Sécurité et confiance en matière de deuxième pilier» (02.3401) du Groupe radical-libéral a été adopté comme motion. Il demande d'améliorer la surveillance dans le deuxième pilier et d'instaurer une structure de surveillance indépendante, extérieure à l'administration. Cette demande a été prise en compte par le présent message. La motion du Groupe socialiste «Sur- veillance des assurances» (02.3418), qui demande d'améliorer la surveillance des caisses de pensions et des assurances-vie collectives, a été satisfaite, d'une part, par la révision de la loi sur la surveillance des assurances (LSA) et, d'autre part, par le présent projet de révision de la LPP. Enfin, la 1re révision de la LPP (surveillance du pilier 3a), la révision de la LSA (délimitation entre la surveillance des assurances et la surveillance de la prévoyance) ainsi que la présente optimisation de la surveil- lance du 2e pilier ont permis de régler la question de la «Surveillance uniforme par la Confédération de toutes les institutions de prévoyance professionnelle» (03.3430) demandée par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats. Le postulat de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (06.3660), qui demandait l'examen de l'assujettissement à la loi sur la surveillance des marchés financiers des autres intermédiaires financiers tels que les caisses de pensions, était déjà satisfait pour l'essentiel, puisque le Conseil fédéral a décidé de ne pas assujettir les gérants de fortune indépendants à ladite loi. Le présent projet rend obsolète la question supplémentaire de l'assujettissement des institutions de prévoyance à la FINMA.

E. 17

FF 2006 2741

5406 1.7 Adaptation rédactionnelle d'autres articles La présente révision prévoit également certaines adaptations rédactionnelles qui ne concernent pas la réforme structurelle mais qui sont rendues nécessaires en raison de l'entrée en vigueur de la 1^{re} révision de la LPP: – L'art. 33 LPP est abrogé. – Les renvois dans l'art. 26, al. 3, LPP, l'art. 47, al. 2, LPP, l'art. 9, al. 2, LFLP et l'art. 19 LFLP sont corrigés. 2 Commentaire des modifications 2.1 Modification de la LPP Art. 26, al. 3 La référence à l'art. 2, al. 1bis, LPP doit être corrigée, car cette disposition sur les bénéficiaires d'indemnités de chômage a été déplacée de l'al. 1bis à l'al. 3 avec l'entrée en vigueur de la 1^{re} révision de la LPP. Art. 33 Prestations minimales pendant la période transitoire L'art. 33 LPP peut être abrogé, puisque la décision qu'il n'y aura plus de définition des prestations minimales, prise dans le cadre du 2^e paquet de la 1^{re} révision de la LPP, l'a vidé de son sens. Art. 47, al. 2 La référence à l'art. 2, al. 1bis, LPP doit être corrigée, car cette disposition sur les bénéficiaires d'indemnités de chômage a été déplacée de l'al. 1bis à l'al. 3 avec l'entrée en vigueur de la 1^{re} révision de la LPP. Art. 49, al. 2, ch. 7, 9, 10, 14 et 15 Cet article est adapté aux modifications effectuées. Les ch. 7 (gestion paritaire et tâches de l'organe suprême) et 9 (agrémentation et tâches des organes de contrôle) sont élargis, le ch. 10 (conflits d'intérêts) est complété par la mention des dispositions régissant l'intégrité et la loyauté des responsables ainsi que les actes juridiques passés avec des proches; au ch. 14, le renvoi aux articles y relatifs (nouveaux) est adapté, et le ch. 15 peut être biffé étant donné l'abrogation de l'art. 63a LPP. Art. 51, al. 6 et 7 La formation des représentants des salariés et de l'employeur est une mesure importante de garantie de la qualité de la prévoyance professionnelle. La responsabilité de cette formation doit donc être définie comme une tâche de l'organe suprême et être réglée dans le nouvel art. 51a, raison pour laquelle les al. 6 et 7 sont abrogés.

5407 Art. 51a (nouveau) Tâches de l'organe suprême de l'institution

de prévoyance La LPP en vigueur ne contient pas d'énumération explicite des tâches de l'organe suprême. Les obligations légales visent toujours l'institution de prévoyance elle-même. Il est cependant essentiel que la marge d'appréciation et partant la responsabilité des différents organes soient clairement réglées. Il convient donc de regrouper dans un nouvel article les tâches et les responsabilités de l'organe suprême. L'al. 1 énonce les tâches de l'organe suprême sous forme de principes. L'organe suprême détermine les principes et les objectifs stratégiques de l'institution de prévoyance. Ceux-ci portent en premier lieu sur le système de financement, les objectifs en matière de prestations et les plans de prévoyance, ainsi que les principes et les objectifs relatifs au placement de la fortune. L'organe suprême décide des principes de la politique de placement sur la base de la capacité de risque de l'institution de prévoyance. Il définit l'organisation de l'institution de prévoyance et les moyens permettant d'atteindre les objectifs. De plus, il est responsable de l'accomplissement des tâches que la loi confie à l'institution de prévoyance. L'organe suprême a la possibilité de déléguer certaines tâches. Il est cependant des tâches de gestion essentielles qu'il ne peut déléguer, mais doit remplir lui-même. L'al. 2 les énumère. Elles comprennent la définition du système de financement (organisation de ce système et fixation des cotisations), des objectifs en matière de prestations (primauté des cotisations ou primauté des prestations), des plans de prévoyance (revenu assuré, bonifications de vieillesse, types de prestations) et des principes relatifs à l'affectation des fonds libres (rapport entre l'indexation des rentes et l'amélioration des expectatives de prestations pour les assurés actifs, conditions des réductions de cotisations), l'édiction et la modification de règlements, l'approbation des comptes annuels, le choix des bases techniques déterminantes

(par exemple bases CFA, VZ Zurich, LPP 200x) et du taux d'intérêt technique, la définition de l'organisation de l'institution de prévoyance (aussi pour éviter les conflits d'intérêts), l'organisation de la comptabilité (en particulier le reporting et le control-ling), la garantie de l'information des assurés (actifs et rentiers), celle de la formation initiale et de la formation continue des représentants des salariés et de l'employeur, la nomination et la révocation des personnes chargées de la gestion (également dans le cas d'une administration externe, en tenant compte des dispositions sur l'intégrité et la loyauté), la prise de décision en matière de réassurance (assurance complète, assurance-risque, assurance stop-loss, etc.) et touchant le réassureur, la définition des principes et des objectifs tant en matière de placement de la fortune (rendements cibles, exercice des droits de vote, etc.) que d'exécution et de surveillance des processus de placement (choix et révocation des gestionnaires de fortune, garantie de leur loyauté par des mesures appropriées), de même que le contrôle périodique de la concordance entre la fortune placée et les engagements de l'institution de prévoyance. Ces tâches sont valables aussi bien pour l'organe paritaire d'une caisse de pension d'entreprise que pour l'organe suprême d'une institution collective ou commune. Une réserve ne s'impose que pour les institutions de prévoyance de droit public, lorsque les collectivités publiques concernées fixent les dispositions correspondantes dans une loi. Ces dispositions sont aussi applicables par analogie aux institutions de prévoyance constituées sous forme de coopérative. L'al. 3 règle quelles tâches l'organe suprême peut déléguer et à qui au sein de ce même organe. Il n'est pas obligé d'accomplir toutes ses tâches lui-même et de mobiliser son effectif complet. Il peut en particulier confier la préparation ou l'exécution de ses

5408 décisions à certains de ses membres, individuellement ou collectivement. Mais c'est lui qui reste responsable au premier chef de la prise des décisions et des conséquences qui en résultent en responsabilité civile. Toutefois, lorsque des tâches sont déléguées, les autres membres de l'organe suprême doivent être régulièrement informés. Cette obligation est double: d'un côté, les délégués doivent fournir des informations, mais de l'autre, l'organe suprême est tenu d'exiger ces informations. Il convient de rappeler le devoir général de diligence de l'organe suprême selon l'art. 55 CO (cura in eligendo, instruendo et custodiendo) en particulier en cas de délégation d'affaires à des tiers: lors du choix des personnes ou institutions mandatées, l'organe suprême doit contrôler la formation, l'expérience, la bonne réputation, l'application et la fiabilité de celles-ci ainsi que la garantie d'une activité irréprochable. Cela implique aussi la prise en considération d'éventuels conflits d'intérêts. L'organe suprême doit instruire convenablement les personnes qu'il engage ou qu'il mandate. Il doit également surveiller les personnes ou institutions mandatées (internes ou externes). Il y a lieu de déterminer précisément l'étendue et l'intensité de ce devoir de surveillance. Par exemple, l'étendue et l'intensité de la surveillance seront plus grandes à l'égard des gérants de fortune, si ceux-ci ne sont soumis ni à la surveillance des banques, ni à la surveillance des assurances. Dans les institutions de prévoyance les plus grandes, il peut se justifier de confier cette tâche à une instance de contrôle interne, indépendante (service «compliance»). Il incombe également à l'organe suprême de veiller à une bonne organisation de l'institution de prévoyance. L'al. 4 correspond à l'actuel art. 51, al. 7, à ceci près qu'il est impératif que l'organe suprême décide du versement d'une indemnité équitable. Art. 51b (nouveau) Intégrité et loyauté des responsables Jusqu'ici, seul l'art. 48h OPP 2 contenait certaines exigences concernant les aptitudes des gestionnaires de fortune. Il est vrai que l'actuel art. 51, al. 6, LPP (qui devient l'art. 51a, al. 2, let. i) prévoit l'obligation de garantir la formation initiale et la

formation continue des membres de l'organe suprême, mais une disposition générale relative aux qualités des personnes qui assument la gestion ou l'administration de l'institution de prévoyance ou une partie de celle-ci fait défaut. Il n'est cependant toujours pas prévu de définir certaines connaissances ou formations préalables comme conditions à l'exercice de fonctions dirigeantes, en particulier pour les membres de l'organe suprême, car dans un système où la composition de ce dernier est paritaire, de telles conditions en matière de qualité seraient difficiles à imposer comme préalable à une candidature. L'al. 1 se borne par conséquent à prévoir que les personnes chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'administrer sa fortune doivent jouir d'une bonne réputation et offrir toutes les garanties d'une activité irréprochable. Des formulations analogues se trouvent déjà dans d'autres lois en lien avec la surveillance financière (notamment art. 3, al. 2, let. c, LB18; art. 14, al. 1, let. a, LPCC19; art. 12, al. 1, let. a, LMJ20; art. 40 LCC21 en corrélation avec l'art. 4, al. 1, OLCC22); de ce fait, une pratique en la matière existe déjà.

