

Réforme structurelle de la prévoyance professionnelle

0	Aperçu	6
1	Situation initiale	8
1.1	Conséquences de la crise des marchés financiers	8
1.2	La commission d'experts Réforme structurelle	8
1.3	Mandat de la commission d'experts Réforme structurelle	9
1.4	Situation financière des institutions de prévoyance	9
2	Adoption d'un système de surveillance prudentielle	10
3	Système d'autorégulation surveillée	11
3.1	Le système actuel et ses faiblesses	11
3.2	Nouvelle conception de la surveillance	12
4	Recommandations de la commission d'experts Optimisation	13
4.1	Contenu des recommandations de la commission d'experts.	13
4.2	Application de certaines recommandations sous forme de mesures immédiates	15
4.3	Prise en compte des autres recommandations de la commission d'experts Optimisation dans le projet à mettre en consultation	16
5	Contexte des travaux de la Commission	17
5.1	Directives de l'UE sur la surveillance des institutions de prévoyance et des compagnies d'assurances	17
5.2	Principes de la surveillance des marchés financiers et différences et similitudes entre assureurs-vie et institutions de prévoyance selon le droit en vigueur	20
5.2.1	<i>Surveillance intégrée des marchés financiers : Commission d'experts Zimmerli</i>	20
5.2.2	<i>Différences et similitudes entre assureurs-vie et institutions de prévoyance selon le droit suisse</i>	21
6	Optimisation de la direction, du conseil et du contrôle	26
6.1	Exigences posées à l'organe suprême	26
6.2	Exigences en matière de contrôle (externe)	26
6.3	Recours à un spécialiste en placements	27
7	Optimisation de la surveillance et de la haute surveillance	28
7.1	Optimisation de la surveillance matérielle	28
7.1.1	<i>Surveillance</i>	28
7.1.2	<i>Haute surveillance</i>	29
7.2	Optimisation de la structure de surveillance	31
7.2.1	<i>Autorité de surveillance</i>	31
7.2.2	<i>Autorité de haute surveillance</i>	31
7.2.3	<i>Modèle de remplacement : surveillance centralisée exercée par la Confédération</i>	35
7.3	Surveillance des institutions de prévoyance particulières	36
7.3.1	<i>Compétence de la surveillance à raison du siège</i>	36
7.3.2	<i>Exceptions : Fonds de garantie et Institutions supplétive</i>	36
7.3.3	<i>Fondations de placement</i>	37
8	Conséquences de l'autorégulation surveillée pour la définition des paramètres du système	37
8.1	Considérations générales	37
8.2	Taux d'intérêt technique	37

8.2.1	<i>Réglementation du taux d'intérêt technique actuellement en vigueur</i>	38
8.2.2	<i>Taux de conversion</i>	39
8.2.3	<i>Fixation du taux d'intérêt technique</i>	39
8.3	Fixation du taux de conversion	42
8.3.1	<i>Réglementation en vigueur</i>	42
8.3.2	<i>Proposition de la Commission d'experts Réforme structurelle</i>	43
8.4	Taux d'intérêt minimal	44
8.4.1	<i>Réglementation en vigueur</i>	44
8.4.2	<i>Propositions de la Commission d'experts Réforme structurelle</i>	46
8.5	Provisions et réserves	50
8.5.1	<i>Réglementation en vigueur</i>	50
8.5.2	<i>Propositions de la Commission</i>	50
8.6	Gestion de fortune	50
8.6.1	<i>Réglementation en vigueur</i>	50
8.6.2	<i>Recommandation de la Commission d'experts Réforme structurelle</i>	53
9	Commentaire des modifications de loi proposées	55
9.1	Modifications de la LPP	55
9.2	Modification de la LFLP	67
9.3	Modifications du CC	67
9.4	Modifications de la LPCC	68
10	Dispositions légales	69
10.1	Modifications de la LPP	69
10.2	Modification de la LFLP	75
10.3	Modifications du CC	75
10.4	Modifications de la LPCC	75
10.5	Disposition transitoire	77
11	Conséquences financières et sur l'état du personnel	77
11.1	Effectifs et coûts actuels pour la Confédération	77
11.2	Conséquences des nouvelles structures prévues	78
11.2.1	<i>Conséquences pour la Confédération</i>	78
11.2.2	<i>Conséquences pour les cantons</i>	80
12	Conséquences économiques	81
12.1	Données économiques	81
12.2	Nécessité d'une intervention de l'Etat	82
12.2.1	<i>Paramètres de la prévoyance</i>	82
12.2.2	<i>Compétences et responsabilité de l'organe de gestion</i>	85
12.2.3	<i>Renforcement du rôle des experts et des organes de contrôle</i>	85
12.3	Impact du projet sur les différents groupes de la société	85
12.4	Possibles effets macro-économiques du projet	86
12.5	Effets à long terme visés par le projet	86