E. 18

RS 952.0

E. 19

RS 951.31

E. 20

RS 935.22

E. 21

RS 221.214.1

E. 22

RS 221.214.11

5409 Cette disposition donne aux autorités de surveillance la possibilité de relever de leurs fonctions d'éventuels «moutons noirs» de la branche. La bonne réputation et la garantie d'une activité irréprochable se réfèrent à l'exercice des tâches de la personne. Pour dénier la bonne réputation d'une personne, il faut être en présence d'un délit d'une certaine gravité, par exemple un délit d'ordre financier commis par la personne dans le cadre de ses fonctions. Par contre, de simples contraventions, liées par exemple à la circulation routière, ne sont pas, a priori, de nature à remettre en question la bonne réputation d'un gérant ou d'un administrateur. L'al. 2 énonce une chose qui au fond devrait aller de soi: les organes et les employés d'une institution de prévoyance doivent toujours faire passer les intérêts de cette dernière avant leurs intérêts personnels. Des mandataires externes, comme un gérant ou un gestionnaire de fortune, doivent eux aussi prendre les mesures organisationnelles qui s'imposent pour éviter des conflits d'intérêts entre eux ou d'autres clients et l'institution de prévoyance, excluant ainsi les désavantages qui pourraient en résulter pour cette dernière (principe de l'égalité de traitement). L'organe suprême a l'obligation de veiller à ce que ces principes soient observés. Art. 51c (nouveau) Actes juridiques passés avec des personnes proches Selon l'al. 1, il faut éviter que l'institution de prévoyance passe des actes juridiques dans des conditions défavorables, c.-à-d. susceptibles de lui causer un dommage. Une interdiction générale de passer certains actes juridiques, considérés comme délicats, avec des personnes proches ne serait toutefois pas réalisable en l'absence d'états de faits suffisamment précis. Il est fréquent que, dans deux situations pratiquement identi-

soit souhaitable de conclure l'affaire dans le premier cas mais nécessaire d'y renoncer dans le second. Ce problème de différenciation se pose notamment pour les actes juridiques passés avec l'employeur: si par exemple l'institution de prévoyance conclut un contrat de gestion de fortune avec l'employeur ou son chef financier, il peut en résulter des synergies et le savoir-faire interne peut être utilisé; mais d'un autre côté, il y a risque que l'employeur exige des frais de gestion trop élevés. Un problème similaire se pose en cas de vente immobilière: lorsqu'un employeur ne peut pas vendre un immeuble ou qu'il a un besoin urgent de liquidités, il peut arriver qu'une institution de prévoyance intervienne et acquière l'immeuble. Si le prix d'acquisition correspond au prix usuel du marché, l'affaire ne prête pas le flanc à la critique. Par contre, si la transaction n'est pas conforme aux conditions habituelles du marché, c.-à-d. si l'institution de prévoyance a acheté l'immeuble à un prix trop élevé, il en résulte pour elle un certain risque; en d'autres termes, l'intérêt de l'employeur a été surévalué. Toutefois, une telle acquisition ne doit pas a priori être interdite ou invalidée: si elle permet de sauver l'entreprise et qu'en fin de compte les assurés en profitent aussi, il ne serait guère possible d'imposer la nullité d'une telle opération. L'état de faits amenant à considérer un acte juridique comme délicat doit être formulé de manière relativement ouverte et un examen du cas particulier doit être prévu. Un tel examen incombe à l'organe de révision. Contrairement à ce qui avait été proposé initialement, le présent message ne prévoit pas un examen préalable des actes juridiques passés avec les proches. En effet, une telle procédure serait lourde, coûteuse et préjudiciable à la sécurité du droit. Pour ces motifs, les actes juridiques passés avec des membres de l'organe suprême, avec l'employeur affilié ou avec des personnes physiques ou morales chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'administrer sa fortune, ainsi qu'avec des 5410 personnes physiques ou morales proches des personnes précitées, doivent, aux termes de l'al. 2, être annoncés à l'organe de révision au moment de la remise des comptes annuels; ce dernier devra examiner, au cas par cas, si les relations contractuelles sont équilibrées. Sont considérés comme proches les conjoints, les parents, ainsi que les sociétés contrôlées économiquement par les personnes citées. Si l'organe de révision constate qu'un acte juridique passé avec des proches est abusif ou ne se conforme pas aux conditions usuelles du marché, il devra en informer l'autorité de surveillance compétente, laquelle prendra les mesures nécessaires (al. 3). Art. 52, al. 1 et 4 (nouveau) Cette disposition règle la responsabilité de l'organe de révision et correspond à l'art. 53, al. 1bis, en vigueur. Il convient, pour des raisons de systématique, de l'ajouter aux autres dispositions relatives à la responsabilité, c.-à-d. à l'art. 52. Art. 52a (nouveau) Vérification Cette disposition correspond matériellement à l'actuel art. 53, al. 1 et 2, LPP. Il oblige l'institution de prévoyance à faire exercer un contrôle par un organe de révision et par un expert en matière de prévoyance professionnelle. Al. 2: L'organe de direction de l'institution de prévoyance – et non pas l'organe de révision – est responsable d'informer l'autorité de surveillance et les experts LPP du résultat de la révision. L'autorité de surveillance pourra, comme jusqu'ici, exiger la remise du rapport complémentaire destiné en premier lieu à la gestion opérationnelle, si cela s'avère nécessaire pour la surveillance de l'institution dans le cas particulier et, le cas échéant, pour celle de l'organe de révision. Le principe selon lequel les assurés ne reçoivent pas automatiquement le rapport de révision mais peuvent le demander en tout temps est maintenu pour des raisons de praticabilité. Art. 52b (nouveau) Agrément des organes de révision dans la

prévoyance professionnelle La loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision (LSR)²³ règle l'agrément des sociétés de révision et des réviseurs qui fournissent des prestations en matière de révision dans des domaines réglementés par la loi. Elle vise à unifier et à améliorer la qualité desdites prestations. Les dispositions de la LSR visent toutes les formes de personnes juridiques à contrôler, y compris les fondations et les coopératives de droit privé; elles ne s'appliquent aux institutions de prévoyance que dans la mesure où la LPP renvoie à la LSR. Selon l'al. 1, pour qu'une personne ou une entreprise puisse exercer une activité de révision dans le domaine de la prévoyance professionnelle, il faut qu'elle obtienne l'agrément en tant qu'expert-réviseur conformément à la LSR. Comme les autres qualifications permettant d'être agréé encore prévues aujourd'hui à l'art. 33, let. a, c et d OPP 2 devraient être supprimées en grande partie, les critères d'agrément définis par la LSR coïncident avec ceux prévus jusqu'ici par l'OFAS en vertu de l'art. 33, let. c, OPP 2, si bien que l'on peut renoncer à des conditions d'agrément

E. 23

FF 2005 6867

5411 supplémentaires. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire de tenir un registre spécifique, puisque l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision tiendra un registre central. Sur la base de l'al. 2, le Conseil fédéral se réserve cependant le droit de fixer par voie d'ordonnance des conditions d'agrément supplémentaires pour la révision d'institutions particulières comme les institutions collectives, les institutions communales, les fondations de libre passage et les institutions du pilier 3a Art. 52c (nouveau) Tâches de l'organe de révision L'al. 1 regroupe, détaille et complète les tâches de vérification assignées à l'organe de révision, qui étaient précédemment réglées au niveau de la loi et de l'ordonnance: – les let. a et b correspondent aux actuels art. 53, al. 1, LPP et 35, al. 1, let. a et b, OPP 2. La vérification des comptes de vieillesse selon la LPP (compte témoin) est inscrite dans la loi; – la let. c assigne à l'organe de révision la tâche de vérifier si l'organe suprême s'est assuré de manière appropriée que la fortune de placement correspond aux engagements de l'institution de prévoyance, compte tenu du type et de la taille de cette dernière, et si la politique de placement est conforme aux prescriptions légales et réglementaires en matière de placements; – la let. d reprend l'obligation actuellement définie à l'art. 35, al. 1, let. c, OPP 2 en rapport avec la loyauté dans la gestion de fortune. Avec l'extension prévue des dispositions des art. 48f à 48h OPP 2 en matière de loyauté, l'organe de révision doit aussi vérifier si l'organe suprême contrôle suffisamment le respect de ces dispositions; – la let. e renvoie à l'obligation d'utiliser conformément aux dispositions légales et réglementaires, au titre de fonds libres ou de participation aux excédents, les gains obtenus après attribution aux provisions et réserves. Seule l'utilisation des participations aux excédents résultant des contrats d'assurance est aujourd'hui réglementée dans la loi (art. 68a LPP); – la let. f reprend les obligations qui découlent pour l'organe suprême des mesures en cas de découvert prévues par l'art. 65d LPP. L'organe de révision doit vérifier en particulier s'il existe un règlement en vue de résorber le découvert dans un délai approprié, règlement tenant compte de la situation particulière de l'institution de prévoyance, notamment de la structure de ses placements et de ses engagements, ainsi que de l'évolution probable de l'effectif de ses assurés et de ses bénéficiaires de rentes (art. 65d, al. 2). Cette vérification s'impose notamment dans les cas prévus à l'art. 65d, al. 3, lorsque des cotisations ou des contributions d'assainissement sont prélevées auprès de l'employeur et des salariés ou des bénéficiaires de rentes; – la let. g exige la vérification du respect de toutes les obligations

d'informer. La LPP prévoit qu'en diverses situations, plusieurs acteurs sont tenus d'aviser l'autorité de surveillance, en particulier l'expert en matière de prévoyance professionnelle, lorsque la situation de l'institution de prévoyance exige une intervention rapide, que son mandat expire ou que l'organe suprême a fixé un taux d'intérêt technique différent de celui qu'il proposait. Par ailleurs, les comptes annuels doivent être remis avec le rapport de révision, de même que les règlements et d'autres documents. L'organe de révision doit vérifier que toutes ces communications ont eu lieu dans les délais. – la let. h exige la vérification des actes juridiques visés à l'art. 51c LPP. Al. 2: Deux instruments d'information sont utilisés en pratique aujourd'hui: – Certification des comptes (ou, selon la terminologie de la Chambre fiduciaire, «Rapport de l'organe de contrôle sur la vérification des comptes annuels au ...»): l'organe suprême est informé brièvement de l'étendue de la vérification, de la méthode appliquée et du résultat du contrôle au moyen d'une attestation standardisée. Si la vérification ne donne lieu à aucune remarque particulière, il est établi que les comptes annuels, la gestion et le placement de la fortune, ainsi que (pour les institutions enregistrées) les comptes de vieillesse de l'institution de prévoyance, satisfont aux prescriptions de la loi, des statuts et des règlements. Dans ces conditions, les vérificateurs recommandent en général d'approuver les comptes annuels. Beaucoup d'institutions de prévoyance remettent aux assurés la certification des comptes et les comptes annuels complets; dans d'autres cas, les assurés reçoivent une information sommaire de la part de l'organe de gestion et peuvent obtenir sur demande une copie de la certification et des comptes annuels. – Rapports complémentaires: souvent, la certification proprement dite est complétée par des procès-verbaux d'entretiens, une «management letter» et un rapport explicatif. Très fréquemment, ces différents documents sont remis à des destinataires distincts; en d'autres termes, un membre de la direction ou de l'organe suprême ne dispose pas toujours de tous ces rapports. Les autorités de surveillance ne reçoivent pas ces rapports qui servent en premier lieu à la gestion opérationnelle, mais elles ont la possibilité de les exiger dans des cas particuliers. Les assurés n'y ont pas accès. Du fait de la restructuration des tâches de vérification, le contenu du rapport annuel ordinaire doit lui aussi être modifié. La mention des comptes annuels doit montrer que le rapport de l'organe de révision et les comptes annuels certifiés constituent un seul et même élément d'information. Al. 3: Afin que, selon les cas, les informations fournies soient suffisamment détaillées, la possibilité d'établir des rapports complémentaires est inscrite dans la loi. Il serait toutefois excessif d'exiger que de tels rapports soient fournis dans tous les cas. Pour le reste, il doit être garanti à l'avenir que l'ensemble des membres de l'organe suprême soient informés en détail du contenu et du résultat du contrôle effectué par l'organe de révision. Comme jusqu'ici, l'organe de révision doit pouvoir discuter des résultats à l'échelon approprié avec les représentants de la gestion opérationnelle, mais tous ses rapports écrits doivent être mis à la disposition de l'organe suprême. L'al. 4 concerne la relation entre les organes de révision, les associations professionnelles, les autorités de surveillance et la Commission de haute surveillance. Les aspects suivants sont concernés: – Système institutionnalisé d'annonce entre autorités de surveillance et associations professionnelles des organes de révision: si, dans l'exercice de leur activité, les autorités de surveillance constatent des manquements liés aux opérations de vérification des organes de révision, ces constatations sont

5413 transmises, par l'intermédiaire de la Commission de haute surveillance, à l'association professionnelle des organes de révision concernée, en vue d'obtenir une amélioration

générale de la qualité. – Définition de domaines particuliers soumis à vérification: la Commission de haute surveillance doit pouvoir définir des domaines particuliers que les organes de révision auront à vérifier dans des délais déterminés, afin d'assurer une prise en compte généralisée de thèmes d'actualité, ou l'analyse de l'application de nouvelles dispositions de loi ou d'ordonnance (par exemple la mise en œuvre de la parité dans l'organe suprême après l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP). Art. 52d (nouveau) Agrémentation des experts en matière de prévoyance

professionnelle Une nouvelle règle est introduite: pour exercer dans le domaine de la prévoyance professionnelle, les experts en matière de prévoyance professionnelle doivent aussi obtenir préalablement l'agrément de la Commission de haute surveillance (al. 1). Là encore, tant des entreprises que des personnes physiques peuvent être agréées. Dans le cadre de la procédure d'agrément, les entreprises doivent prouver que tous leurs employés qui exerceront la fonction d'expert en matière de prévoyance professionnelle remplissent personnellement les conditions requises pour être agréés. Outre les qualifications spécifiques exigées, telles que la formation professionnelle, l'expérience (pratique) professionnelle et la connaissance du droit en vigueur, les experts en matière de prévoyance professionnelle doivent jouir d'une bonne réputation et être fiables (al. 2). Les critères professionnels et personnels sont généralement précisés par les associations professionnelles, qui élaborent des normes de qualité définissant plus précisément les critères d'agrément (al. 3). La Commission de haute surveillance confère force obligatoire aux normes de qualité dont elle approuve le contenu. Plusieurs associations professionnelles peuvent être compétentes pour l'élaboration d'une norme de qualité. Si elles ne peuvent se mettre d'accord sur une norme, ou si la Commission de haute surveillance n'approuve pas une norme de qualité qui lui a été soumise, elle fixe elle-même les critères d'agrément. Les experts en matière de prévoyance professionnelle sont agréés pour une durée de cinq ans. Durant ces cinq ans, la Commission de haute surveillance peut retirer son agrément si elle apprend, par exemple par une communication des associations professionnelles ou de l'autorité de surveillance, que dans un cas donné les conditions d'agrément ne sont plus remplies. L'agrément expire automatiquement au terme des cinq ans. Sur demande, la Commission de haute surveillance examine si les conditions d'agrément sont toujours remplies et, le cas échéant, elle renouvelle l'agrément pour cinq ans (al. 4). Art. 52e (nouveau) Tâches de l'expert en matière de prévoyance

professionnelle L'al. 1, let. a et b, correspond pour l'essentiel à l'actuel art. 53, al. 2, à ceci près qu'à la let. a la locution «en tout temps» a été supprimée, étant donné que l'art. 65c autorise un découvert temporaire, en dérogation au principe posé par l'art. 65, al. 1. De plus, un examen périodique ne suffit pas à assurer que l'institution de pré-

5414 voyance garantisse véritablement en tout temps qu'elle peut remplir ses engagements. Aux termes de l'al. 2, l'expert soumet à l'organe suprême ses recommandations sur le niveau du taux d'intérêt technique et sur les autres bases techniques. L'expert a une fonction consultative. Selon l'al. 3, l'expert doit intervenir lorsque l'organe suprême ne donne pas suite à ses recommandations. Si l'institution de prévoyance ne suit pas ses recommandations et que la sécurité de celle-ci s'en trouve compromise, il doit en informer l'autorité de surveillance. Celle-ci décidera alors de la suite à donner. L'al. 4 accorde au Conseil fédéral la compétence de régler les rapports entre l'expert et les autorités de surveillance ou la Commission de haute surveillance. Cette disposition doit être mise en

relation avec les nouveaux art. 62a, al. 2, let. b, et 64a, al. 1, let. f. La première de ces dispositions accorde à l'autorité de surveillance la compétence de donner à l'expert des directives dans des cas particuliers, la seconde reconnaît à la Commission de haute surveillance la compétence d'édicter à l'attention des experts des directives générales. Art. 53 Contrôle L'art. 53 peut être abrogé, car ces dispositions sont remplacées par celles des nouveaux art. 52a à 52e. Art. 53a Dispositions d'exécution Une disposition contenant une clause générale va dorénavant figurer au niveau de la loi (art. 51b) pour éviter des conflits d'intérêts et c'est la raison pour laquelle l'art. 53a a été adapté sur le plan rédactionnel (l'actuelle let. b peut être biffée). Les actuels art. 48f et 48g OPP 2 doivent être complétés de la manière suivante: Une interdiction du parallel running sera également mentionnée à la let. c de l'art. 48f, al. 2, OPP 2, c.-à-d. qu'il ne sera plus permis d'effectuer des opérations de placement en parallèle avec des transactions pour le compte de l'institution de prévoyance. La pratique a démontré qu'il n'est pas toujours facile de distinguer le front running du parallel running et qu'il n'y a pas toujours de raison évidente pour qu'un gestionnaire de fortune comprenne qu'il ne doit pas traiter en même temps ses affaires privées et celles de l'institution de prévoyance. Il devrait lui-même clairement distinguer quand il répond de sa gestion à l'égard de l'employeur ou du mandant et quand il traite pour son propre compte. L'art. 48f, al. 3, OPP 2 énonce le principe selon lequel les personnes et institutions chargées de gérer et d'administrer l'institution de prévoyance ou de placer et d'administrer la fortune de prévoyance doivent lui restituer tous les avantages financiers obtenus de tiers en rapport avec l'exercice de ces activités. Ne sont pas concernés par cette disposition les cadeaux bagatelle et les cadeaux occasionnels d'usage. Ce principe est déjà concrétisé dans le cadre du mandat (art. 400, al. 1, CO) et du contrat de travail (art. 321b, al. 1, CO) et est ainsi repris explicitement dans la présente réglementation. Par ailleurs, un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 132 III 460) l'a récemment confirmé. Ce devoir de restitution doit être de nature impérative, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être modifié par d'autres dispositions contractuelles expresses.

5415 L'art. 48g OPP 2 (avantages financiers personnels: annonce) est complété en ce sens que les personnes et institutions chargées de gérer et d'administrer l'institution de prévoyance ou de placer et d'administrer la fortune de prévoyance doivent transmettre chaque année à l'organe paritaire une déclaration écrite confirmant qu'elles ont respecté l'art. 48f OPP 2. Les personnes et institutions auxquelles s'appliquent la loi sur les banques n'ont pas besoin de fournir une telle déclaration écrite. L'organe suprême examinera les données fournies dans la déclaration. Il va vérifier l'exactitude de ces dernières par un échantillonnage qui doit être adapté à la grandeur et à la structure de l'institution de prévoyance. L'organe suprême de grandes institutions de prévoyance qui possèdent déjà un mécanisme de contrôle interne peut lui déléguer cette tâche. Il est également possible que l'organe suprême confie à un organe externe le soin de contrôler les données contenues dans la déclaration. Les personnes concernées par cet examen ne doivent communiquer à l'organe de contrôle compétent leur situation de fortune que dans la mesure où cela est nécessaire pour confirmer l'exactitude de la véracité de leur déclaration. Art. 61 Autorité de surveillance Par rapport à la LPP actuelle, la modification apportée à l'al. 1 est purement rédactionnelle. Comme jusqu'à présent, cette disposition s'applique non seulement aux institutions enregistrées au sens de la LPP mais aussi à toutes les institutions dont le but est la prévoyance. Elle vise tant les institutions de droit public que de droit privé actives au niveau régional, national ou international. C'est toujours le principe du siège qui prévaut, à savoir que le canton responsable de la surveillance est celui sur le territoire duquel

l'institution de prévoyance à son siège. L'al. 2 donnait jusqu'ici au Conseil fédéral la compétence de fixer à quelles conditions les institutions de prévoyance et les institutions qui servent à la prévoyance sont soumises à la surveillance de la Confédération. Cette disposition doit être abrogée, puisque le présent projet de loi prévoit que ces institutions ne sont plus soumises à une autorité administrative fédérale mais à une surveillance cantonale ou régionale. La nouvelle version de l'al. 2 donne aux cantons la possibilité de former une autorité régionale de surveillance, en particulier lorsqu'un canton ne dispose pas à lui seul des ressources suffisantes pour remplir les exigences légales en matière de surveillance. L'al. 3 concrétise le principe fondamental selon lequel l'autorité de surveillance, quelle soit cantonale ou régionale, doit être indépendante sur les plans légal, financier et administratif. Elle satisfait ainsi au vœu de la commission «Optimisation». Il n'y a aucune raison si l'on exige l'indépendance de la Commission de haute surveillance qu'il n'en soit pas de même pour ce qui est de la surveillance cantonale. En effet, des risques de collusions ou des conflits d'intérêts existent aussi au niveau des cantons. Par exemple, les autorités cantonales exercent la surveillance sur les institutions de prévoyance de droit public, qui, par définition, dépendent également d'un service administratif cantonal (en général le service cantonal des finances). A l'heure actuelle, les personnes chargées de la surveillance sont en principe également soumises au personnel de l'administration cantonale et, par conséquent, aux directives de cette dernière. Elles ne disposent donc pas de la liberté nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches (budget, limitation du personnel, etc.). La formu-