Glossaire

Actuaire	Personne qui effectue, pour le compte des assureurs ou des institutions de prévoyance, les calculs servant à l'établissement des plans de prestations et de leur financement, en se basant sur les probabilités de décès et d'invalidité.
Avoir de vieillesse	Avoir d'une personne assurée auprès de son institution de prévoyance. Cet avoir comprend la prestation de libre passage apportée (prestation d'entrée), les bonifications de vieillesse annuelles et les intérêts.
Bonification de vieillesse	Part en pour-cent du salaire assuré (coordonné) portée au crédit du compte d'une personne assurée.
Capital-investissement	Actions qui ne sont pas traitées en Bourse.
Expert en matière de prévoyance professionnelle	Actuaire qui examine si le financement des institutions de prévoyance répond à leurs engagements et qui fait à leur intention des recommandations concernant la fixation des paramètres techniques.
Fondations de placement	Fondations qui gèrent des fonds des institutions de prévoyance. Contrairement aux fonds de placement, les fondations de placement sont à l'usage exclusif des institutions de prévoyance.
Fonds de garantie	Fondation financée par toutes les institutions de prévoyance fournissant des prestations réglementaires. Le Fonds garantit les prestations jusqu'à une fois et demie le montant-limite supérieur (en 2006 : 116 100 francs) lorsque l'employeur ou l'institution de prévoyance sont insolvables. Il effectue aussi des versements compensatoires aux institutions dont la structure d'âge est défavorable.
Fonds spéculatif (« hedge fund »)	Fonds dont le but est de réaliser une performance, que le marché soit haussier ou baissier. Le rendement est obtenu en jouant sur les erreurs d'évaluation et les différences de prix.
congruence actifs-passifs (« Asset Liability Management ALM »)	Méthode de gestion garantissant que la stratégie de placement d'une institution de prévoyance concorde avec la structure de ses engagements.
Institution supplétive	Institution de prévoyance des partenaires sociaux dont la fonction légale est de garantir que tous les employeurs soient affiliés à la prévoyance professionnelle. En cas de nécessité, l'Institution supplétive peut affilier d'office un employeur. Elle gère par ailleurs une assurance facultative pour les indépendants et les salariés obtenant auprès de plusieurs employeurs des revenus suffisamment élevés pour être

	assujettis à la LPP ; elle administre également des comptes de libre passage.
Montant-limite supérieur	Trois fois le montant annuel de la rente de vieillesse maximale de l'AVS (en 2006 : 77 400 francs). Le montant-limite supérieur constitue le plafond du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle.
Paramètres du système	Paramètres qui déterminent le montant des prestations et de ce fait, indirectement, le financement des institutions de prévoyance. Les principaux paramètres du système sont le taux d'intérêt technique, le taux de conversion et le taux d'intérêt minimal.
Portefeuille de placements à faible risque	Portefeuille comprenant surtout des valeurs à revenu fixe d'émetteurs très solvables (en particulier emprunts d'Etat). Mais un portefeuille à faible risque peut aussi contenir des valeurs réelles (en particulier des actions) pour autant que la probabilité que le rendement visé puisse être atteint soit élevée.
Prestation de libre passage	Prestation qui, lorsqu'une personne sort d'une institution de prévoyance, doit être transférée à la nouvelle institution.
Principe du siège	Principe qui détermine l'autorité compétente en matière de surveillance, selon les propositions de la commission d'experts Réforme structurelle. Est compétente l'autorité de surveillance du canton dans lequel une institution de prévoyance a son siège.
Extension des possibilités de placement	Placements dans des produits qui ne figurent pas dans la liste des placements autorisés de l'OPP 2 ou qui dépassent les limites prévues par la loi. Des dépassements sont autorisés si l'expert en matière de prévoyance professionnelle atteste une fois par année dans un rapport probant que l'objectif de prévoyance pourra être atteint à coup sûr.
Surveillance prudentielle	Mode de surveillance qui doit garantir que les avoirs de prévoyance seront gérés avec précaution (choix prudent des paramètres du système, marges de sécurité dans les placements, garanties concernant la qualité des personnes chargées de la gestion et du contrôle des institutions de prévoyance).
Taux de conversion	Taux en pour-cent appliqué au capital de vieillesse permettant de calculer le montant annuel de la rente de vieillesse
Taux d'intérêt minimal ou taux minimal	Taux correspondant au minimum que les institutions de prévoyance sont autorisées à appliquer à la rémunération des avoirs de vieillesse de la prévoyance obligatoire (avoirs LPP)