5416 lation de cette disposition laisse cependant au législateur cantonal une certaine liberté d'appréciation quant aux moyens permettant de délimiter cette autonomie. En particulier, dans les domaines tels que l'obligation de rapporter sur l'exercice de la surveillance, l'approbation de la nomination des personnes responsables, la rémunération du personnel, la manière de fixer les taxes d'émolument, ainsi qu'aux formes juridiques envisageables d'autorité décentralisée. Néanmoins, compte tenu de l'importance et des exigences croissantes de la surveillance dans l'application de la prévoyance professionnelle ainsi que de la nature de l'activité de surveillance relevant de la puissance publique, elle instaure une norme qui définit clairement dans quel domaine doit s'exercer cette autonomie. Ainsi, il est impératif que l'autorité de surveillance ne soit pas soumise à des directives administratives et que son personnel ne dépende pas de la politique budgétaire du canton. Ce n'est qu'ainsi qu'on peut garantir que la surveillance des acteurs du système soit impartiale et non soumise à des pressions politiques. La responsabilité des autorités de surveillance ne sera pas réglée expressément par une disposition de la LPP. L'art. 52 LPP se réfère uniquement aux organes de l'institution de prévoyance. La responsabilité pour un dommage éventuel qui serait causé par les autorités de surveillance cantonales est déterminée par le droit cantonal. La responsabilité étatique cantonale est causale dans la plupart des cantons. Art. 62, al. 1, phrase introductive et let. a, et 2 L'al. 1, par rapport à l'ancienne teneur, donne une nouvelle tâche à l'autorité de surveillance, qui consiste à veiller à ce que les experts en matière de prévoyance professionnelle ainsi que les organes de révision se conforment aux prescriptions légales. L'autorité de surveillance ne prend donc plus simplement connaissance des rapports de l'organe de révision ou de l'expert, conformément à la let. c de cette disposition. En outre, conformément à l'art. 62, al. 1, let. d, LPP, si elle constate des insuffisances, elle est tenue de prendre des mesures propres à les éliminer. En pratique, avant l'inscription au registre du commerce d'une institution de prévoyance, le préposé requiert de l'autorité de surveillance compétente une approba-

formelle de conformité à la loi des statuts et règlements. Le complément apporté à la let. a ne fait donc que concrétiser ce qui existe déjà en pratique. Il renforce ainsi légalement le pouvoir d'examen de l'autorité de surveillance et l'étend aux statuts de l'institution de prévoyance. A noter que la notion de statuts s'applique aussi bien à la fondation qu'à l'acte constitutif de la société coopérative au sens des art. 830 ss CO. L'obligation d'employer la fortune de prévoyance conformément à sa destination n'est aujourd'hui formulée que dans le droit des fondations (art. 84, al. 2, CC). Pour ce qui est des institutions de prévoyance sous forme de fondation, qui est la forme la plus utilisée en pratique, l'art. 89bis, al. 6, ch. 12, CC précise que les art. 61 et 62 LPP s'appliquent aussi à la prévoyance hors-obligatoire. De même, dans le cadre de la prévoyance plus étendue, le nouvel art. 49, al. 2, ch. 16, LPP, suite à la 1re révi- sion de la LPP, se réfère également aux dispositions de la LPP sur la surveillance. En revanche, même si la société coopérative n'est guère utilisée dans la prévoyance professionnelle, pour les institutions de prévoyance qui, selon l'art. 48, al. 2, LPP, ont opté pour cette forme juridique, il convient de s'assurer, en l'absence de disposi- tion particulière afférente au droit de la société coopérative, que la fortune de pré- voyance reste affectée conformément à sa destination. La modification proposée permet donc à l'autorité de surveillance de veiller au respect de cette conformité,

5417 quelle que soit la forme juridique de l'institution de prévoyance. Dans sa nouvelle teneur, l'al. 1 généralise à l'ensemble des institutions de prévoyance le principe de l'utilisation de la fortune de prévoyance conformément à sa destination. Il n'est donc plus nécessaire de renvoyer explicitement à l'art. 84, al. 2, CC. L'al. 2 se réfère également aux art. 85, 86a et 86b CC. Ces dispositions, nouvelles, n'avaient pas encore force obligatoire lors de l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP. Elles viennent compléter les circonstances liées à la modification du but de la fondation en rapport avec le rôle de l'autorité de surveillance. Art. 62a Moyens de surveillance Les instruments mis à la disposition des autorités de surveillance et de la haute surveillance en ce qui concerne le Fonds de garantie et l'Institution supplétive sont regroupés et décrits plus en détail dans un article distinct. Les instruments les plus importants et, en règle générale, les premiers utilisés par une autorité de surveillance sont les rapports de l'expert et de l'organe de révision (al. 1). C'est aussi la raison pour laquelle l'actuel art. 62, al. 1, let. c, qui subsiste, prévoit expressément qu'il appartient à l'autorité de surveillance de prendre connais- sance des rapports de l'organe de révision et de l'expert. Si elle les juge concluants, elle n'a pas besoin de prendre d'autres mesures. En cas de doute, elle peut ordonner une ou plusieurs des mesures énumérées à l'al. 2. Celles-ci sont classées selon la gravité de l'intervention dans le domaine de compétence des organes concernés. La plus clémente est le droit qu'a l'autorité de surveillance de demander des rensei- gnements à l'organe suprême et aux instances de contrôle (let. a), la plus sévère est la sanction de l'inobservation de prescriptions d'ordre (let. i). En cas de violation présumée des dispositions pénales des art. 75 à 77 LPP, qui portent sur des délits poursuivis d'office, l'autorité de surveillance a naturellement le droit de dénoncer le cas. Les mesures prévues par l'al. 2, lorsqu'elles impliquent des prestations de tiers (p. ex. expertises, gestion par des commissaires, etc.), occasionnent des frais sup- plémentaires. Ceux-ci, selon le principe de causalité, seront supportés par l'insti- tution de prévoyance qui a donné lieu à ces mesures (al. 3). Cette disposition incitera l'organe suprême à contrôler avec soin la gestion de l'institution de prévoyance, s'il veut éviter de tomber sous le coup de mesures de l'autorité de surveillance influant sur les coûts et restreignant sa marge de manœuvre dans l'utilisation de la fortune de prévoyance. A noter encore que la formulation de cette disposition permet de mettre les

coûts de surveillance supplémentaires à la charge non seulement des institutions de prévoyance au sens strict mais aussi des institutions qui servent à la prévoyance. Art. 63 La disposition sur la surveillance du Fonds de garantie et de l'Institution supplétive figure désormais à l'art. 64a, al. 3, de sorte que l'art. 63 peut être abrogé. Art. 63a Là où la Confédération exerce encore une surveillance directe (Fonds de garantie et Institution supplétive), celle-ci est le fait de la Commission de haute surveillance. Le financement de cette dernière étant régi par l'art. 64c, l'art. 63a peut être abrogé.

5418 Art. 64 Commission de haute surveillance La haute surveillance doit être exercée par une commission de haute surveillance. Selon l'al. 1, cette dernière est nommée par le Conseil fédéral. C'est une commission décisionnelle permanente au sens des art. 4 et 5 de l'ordonnance sur les commissions²⁴. Elle est composée de sept à neuf membres, qui doivent être des spécialistes indépendants. Cette exigence d'indépendance sera précisée au niveau de l'ordonnance. Les partenaires sociaux disposeront chacun d'un représentant. Par ailleurs, l'exigence d'indépendance est difficilement compatible avec l'exigence de spécialisation, celle-ci reposant forcément sur une expérience pratique. Le Conseil fédéral devra donc gérer cette exigence d'indépendance de manière pragmatique. L'al. 2 stipule que la commission ne reçoit pas de directives du Conseil fédéral et qu'elle dispose de son propre secrétariat permanent. Etant donné que l'objectif visé est une haute surveillance forte, la commission doit se concentrer sur les questions fondamentales et déléguer les affaires courantes à son secrétariat. Les affaires pouvant être déléguées et la manière dont est réglé le droit de signer sont précisées dans un règlement concernant l'organisation et la gestion de la commission, qui doit être approuvé par le Conseil fédéral (art. 64a, al. 1, let. g). La Commission de haute surveillance se situe au sommet d'une véritable « pyramide de surveillance ». C'est donc aux services en amont qu'il appartient de prévenir les dommages dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Sur le modèle de l'art. 19 de la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN), la responsabilité de la Confédération ne doit être engagée pour les actes de la commission ou de son secrétariat que si des devoirs de fonction essentiels ont été violés; elle ne doit pas être engagée non plus pour des fautes commises par ceux qui sont soumis à la haute surveillance de la commission (al. 3). Pour le reste, c'est de la loi sur la responsabilité²⁵, qui s'applique (al. 4). Art. 64a (nouveau) Tâches de la Commission de haute surveillance Alors que les autorités de surveillance cantonales exercent la surveillance sur les diverses institutions de prévoyance, la Commission de haute surveillance a la responsabilité de surveiller le système lui-même. L'al. 1, let. a et b, règle la relation entre la Commission de haute surveillance et les autorités de surveillance. La Commission de haute surveillance veille à l'uniformité de la pratique et émet à cette fin des directives à l'attention des autorités de surveillance cantonales. Elle porte également son attention à ce que ces dernières examinent le respect des dispositions liées au domaine fiscal de la LPP, notamment de l'OPP 2, dans les règlements de prévoyance et assurent l'uniformité de leurs applications dans tous les cantons. Cet examen est essentiel pour les autorités fiscales. Ces directives peuvent être de nature générale ou ne s'adresser qu'à une autorité de surveillance donnée. La Commission de haute surveillance n'est cependant pas habilitée à émettre des directives pour des cas particuliers. Au cas où une autorité de surveillance ne se conforme pas aux directives de la Commission de haute surveillance, sa responsabilité est certainement engagée s'il en résulte un dommage pour

RS 172.31

E. 25

RS 170.32

5419 une institution de prévoyance. Mais ce serait le cas échéant à l'institution de prévoyance de faire valoir, dans une procédure de recours, la non-conformité d'une prescription de l'autorité de surveillance aux directives en question. La Commission de haute surveillance pourrait s'adresser à l'instance à laquelle est subordonnée l'autorité de surveillance si cette dernière contrevient à ses directives. Selon la let. b, la Commission de haute surveillance examine, dans le cadre de son mandat de garantie de la qualité, les rapports annuels de l'autorité de surveillance cantonale et s'adresse à l'instance dont dépend cette autorité si elle fait des constatations qui l'amènent à douter de la qualité de l'autorité de surveillance. La Commission de haute surveillance a aussi la possibilité de procéder à des inspections auprès des autorités de surveillance. Cette possibilité est également prévue dans d'autres domaines dans lesquels la haute surveillance est exercée par la Confédération. La Commission de haute surveillance dispose ainsi d'un instrument efficace pour vérifier sur place, au besoin, dans le cadre d'un audit étendu, l'activité des autorités de surveillance. Elle doit consigner les résultats de cet audit dans un rapport qu'elle portera à la connaissance de l'instance dont dépend l'autorité de surveillance. La let. c accorde à la Commission de haute surveillance la compétence d'élaborer des standards. Il est nécessaire d'introduire une base légale pour ce faire. Lors de l'élaboration des standards, les cercles intéressés seront entendus. Les let. d et e régissent l'admission des experts en matière de prévoyance professionnelle et la tenue d'un registre des experts. Les relations de la Commission de haute surveillance avec les experts en matière de prévoyance professionnelle et les organes de révision sont également régies par la let. f: les directives que la Commission de haute surveillance peut émettre à l'attention des experts et des organes de révision sont seulement de nature générale. On peut penser par exemple à des directives concernant les domaines particuliers à contrôler une année donnée lors de la révision des institutions de prévoyance. La commission édicte un règlement concernant son organisation et sa gestion; ce règlement doit être approuvé par le Conseil fédéral (let. g). Si elle ne reçoit pas de directives du Conseil fédéral, la Commission de haute surveillance doit néanmoins lui rendre des comptes; c'est pourquoi elle lui présente chaque année un rapport d'activité (al. 2). Selon l'al. 3, la Commission de haute surveillance exerce la surveillance sur le Fonds de garantie et sur l'Institution supplétive. Les raisons pour lesquelles cette surveillance ne doit pas être cantonalisée sont les suivantes: d'abord, le Fonds de garantie n'est pas une institution de prévoyance; outre ses tâches principales, le paiement de prestations dues par des institutions devenues insolvables et le versement de subsides aux institutions de prévoyance dont la structure d'âge est défavorable, il fait office de centrale pour les avoirs oubliés et d'organisme de liaison dans le cadre de l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et la CE. Le Fonds de garantie assume clairement des tâches fédérales et doit donc être soumis à la surveillance d'une instance fédérale. Ensuite, l'Institution supplétive est bien une institution de prévoyance, mais elle assume aussi des tâches de droit public, puisqu'elle est chargée de veiller à ce que les employeurs se conforment à l'obligation de s'affilier. Dans ce domaine, elle rend aussi des décisions fondées sur le droit fédéral. C'est pourquoi elle doit elle aussi être surveillée par une autorité fédérale.

5420 Art. 64b (nouveau) Secrétariat de la Commission de haute surveillance L'al. 1 prévoit que le secrétariat est rattaché administrativement à l'OFAS. C'est la solution la plus raisonnable pour des motifs de coordination et pour éviter des conflits de compétences. Elle permet aussi de garantir le maintien du lien entre les trois piliers qui déterminent le système de la prévoyance. D'après l'al. 3, le secrétariat est chargé des affaires courantes. Dans le détail, ses tâches résultent du règlement concernant l'organisation et la gestion de la commission. Les tâches du secrétariat sont notamment les suivantes: – Il vérifie les comptes annuels des autorités de surveillance et procède aux audits en cas de besoin. – Il prépare les affaires de la commission, lui soumet des propositions et exécute ses décisions. Il forme en outre des recours contre des décisions du Tribunal administratif fédéral et il rédige des avis à l'attention des cours suprêmes fédérales lorsque des recours ont été déposés contre des arrêts du Tribunal administratif fédéral. – Il est en contact direct avec les acteurs du système, les tiers et les autorités, il leur donne son avis et les conseille sur des questions liées aux tâches de la Commission de haute surveillance. Il est chargé en outre de la publication des communications spécialisées en la matière. Ne font en revanche pas partie des tâches du secrétariat de la Commission de haute surveillance la préparation et la mise en œuvre de projets de loi ou d'ordonnance, les recours et les avis dans le cadre de la procédure prévue par l'art. 73 LPP (voie d'action), ni la tenue du secrétariat de la Commission LPP; il ne lui appartient pas non plus de répondre à des questions posées par des associations, des avocats ou des assurés sur des thèmes sans rapport avec les tâches de la commission, ni de préparer l'adaptation des paramètres actuariels. Art. 64c (nouveau) Coûts Afin que l'indépendance de la commission soit garantie, ses coûts et ceux de son secrétariat ne doivent pas être financés par le budget de la Confédération, mais par des émoluments. Doivent payer des émoluments les autorités cantonales de surveillance, le Fonds de garantie et l'Institution supplétive. Le montant des émoluments payés par les autorités de surveillance sera déterminé en premier lieu d'après le nombre d'institutions de prévoyance et la somme des capitaux de couverture qui feront l'objet de la surveillance desdites autorités. En ce qui concerne la surveillance directe du Fonds de garantie et de l'Institution supplétive, le montant des émoluments sera déterminé sur la base de la fortune et éventuellement du nombre de compartiments d'investissement. La commission perçoit également des émoluments pour ses décisions et prestations de service. Compétence est donnée au Conseil fédéral d'édicter un règlement sur les émoluments. Art. 65, al. 4 (nouveau) Aux termes de l'art. 6, let. a, OPP 1, l'institution de prévoyance doit établir qu'elle dispose de garanties pour sa situation financière. Le Conseil fédéral a précisé cette disposition dans ses directives du 10 juin 2005 sur les conditions requises pour la

5421 création d'institutions collectives ou communes²⁶ en ce sens qu'il exige d'elles un capital de départ (ch. 41) et une garantie (ch. 42). Ces directives sont destinées aux autorités de surveillance, mais elles ont aussi des conséquences pour les institutions collectives ou communes en cours de fondation. C'est pourquoi il doit être explicitement mentionné dans la LPP que le Conseil fédéral peut poser des exigences minimales de nature financière. La mise en œuvre doit être réglée dans l'OPP 1. La nouvelle réglementation concerne les institutions de prévoyance destinées à plusieurs employeurs qui ne sont pas étroitement liés entre eux sur le plan économique ou financier. Il faut entendre par là les institutions collectives ou communes, autonomes ou semi-autonomes, mais non les caisses de pensions d'entreprise ni les institutions de groupe. Art. 74, al. 3 (nouveau) Le 1er janvier 2007, la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF)²⁷ et la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF)²⁸ sont entrées en vigueur. La LTAF a, dans un premier temps, abrogé l'art.

74 LPP, mais l'article a été réintroduit par une ordonnance de l'Assemblée fédérale²⁹. Avec l'entrée en vigueur de la révision de l'organisation judiciaire fédérale, la Commission fédérale de recours est englobée avec d'autres commissions de recours dans le Tribunal administratif fédéral, de sorte que les décisions des autorités de surveillance ou de la Commission de haute surveillance peuvent être attaquées d'abord au Tribunal administratif fédéral, puis au Tribunal fédéral. L'al. 3 actuel est reformulé: les recours contre des décisions des autorités de surveillance ou de la Commission de haute surveillance n'ont en principe plus d'effet suspensif. L'effet suspensif peut néanmoins être rétabli, dans des cas particuliers, s'il existe pour cela des motifs solides. Cela représente un renversement du fardeau de la preuve. Art. 76, par. 6 (nouveau) L'art. 76 est complété par la disposition suivante: celui qui aura mené des affaires non autorisées pour son propre compte, aura contrevenu à l'obligation de déclarer en fournissant des indications inexacts ou incomplètes, ou desservi grossièrement de toute autre manière les intérêts de l'institution de prévoyance sera punissable pénalement.

E. 26

FF 2005 4013

E. 27

RS 173.32

E. 28

RS 173.110

E. 29

Ordonnance de l'Assemblée fédérale du 20 décembre 2006 concernant l'adaptation d'actes législatifs aux dispositions de la loi sur le Tribunal fédéral et de la loi sur le Tribunal administratif fédéral (RO 2006 5599).

5422 2.2 Modification de la LFLP Art. 9, al. 2 L'art. 9, al. 2, LFLP se réfère à l'art. 79a LPP. Or, depuis la 1re révision de la LPP, la disposition sur le rachat se trouve à l'art. 79b LPP; le renvoi figurant à l'art. 9, al. 2, LFLP doit donc être corrigé. Art. 19 L'art. 19 LFLP se réfère à l'art. 23, al. 3, LFLP. Or, la 1re révision de la LPP a déplacé cette disposition sur la procédure en cas de liquidation partielle ou totale à l'art. 53d, al.3, LPP. Le renvoi doit être corrigé en conséquence. 2.3 Modification du CC Art. 89bis, al. 6, ch. 7, 8, 12, 13 et 14 L'art. 89bis est adapté aux modifications apportées en rapport avec le contrôle de l'activité de prévoyance (agrémentation et tâches des organes de révision et des experts en matière de prévoyance professionnelle), les dispositions sur la loyauté, la surveillance (instruments de surveillance, Commission de haute surveillance) et la sécurité financière (capital de départ et garantie pour les nouvelles institutions de prévoyance). 2.4 Dispositions transitoires L'abandon de la surveillance fédérale sur les institutions de prévoyance à caractère national ou international et la reprise de cette surveillance par des autorités cantonales ou régionales nécessitent d'abord un renforcement de l'infrastructure des autorités en question. C'est pourquoi un délai transitoire de trois ans est prévu pour ce passage de témoin. 3 Conséquences 3.1 Conséquences pour la Confédération Dans la structure actuelle, tant la haute surveillance que la surveillance fédérale directe et la législation en matière de prévoyance sont du ressort de l'Office fédéral des assurances sociales, leur financement reposant toutefois sur des bases différentes. Les activités liées directement à la prévoyance professionnelle génèrent des coûts, entièrement assumés par la Confédération, qui se

présentent comme suit:

5423 Charges liées aux tâches relatives à la haute surveillance et à la législation en matière de prévoyance professionnelle Nature des charges (état en 2005) Montant en milliers de francs Salaires annuels (pour un total de 10,7 postes occupés actuellement) 1518 Charges sociales (employeur) 273 Coûts des places de travail³⁰ (12 postes selon liste du personnel autorisé) 240

Total 2031

Les activités de la surveillance fédérale directe correspondent actuellement à 15,4 collaborateurs et à un coût global de 2,92 millions de francs. Ce coût global est en grande partie couvert par les émoluments de surveillance perçus, de sorte que la charge financière effective pour la Confédération s'établit actuellement à 0,72 million de francs. Charges de la surveillance fédérale directe Nature des charges (état en 2005) Montant en milliers de francs Salaires annuels (pour un total de 15,4 postes occupés actuellement) 2200 Charges sociales (employeur) 360 Coûts des places de travail³¹ (18 postes selon liste du personnel autorisé) 360

Sous-total 2920

./. Recettes (émoluments de surveillance)³² 2200

Total 720

Il ressort des deux tableaux ci-dessus que la charge totale assumée au titre des tâches concernant la prévoyance professionnelle dans son ensemble s'élève annuellement à 2,75 millions de francs. Ce montant ne prend pas en compte les prestations que d'autres entités de l'OFAS (statistiques, mathématiques, recherche, service linguistique, logistique, etc.) fournissent à la prévoyance professionnelle. Une évaluation sommaire conduit sur ce plan à des apports correspondant annuellement à 16 postes environ.

E. 30

Le coût des places de travail comprend l'ensemble des charges annuelles liées aux locaux, à l'informatique et au mobilier. Il correspond en moyenne à 20 000 francs par poste de l'effectif autorisé.

E. 31

Le coût des places de travail comprend l'ensemble des charges annuelles liées aux locaux, à l'informatique et au mobilier. Il correspond en moyenne à 20 000 francs par poste de l'effectif autorisé.

E. 32

Selon le budget 2005.