Taux d'intérêt technique ou taux technique	Taux d'intérêt servant à fixer le montant des prestations de libre passage dans les caisses à primauté des prestations (par escompte de la valeur actuelle des droits acquis) ou taux choisi pour rémunérer le capital de couverture des rentes.
Tolérance au risque	Capacité d'investir dans des placements qui ont un rendement plus élevé mais qui sont aussi plus risqués. Il y a tolérance au risque lorsqu'une institution a constitué des réserves de fluctuation plus importantes que ne le prévoit le règlement.
Valeurs réelles	Placements dans des participations ou des copossessions, tels qu'actions, immeubles ou produits de base (matières premières, marchandises, métaux précieux), ou dans des fonds correspondants.

0. Aperçu

Pour faire face à la crise des marchés boursiers et aux difficultés financières qui en ont résulté pour beaucoup d'institutions de prévoyance, le Conseil fédéral a adopté en février 2003 un agenda intitulé « Garantie et développement de la prévoyance professionnelle ». Dans ce cadre, il a créé une commission d'experts en vue d'optimiser la surveillance de la prévoyance professionnelle (commission Optimisation). Cette commission a remis un rapport en avril 2004, et en août de la même année, le Conseil fédéral a décidé de mettre sur pied une commission de suivi (commission d'experts Réforme structurelle) qui devait élaborer, avant fin 2005, un rapport sur le renforcement de la surveillance et de la haute surveillance, destiné à être mis en consultation.

La commission d'experts Réforme structurelle s'est fixé pour objectif de réaliser le mandat du Conseil fédéral dans le cadre d'un système d'autorégulation surveillée qui permette d'accroître la marge de décision des différents acteurs de la prévoyance professionnelle et, simultanément, de renforcer la surveillance et la haute surveillance. Cette approche a été adoptée parce que si, d'un côté, les règles sont devenues de plus en plus nombreuses dans la prévoyance professionnelle, de l'autre, les responsabilités de chacun ne sont pas clairement circonscrites. C'est pourquoi la commission d'experts Réforme structurelle propose de définir clairement les droits et les obligations de l'organe suprême de l'institution de prévoyance, de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et de l'organe de révision. Il faut en particulier ancrer dans la loi le statut du conseil de fondation, en tant qu'organe suprême de l'institution de prévoyance, responsable de la gestion d'ensemble de celle-ci, de la définition de sa stratégie et de la surveillance de ses processus (cf. ch. 6)

La commission d'experts Réforme structurelle recommande un renforcement de la surveillance et de la haute surveillance. Il faut aussi que la surveillance directe soit cantonalisée. La commission d'experts Réforme structurelle recommande en l'occurrence une régionalisation de la surveillance directe cantonale, telle qu'elle existe depuis le 1^{er} janvier 2006 en Suisse centrale et qu'elle va être mise en place en Suisse orientale. Les autorités de surveillance cantonales doivent satisfaire à des exigences de qualité clairement formulées et, parallèlement, la responsabilité des cantons pour les dommages causés par les autorités de surveillance est inscrite dans la LPP (cf. ch. 7.1.1 et 7.2.1). D'un autre côté, les instruments des autorités de surveillance sont précisés et rendus plus opérants : en particulier, les oppositions et recours contre des décisions des autorités de surveillance n'auront plus d'effet suspensif, pour éviter que des procédures de recours dilatoires ne rendent inopérantes des mesures relevant du droit de la surveillance.