5424 Le projet prévoit comme on l'a vu de remplacer l'actuelle haute surveillance par une commission fédérale de haute surveillance et de doter ladite commission d'un secrétariat permanent. Le besoin en postes pour ces deux nouvelles entités est évalué à 5,8 au titre de la Commission de haute surveillance et à 8 postes pour le secrétariat permanent. L'autre modification importante apportée par le projet consiste à transférer à l'échelle des cantons la quasi-intégralité des tâches de l'actuelle surveillance fédérale directe. En ce qui concerne le transfert aux cantons des tâches de l'actuelle surveillance fédérale directe, la Confédération fera une économie de coûts. Cette économie sera toutefois limitée aux

charges sociales d'employeur et aux coûts des postes de travail. Selon les données du tableau relatif aux charges de l'actuelle surveillance fédérale directe, ces coûts représentent un montant de 0,72 million de francs. L'absence d'économies au titre des charges salariales s'explique par le fait que lesdites charges ont été financées par les émoluments perçus. Pour ce qui est des structures de la nouvelle haute surveillance et de son secrétariat permanent, l'évaluation des charges globales se présente comme suit: Charges de la Commission fédérale de haute surveillance et de son secrétariat permanent Nature des charges Montant en milliers de francs Indemnités pour les membres de la Commission³³ 290 Charges salariales du secrétariat permanent (8 postes)³⁴ 1280 Charges d'employeur pour le secrétariat permanent³⁵ 160 Charges liées aux places de travail du secrétariat 160

Total 1890

Compte tenu de la structure organisationnelle prévue pour la Commission de haute surveillance et de l'installation à l'OFAS de son secrétariat permanent, il y a lieu de prendre en considération plusieurs éléments concomitants: – Les tâches spécifiquement liées à la Commission de haute surveillance, accomplies sous sa seule autorité, seront financées par les émoluments que percevra ladite Commission. Elles n'engendreront donc pas de coûts salariaux pour la Confédération. Cette dernière pourra cependant facturer à la Commission les charges correspondant au coût des huit places de travail du

E. 33

L'estimation est fondée sur une occupation des membres de la commission représentant 20 % d'un temps complet. Les montants annuels de référence utilisés sont de 100 000 à 120 000 francs au titre des salaires, 7000 à 8000 francs au titre des charges sociales d'employeur, et 5000 à 6000 francs pour les frais. Le poste à plein temps du président est estimé à 160 000 francs.

E. 34

Estimation fondée sur une moyenne de 160 000 francs par collaborateur compte tenu des exigences et des profils nécessaires.

E. 35

Estimation fondée sur une moyenne de 20 000 francs par collaborateur.

5425 secrétariat permanent, d'où des recettes de l'ordre de 160 000 francs (à raison de 20 000 francs par place de travail). – Les tâches du personnel de l'OFAS affecté à la prévoyance professionnelle seront en partie réorganisées, cela notamment en fonction du partage à réaliser avec les futures tâches de la Commission et de son secrétariat permanent (statistiques, études financières et économiques, projets de recherche). Ces tâches resteront accomplies sous l'autorité du Département et de la Direction de l'OFAS. Elles émargeront comme aujourd'hui au budget de la Confédération, même s'il en résultera un appui aux activités du secrétariat permanent de la Commission. Il convient de rappeler que les activités actuelles de l'OFAS liées à la prévoyance professionnelle font en partie appel à des prestations de différentes entités de l'office (à hauteur de 11 postes selon une estimation globale). Dans la nouvelle configuration prévue par le projet, il y a lieu de s'attendre à ce que ces prestations indirectes restent en partie nécessaires. Compte tenu des transferts de charges qu'elles induiront, les nouvelles structures de surveillance se traduiront globalement par des économies pour la Confédération, comme l'indique le tableau ci-dessous: Economies et recettes supplémentaires pour la Confédération Nature Montant

en milliers de francs Suppression des charges de l'actuelle surveillance fédérale directe 720
Indemnisation perçue auprès de la Commission de haute surveillance pour le coût des 8
places de travail du secrétariat permanent 160

Total 880

3.2 Conséquences pour les cantons Les changements structurels préconisés par le projet auront des répercussions sur les cantons. Il y a lieu d'anticiper des suppléments de charges: – au titre d'émoluments qui seront perçus pour la couverture des charges induites par la Commission de haute surveillance et par son secrétariat permanent; – au titre de l'exercice de la surveillance directe sur les institutions de prévoyance actives aux plans national et international.

5426 Le tableau ci-dessous récapitule l'ensemble des différentes charges:

Charges (en milliers de francs) 1. Commission de haute surveillance et secrétariat permanent 1.1 Indemnités pour les membres de la Commission 36 290 1.2 Charges salariales du secrétariat permanent (8 postes affectés spécifiquement aux activités de haute surveillance) 37 1280 1.3 Charges d'employeur pour les 8 postes du secrétariat permanent 160 1.4 Charges liées aux 8 places de travail du secrétariat 160 1890

2. Charges liées à la surveillance directe exercée sur les institutions de prévoyance actives aux plans national et international 2.1 Coûts salariaux des 15,4 postes nécessaires 38 2200 2.2 Charges d'employeur pour les 15,4 postes 360 2.3 Coûts des 15,4 places de travail 308 2868

Total global 4758

Il ressort du tableau ci-dessus que pour permettre de couvrir l'ensemble des charges, des émoluments devraient être perçus: – auprès des organismes régionaux et cantonaux de surveillance, du Fonds de garantie et de l'institution supplétive à hauteur de 1,89 million de francs pour assurer le fonctionnement de la Commission de haute surveillance et de son secrétariat; – auprès des institutions de prévoyance actives aux plans national et international à hauteur de 2,86 millions de francs pour couvrir la totalité des charges de surveillance directe transférées à l'échelle régionale et cantonale. Il faut dès lors s'attendre à ce que ces charges soient au final reportées sur les cotisants actifs et sur leurs employeurs. Compte tenu du nombre des institutions de prévoyance visées (leur nombre total était de 2935 en 2004), les parts respectives seront relativement faibles. Il convient en outre de relever que seuls les émoluments destinés à couvrir les charges de la Commission fédérale de haute surveillance et de son secrétariat sont des charges nouvelles. En ce sens, le projet n'induit qu'un renchérissement limité de la prévoyance professionnelle.

E. 36

L'estimation est fondée sur une occupation des membres de la commission représentant 20 % d'un temps complet. Les montants annuels de référence utilisés sont de 100 000 à 120 000 francs au titre des salaires, 7000 à 8000 francs au titre des charges sociales d'employeur, et 5000 à 6000 francs pour les frais.

E. 37

Estimation fondée sur une moyenne de 160 000 francs par collaborateur compte tenu des exigences et des profils nécessaires.

E. 38

Par analogie aux coûts actuels.

5427 L'aperçu global ci-dessus appelle en outre les précisions suivantes: – Le renforcement prévu par le projet doit jouer un rôle incitatif en vue de la création d'entités régionales de surveillance. L'institution de telles entités devrait mettre un terme aux insuffisances de ressources constatées dans certains cantons à l'occasion d'une enquête réalisée en 2001 et atténuer les écarts importants entre autorités de surveillance. De plus, le regroupement des potentiels devrait concourir à l'unité et à l'uniformité de la surveillance directe. Bien que dans une mesure limitée par la petite taille des différentes autorités cantonales qui feront l'objet de regroupements, il est permis d'envisager des effets positifs au titre de modestes économies d'échelles et de synergies de compétences là où le processus de régionalisation aura été concrétisé. Elles pourraient intervenir en diminution partielle des coûts supplémentaires mentionnés ci-dessus. – La répartition entre les cantons et organismes régionaux de surveillance des charges liées à la surveillance des institutions actuellement sous surveillance fédérale sera par définition inégalitaire en raison de l'application du principe du siège. Dans l'optique d'un objectif de couverture des charges supplémentaires par des émoluments à percevoir, une réflexion approfondie sera nécessaire afin de déterminer une clé de répartition qui n'entraîne pas des disparités trop importantes ni des différences trop grandes dans les coûts répercutés sur les institutions concernées.

3.3 Conséquences économiques

3.3.1 Données économiques

Selon les données publiées par l'OFS, la prévoyance professionnelle dans son ensemble concernait en 2004 un total de 3,22 millions de personnes actives assurées auprès de 2935 institutions de prévoyance. Le volume global des cotisations payées par les employés et les employeurs a atteint un total de 33,6 milliards de francs (versements initiaux non compris), alors que le volume global des prestations servies s'est établi à 23,8 milliards (sans les prestations de sortie et les versements anticipés). L'évolution du total du bilan de la prévoyance professionnelle a atteint 475 milliards en 2000. Le recul a été brutal à la suite du choc boursier des années 2001 et 2002, avec une baisse à 440,6 milliards. Le redressement intervenu sur les marchés en 2003 se traduit dans les chiffres de 2004, avec un total du bilan qui s'est établi à 484,2 milliards. Le tableau ci-dessous montre l'évolution comparée du bilan global des institutions de prévoyance et du PIB.

5428

Source: OFS

3.3.2 Impact du projet sur les différents groupes de la société

L'objectif du projet réside dans un gain en stabilité et sécurité de la prévoyance professionnelle. Un tel objectif nécessite des changements d'ordre structurel (haute surveillance et surveillance directe) et systémique (paramètres de base de la prévoyance, renforcement du rôle et de la responsabilité des acteurs impliqués). Dans la mesure où l'objectif de la prévoyance découle du concept des trois piliers tel qu'il est inscrit dans la Constitution fédérale, la responsabilité de l'Etat est engagée. En raison de leur portée, les changements prévus dans le cadre du projet ne peuvent pas être concrétisés par de simples mesures d'ordre technique qui ne toucheraient que l'application dans un cadre légal inchangé. Le projet est clairement circonscrit au domaine de la prévoyance professionnelle. Il a par conséquent un impact direct sur les institutions de prévoyance proprement dites et ne vise pas de groupes spécifiques de la société. Les impacts résultant des changements structurels prévus en matière de haute surveillance et de surveillance directe ont été décrits plus haut. Il convient encore de rappeler que le projet prévoit également de renforcer les exigences de

qualité non seulement à l'échelle des organes de gestion des institutions de prévoyance, mais aussi en ce qui concerne les tâches et responsabilités des experts en matière de prévoyance professionnelle et des organes de révision. On peut à cet égard s'attendre à ce que les renforcements visés ne soient pas neutres au plan des coûts et se traduisent plutôt par des charges supplémentaires pour les institutions de prévoyance. Les principaux éléments suivants peuvent être mentionnés à ce titre: – La transposition à l'échelle de la loi des dispositions actuelles de l'OPP 2 relatives à la sécurité et à la répartition des risques, au rendement et aux liquidités auront pour effet de renforcer la responsabilité fondamentale de l'organe pari-

5429 taire de gestion. Or, la complexité grandissante de la gestion des institutions de prévoyance a déjà engendré une tendance confirmée à externaliser certaines tâches, en particulier en ce qui concerne les stratégies de placement. Dans bon nombre d'institutions de prévoyance, la prise de décisions stratégiques (allocations d'actifs) intervient à l'échelon de l'organe suprême, ce dernier étant de plus en plus souvent assisté par une commission des placements. Si l'administration de la fortune reste essentiellement assurée en interne, il apparaît aussi que le recours à des tiers gagne en importance (il a atteint 40 % de la fortune, dont un tiers pour les véhicules de placements collectifs), de sorte que ressources internes et externes sont souvent combinées. – La (ré)affirmation dans la loi du principe central des analyses de congruence entre actifs et passifs (ALM) en tant qu'élément-clé de la définition de la stratégie de placement concourt également à renforcer le recours à des compétences externes. – Le renforcement des tâches et responsabilités des experts et des organes de révision pourrait également se traduire par une augmentation des coûts facturés aux institutions de prévoyance. Dans la mesure où les interventions des experts et des organes de révision ne font pas l'objet de tarifs publiés, il n'est pas possible de déterminer précisément l'augmentation de ces coûts. Il y a dès lors lieu de s'attendre à des suppléments de coûts liés au renforcement des tâches dans le domaine de la gestion des institutions de prévoyance. Comme pour les transferts de charges résultant des nouvelles structures de surveillance, il faut s'attendre à ce que les institutions de prévoyance les reportent en partie sur les assurés et les employeurs.

3.4 Autres effets

Les reports de charges explicités ci-dessus pourraient avoir des effets négatifs sur les revenus disponibles tant des personnes actives que des employeurs. Ces effets négatifs pourraient se répercuter défavorablement sur la consommation et les investissements et se traduire par une diminution des recettes au titre des impôts fédéraux, cantonaux et communaux sur les revenus. Bien qu'il ne soit pas possible de quantifier ces effets, il convient d'en relativiser la portée dans la mesure où le projet vise davantage à renforcer et systématiser le recours à des instruments de gestion existants plutôt qu'à en introduire de nouveaux. Il n'est par ailleurs pas exclu que le projet renforce en partie la tendance déjà confirmée de la concentration dans la prévoyance professionnelle. Les statistiques successives publiées par l'OFS sur les caisses de pensions montrent en effet une diminution continue de leur nombre. Compte tenu des caractéristiques du phénomène de concentration, on peut s'attendre à de nouvelles diminutions du nombre d'assurés dans les institutions de petite taille, respectivement à de nouvelles augmentations dans les institutions de grande taille. Ce processus devrait également contribuer à limiter les frais de gestion par assuré. Les renforcements prévus, de même que la prise en compte de paramètres objectifs et actualisés, visent à rendre la prévoyance plus stable et plus fiable. Ces éléments sont certes importants pour les assurés, mais ils sont également déterminants pour les entreprises et pour la place financière.

5430 – A l'échelle des entreprises, il est important de conserver la maîtrise des coûts dans un contexte de globalisation qui tend à réduire de plus en plus les marges. Un système de prévoyance mieux encadré et basé sur des paramètres objectifs est susceptible de connaître moins de corrections brutales et onéreuses. Il devrait aussi gagner en prévisibilité, ce qui permettra de conserver la prévoyance en tant qu'élément de politique du personnel. – Dans le contexte des marchés financiers, il importe qu'un haut niveau de diversification des placements soit conservé. Il faut dès lors maintenir des marges de manœuvre suffisantes et éviter de provoquer des mouvements convergents et simultanés vers des compartiments précis de placements. De tels mouvements peuvent intervenir lorsque des déséquilibres du système appellent des corrections de grande ampleur à brève échéance. Le but de stabilité visé par le projet est aussi d'éviter de tels mouvements déstabilisateurs. – Un fonctionnement amélioré de la prévoyance professionnelle devrait d'une manière générale constituer un atout pour les marchés financiers et profiter à l'attractivité de la place financière. D'une manière générale, on peut considérer que les avantages explicités ci-dessus devraient s'inscrire en compensation du modeste renchérissement de la prévoyance induit par les nouvelles structures.

4 Rapport avec le programme de la législature L'objet est annoncé dans le rapport du Conseil fédéral du 25 février 2004 sur le Programme de la législature 2003 à 2007 (objectif 5, ch. 5.1, «Consolider les assurances sociales pour l'avenir», FF 2004 1062).

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité Les présentes modifications de la LPP se fondent sur l'art. 113 Cst. Il donne la compétence au législateur, conformément à l'al. 1 de cette disposition, de légiférer sur la prévoyance professionnelle. Les autorités cantonales ou régionales de surveillance ainsi que la commission de haute surveillance sont des organismes qui participent à l'application de la prévoyance professionnelle. Les modifications proposées à l'art. 89bis, al. 6, CC reposent sur l'art. 122, al. 1, Cst.

5.2 Délégations de compétences législatives L'art. 97, al. 1, LPP donne déjà au Conseil fédéral la base légale nécessaire pour prendre des mesures propres à assurer la mise en œuvre de la prévoyance professionnelle. Le présent projet prévoit de déléguer expressément au Conseil fédéral les compétences suivantes dans le cadre de la LPP:

5431 – art. 52c, al. 4, LPP: compétence de régler les rapports de l'organe de révision et des associations professionnelles avec les autorités de surveillance et la Commission de haute surveillance; – art. 52e, al. 4, LPP: compétence de régler les rapports de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et des associations professionnelles avec les autorités de surveillance et la Commission de haute surveillance; – art. 53a LPP: compétence de réglementer l'admissibilité des affaires menées pour son propre compte et celle des avantages financiers obtenus, ainsi que l'obligation de déclarer ces avantages; – art. 64c, al. 3, LPP: compétence de déterminer les coûts de surveillance imputables, de régler les modalités de calcul et de fixer le tarif des émoluments; – art. 65, al. 4, LPP: compétence de déterminer un capital de départ et des prestations de garantie pour les fondations collectives et les fondations communes.

5432 II. Mesures destinées à faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi

6 Contexte Même si la poursuite de l'activité lucrative dépend largement de facteurs importants comme la situation du marché de l'emploi et la santé des travailleurs, la participation des travailleurs âgés à ce marché revêt une importance croissante en raison du vieillissement démographique, et cela dans notre pays également. La prévoyance professionnelle prend elle aussi une part toujours plus grande dans le système de prévoyance

vieillesse des travailleurs. Il est donc essentiel qu'à l'avenir, les réglementations relatives à la prévoyance professionnelle puissent être organisées de manière à éviter que des personnes soient poussées à cesser toute activité lucrative. Il convient par conséquent de mettre en place des mesures d'incitation afin que toute personne qui en a la possibilité puisse continuer à exercer son activité lucrative au-delà de l'âge ordinaire de la retraite AVS. 7 Procédure Suite aux travaux interdépartementaux menés par le groupe directeur mixte DFE/DFI «Participation des travailleurs âgés»³⁹, plusieurs mesures concernant l'encouragement de la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi ont été développées dans la prévoyance professionnelle. Pour des raisons d'économie de procédure, une partie de ces mesures ont été rattachées au projet de réforme structurelle de la prévoyance professionnelle et sont réalisées dans le cadre du présent message. Il s'agit de la possibilité de prolonger la couverture du dernier salaire et de la possibilité de continuer à assurer le salaire au-delà de l'âge ordinaire de la retraite en cas de poursuite de l'activité lucrative. Deux autres mesures seront pour leur part concrétisées dans le cadre de la 11e révision de l'AVS. Le versement anticipé et l'ajournement de la rente de vieillesse dans le 2e pilier constituent une évolution indispensable de la prévoyance professionnelle obligatoire et permettront enfin de réaliser une coordination avec l'AVS. Dans la même optique de favoriser la mobilité des travailleurs, il est également indispensable que les règlements ne puissent plus contraindre les assurés à percevoir une rente de vieillesse anticipée en cas de départ à un âge pouvant donner droit à des prestations de vieillesse. Enfin, la possibilité d'alimenter et de percevoir des avoirs du pilier 3a au-delà de l'âge ordinaire de la retraite en cas de poursuite de l'activité lucrative sera réalisée par le biais d'une modification d'ordonnance (OPP 3).

E. 39

Groupe directeur mixte DFE/DFI «Participation des travailleurs âgés», novembre 2005: Participation des travailleuses et travailleurs âgés, Rapport de synthèse, Propositions de mesures: domaine des assurances sociales, de la santé au travail, des aptitudes sur le marché du travail.

5433 8 Coûts Il est difficile d'évaluer les coûts dans la situation actuelle du marché du travail où les demandeurs d'emplois âgés sont le plus souvent confrontés à de grosses difficultés, étant donné que le volume des travailleurs qui vont poursuivre leur activité lucrative au-delà de la retraite va finalement dépendre des particularités du marché du travail. Sur la base des dispositions légales minimales du projet, il n'y a aucun coût supplémentaire lié aux cotisations pour les employeurs, car ces mesures ne peuvent être mises en œuvre que si elles sont prévues par le règlement de l'institution de prévoyance. De plus, en cas de maintien de l'assurance du dernier gain assuré, l'art. 33a LPP prévoit une exception à la parité des cotisations, de sorte que les employeurs ne peuvent pas être contraints de verser des cotisations plus élevées même lorsque ce maintien est prévu par le règlement. En outre, ces mesures permettent des solutions flexibles en cas d'augmentation future du besoin pour les employeurs de garder plus longtemps leurs travailleurs âgés. Ces mesures ont également des répercussions sur les recettes fiscales de la Confédération et des cantons (cf. à ce sujet ch. 10.1). 9 Commentaire des modifications légales 9.1 Modifications de la LPP Chapitre 5a Participation facilitée des travailleurs âgés au marché de l'emploi Art. 33a Maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré Pour les personnes dont le salaire baisse quelque peu pour des raisons liées à leur âge, soit qu'elles réduisent leur temps de travail, soit qu'elles ne soient plus tenues de répondre à des exigences aussi élevées que jusque-là,

les règlements doivent pouvoir prévoir la possibilité de maintenir durant un certain temps le niveau de prévoyance atteint. Cela permettrait des formes souples et progressives de passage à la retraite avec des solutions adaptées aux besoins et aux possibilités des travailleurs et des entreprises. De telles solutions pourraient inciter les travailleurs âgés à rester plus longtemps dans le monde du travail, car une réduction de salaire n'entraînerait pas automatiquement une baisse de la prestation de vieillesse; du coup, il deviendrait plus intéressant pour eux de continuer à travailler sous une forme adaptée à leurs souhaits et à leurs possibilités que de prendre leur retraite. Cette possibilité constitue certes une exception au principe de l'art. 1, al. 2, LPP. Elle ne doit cependant pas aboutir à une quasi-dissolution de ce principe selon lequel le salaire assuré dans le 2e pilier ne peut être supérieur au salaire soumis à cotisation AVS. La loi fixe par conséquent des conditions et des limites. Les institutions de prévoyance ne sont pas tenues d'introduire cette possibilité ni d'atteindre intégralement ces limites. Mais elles ne peuvent pas les dépasser. Il serait également concevable que les institutions de prévoyance proposent un choix entre trois plans pour le maintien de la prévoyance, en application de l'art. 1d OPP 2, ce qui permettrait d'accroître la flexibilité.

5434 Les règlements ne peuvent pas imposer aux assurés le maintien de la prévoyance. Al. 1: cet alinéa délimite le cercle des personnes pour lesquelles le règlement peut prévoir une telle solution. Il fixe comme condition que le salaire soit réduit après que la personne a atteint l'âge de 58 ans et que cette réduction ne soit pas supérieure au tiers du salaire. Si cette mesure spécifique était introduite à un âge moins avancé et en cas de réduction plus importante du salaire, il serait alors probable qu'elle incite à la retraite partielle, et non plus à la poursuite de l'activité lucrative, ce qui serait donc contre-productif. La limite du tiers du salaire pour le maintien de la prévoyance vise aussi une certaine coordination avec le droit aux prestations de vieillesse, car à partir de cette limite, il y aura probablement un droit légal au versement d'une prestation de vieillesse⁴⁰. Al. 2: en plus de la condition d'une réduction de salaire après avoir atteint l'âge de 58 ans, cet alinéa ajoute encore deux limites temporelles: la période pendant laquelle la prévoyance peut être maintenue au niveau du dernier salaire assuré est limitée à sept ans et ne peut aller au-delà de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite. Cette double limite est nécessaire, car les règlements peuvent prévoir un âge ordinaire de la retraite différent de celui fixé par l'art. 13 LPP. Jusqu'à présent, il s'agit le plus souvent d'un âge de la retraite plus bas. Toutefois, dans certaines situations particulières, par exemple avant l'adaptation de l'âge de la retraite LPP pour les femmes, des règlements ont fixé un âge de la retraite plus élevé que les limites d'âge légales. Si les employeurs voulaient effectivement employer des travailleurs aussi après 65 ans à l'avenir, il serait alors possible qu'un plus grand nombre d'institutions de prévoyance fixe un âge réglementaire de la retraite plus élevé qu'actuellement. Al. 3: La possibilité réglementaire d'assurer des parts de salaire hypothétiques dépend dans tous les cas de la volonté de la personne assurée et constitue une particularité dans la mesure où elle ne correspond pas au salaire AVS. C'est pourquoi il est justifié de ne pas soumettre l'employeur au principe du financement paritaire en ce qui concerne les cotisations spécialement destinées au maintien de la prévoyance. Il est possible de prévoir dans le règlement des cotisations de l'employeur pour le maintien de la prévoyance mais toujours à condition que celui-ci ait donné son accord, comme c'est le cas lorsque les cotisations réglementaires de l'employeur sont supérieures à la moitié du total des cotisations (art. 66, al. 1, LPP). Art. 33b Activité lucrative après l'âge ordinaire de la retraite L'art. 33b concerne la situation où l'activité lucrative se poursuit au-delà de l'âge réglementaire de la

retraite. Afin que les dispositions du droit de la prévoyance n'incitent pas les travailleurs âgés à se retirer du marché du travail, il est nécessaire de prévoir un droit au report de la prestation de vieillesse. Ce droit au report devrait être introduit dans le cadre de la 11e révision de l'AVS. En plus des intérêts supplémentaires et de l'augmentation du taux de conversion liés au report, le règlement peut aussi prévoir la poursuite des cotisations. La poursuite des cotisations est non seulement susceptible d'entraîner un dépassement du plan dans de nombreux cas mais elle pourrait aussi contredire le principe d'adéquation tel que défini par l'actuel art. 1a OPP 2. La chose se justifie dans la mesure où les cotisations correspondent au revenu professionnel effectivement réalisé.

E. 40

Le droit légal à des prestations de vieillesse anticipées ou différées doit être intégré dans la 11e révision de l'AVS.

5435 Les institutions de prévoyance ne sont pas obligées de prévoir la poursuite des cotisations, ce qui permet de développer des solutions adaptées aux besoins spécifiques de la branche ou de l'entreprise. La poursuite des cotisations et l'amélioration des prestations qui en résulte peut inciter une partie des assurés à continuer de travailler au-delà de l'âge ordinaire de la retraite mais l'obligation de continuer à cotiser peut aussi avoir un effet dissuasif pour une autre partie des assurés. Pour tenir compte de ces différences, il est nécessaire d'avoir une certaine individualisation dans ce domaine. Par conséquent, le versement de cotisations après l'âge de la retraite ne doit être possible que sur demande de la personne assurée. Le montant exonéré des cotisations AVS selon la disposition spéciale de l'art. 4, al. 2, let. b, LAVS peut être assuré dans la prévoyance professionnelle. Sont déterminants tous les éléments du revenu de l'activité lucrative que l'AVS a pris en compte pour examiner si et dans quelle mesure des cotisations sont dues. Dans le cadre de la 11e révision de l'AVS, il est prévu de mettre fin à l'exonération actuelle selon l'art. 4, al. 2, let. b, LAVS⁴¹. Art. 49, al. 2, ch. 1 Afin que la possibilité et la définition de la poursuite de l'assurance sur la base du salaire obtenu jusque-là et, par conséquent, l'assurance de parts hypothétiques de salaire (dérogation à la réglementation de l'art. 1, al. 2, LPP) puissent également être applicables à la prévoyance plus étendue, il est nécessaire de faire figurer à l'art. 49, al. 2, une référence à l'art. 33a LPP. Il en va de même pour l'art. 33b LPP au sujet de la poursuite de la prévoyance et le versement des cotisations correspondantes au-delà de l'âge ordinaire de la retraite. 9.2 Modification d'autres actes législatifs Code civil Art. 89bis, al. 6, ch. 1 Afin que la possibilité et la définition de la poursuite de l'assurance sur la base du salaire obtenu jusque-là et, par conséquent, l'assurance de parts hypothétiques de salaire (dérogation à la réglementation de l'art. 1, al. 2, LPP) puissent également être applicables aux institutions de prévoyance purement hors obligatoire, il est nécessaire de faire figurer à l'art. 89bis, al. 6, une référence à l'art. 33a LPP. Il en va de même pour l'art. 33b LPP au sujet de la poursuite de la prévoyance et le versement des cotisations correspondantes au-delà de l'âge ordinaire de la retraite.

E. 41

Premier message relatif à la 11e révision de l'AVS du 21 décembre 2005, FF 2006 1917 ss.

5436 Loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage Art. 17, al. 6 La parité des cotisations prévue à l'art. 66, al. 1, LPP et à l'art. 331, al. 3, du code des obligations ne s'applique pas aux cotisations visées à l'art. 33a LPP, le règlement ne pouvant prévoir des cotisations de l'employeur qu'avec l'assentiment de celui-ci. De ce fait, il ne serait pas justifié de

continuer de majorer ces cotisations de 4 % par année d'âge. 9.3 Disposition transitoire Al. 1: les dispositions proposées pour mettre en œuvre les mesures visant à encourager la participation des travailleurs âgés ne pourront être efficaces que si l'âge de la retraite LPP, et en particulier son assouplissement, est lui aussi adapté aux nouveaux objectifs. Ainsi, le droit légal de compléter l'avoir de vieillesse par des bonifications de vieillesse après l'âge ordinaire de la retraite suppose implicitement que la personne assurée a également le droit d'ajourner sa prestation de vieillesse de quelques années, pendant la poursuite de son activité professionnelle. L'ajournement et l'anticipation du versement de la demi-rente de vieillesse sont également d'autres mesures de flexibilité. A fortiori, il faut interdire d'imposer à une personne qui poursuit une activité lucrative le paiement de la rente de vieillesse avant l'âge réglementaire ordinaire de la retraite. Il est donc indispensable que le Conseil fédéral procède aux adaptations nécessaires si cet assouplissement de l'âge de la retraite LPP n'est pas introduit par la 11e révision de l'AVS, ou si cette dernière n'entre pas en vigueur avant la présente modification de loi. Al. 2: en vertu du projet sur l'adaptation du taux de conversion minimal⁴², l'âge de la retraite LPP est fixé dorénavant directement à partir de l'âge ordinaire de la vieillesse de l'AVS. Cette mesure vise à mieux coordonner l'âge ordinaire de la retraite dans le 1er et le 2e piliers et à éviter à l'avenir de recourir à des règles de coordination compliquées (comme par exemple les dispositions en application de la let. e des dispositions transitoires de la 1re révision de la LPP: art. 62a OPP 2). Si cette simplification n'entre pas en vigueur avant la présente modification, le Conseil fédéral doit être chargé de procéder aux mesures de coordination nécessaires avec l'AVS et aussi pour l'âge ordinaire de la vieillesse, en particulier pour ce qui est de l'âge de la retraite des femmes. 10 Conséquences 10.1 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération et les cantons Ces modifications n'engendreront pas de coûts supplémentaires pour la Confédération et les cantons en tant qu'employeurs (voir ch. 8, coûts).

E. 42

Cf. message concernant la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (adaptation du taux de conversion minimal), FF 2006 8969.

5437 Le maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré (art. 33a) et la poursuite des cotisations après l'âge ordinaire réglementaire de la retraite (art. 33b) entraîneront probablement une diminution des recettes fiscales. L'estimation de cette diminution se base sur différentes hypothèses de travail, en particulier le nombre d'institutions de prévoyance qui vont introduire ces mesures dans leur règlement, le nombre de personnes qui en feront usage, le revenu imposable de celles-ci et les conséquences de ces mesures de prévoyance sur la progression fiscale de ces personnes. Un éventuel excédent de recettes fiscales doit aussi être estimé sur la base de ces hypothèses et être intégré dans le résultat. La diminution des recettes fiscales liée au maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré (art. 33a) est estimée à 2,4 millions de francs par année. La diminution des recettes fiscales liée au maintien de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite (art. 33b) est estimée à 6,3 millions de francs par année. Toutefois, il est probable que cette diminution soit liée en grande partie à des effets d'opportunité. 10.2 Conséquences économiques La possibilité de créer, en période de pénurie de main-d'œuvre, des mesures incitant les travailleurs à continuer plus longtemps leur activité lucrative et de permettre ainsi de mieux répondre aux futurs besoins en personnel devrait en principe avoir des effets positifs pour l'économie.

Cela d'autant plus que les mesures proposées donnent aux partenaires sociaux la possibilité de convenir de solutions de pré- voyance adaptées aux besoins spécifiques de la branche ou de l'entreprise. Une telle flexibilité aura probablement des conséquences positives pour l'économie mais il n'est toutefois pas possible de les chiffrer. 11 Relation avec le droit européen Il n'y a pas de relation avec le droit européen. 12 Bases juridiques Les présentes modifications de la LPP se fondent sur l'art. 113 Cst. Celui-ci, à l'al. 1, donne au législateur la compétence d'édicter des dispositions en matière de prévoyance professionnelle.

5438

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdruckschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Message concernant la révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Réforme structurelle) In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2007 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 31 Cahier Numero Geschäftsnummer 07.055 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 31.07.2007 Date Data Seite 5381-5438 Page Pagina Ref. No 10 140 805 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.