Selon la commission d'experts Réforme structurelle, la haute surveillance ne sera plus du ressort du Conseil fédéral, mais d'une Commission de haute surveillance. Celle-ci ne doit pas être soumise à des directives du Conseil fédéral et il faut qu'elle soit indépendante sur le plan financier également. Sa tâche est d'assurer la stabilité du système, de coordonner la surveillance directe et de prendre les mesures qui s'imposent pour garantir la sécurité du droit. Pour que la qualité soit garantie, les experts en matière de prévoyance professionnelle et les organes de révision doivent à l'avenir être agréés pour œuvrer dans la prévoyance professionnelle. Enfin, la Commission de haute surveillance veillera à ce que les autorités de surveillance cantonales procèdent toutes de la même manière, accroissant ainsi la sécurité du droit. Dans ce domaine, elle dispose du droit de donner des directives générales aux autorités de surveillance (cf. ch. 7.1.2 et 7.2.2).

Pour que le système de la prévoyance professionnelle soit stable, les paramètres des prestations doivent être fixés avec circonspection (cf. ch. 8). C'est pourquoi il ne faut pas que des considérations d'ordre politique influent sur le choix des paramètres techniques. Ces derniers seront donc fixés uniquement sur la base de critères économiques. La commission d'experts Réforme structurelle recommande que la détermination du taux d'intérêt technique résulte d'une procédure à laquelle seraient associés les associations professionnelles, les

experts, les conseils de fondation, ainsi que les autorités de surveillance et de haute surveillance. Mais il reviendrait au conseil de fondation, en tant qu'organe suprême de l'institution de prévoyance, de faire le choix final et d'en assumer la responsabilité (ch. 8.2). Pour ce qui est de la fixation du taux d'intérêt rémunérant de l'avoiron de vieillesse, la commission d'experts Réforme structurelle recommande que la compétence en soit laissée à l'institution de prévoyance. Le taux d'intérêt minimal, tel qu'il est conçu aujourd'hui, serait donc supprimé. Une autre proposition est faite à titre subsidiaire : introduire une formule pour le calcul du taux d'intérêt minimal (cf. ch. 8.4). La commission d'experts Réforme structurelle recommande en revanche que la compétence en matière de taux de conversion minimal passe du Parlement au Conseil fédéral. Celui-ci réexaminerait tous les cinq ans le taux de conversion minimal sur demande de la Commission de haute surveillance et, le cas échéant, modifierait ce taux (cf. ch. 8.3).

Les tâches et responsabilités du conseil de fondation étant clairement définies dans la loi, ce qui implique une saine gestion des risques est prévue –, la commission d'experts Réforme structurelle recommande enfin de renoncer aux limites de placement prévues dans l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (cf. ch. 8.6).

1 Situation initiale

1.1 Conséquences de la crise des marchés financiers

En 2002, le Conseil fédéral a décidé d'abaisser le taux minimal de la prévoyance professionnelle pour tenir compte de la baisse continue des taux des obligations de la Confédération et de la crise des marchés financiers. Après l'annonce de cette réduction, le Conseil national et le Conseil des Etats se sont réunis en session spéciale en septembre 2002. A cette occasion, pas moins de 42 interventions parlementaires ont été transmises au Conseil fédéral, demandant de procéder à des examens et d'agir dans certains domaines comme celui de la surveillance de la prévoyance professionnelle. Pour répondre de manière cohérente à ces interventions, le Conseil fédéral a adopté, le 29 janvier 2003, un programme visant à garantir et à développer la prévoyance professionnelle. Dans ce cadre, le Département fédéral de l'intérieur a institué en août 2003 la commission d'experts Optimisation, chargée d'optimiser le contenu et la structure de la surveillance dans la prévoyance professionnelle. Les travaux sur ces thèmes ont été achevés en avril 2004 et, le 24 août 2004, le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats et des recommandations de la commission d'experts Optimisation.

Il s'avère aujourd'hui que, dans l'ensemble, les institutions de prévoyance ont surmonté les difficultés liées aux mauvaises années boursières. Il n'en demeure pas moins que le système de surveillance de la prévoyance doit être amélioré, notamment à cause des futurs risques systémiques. C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral a confié, en août 2004, à une nouvelle commission d'experts, intitulée Réforme structurelle, le mandat d'élaborer un projet d'optimisation du contenu et de la structure de la surveillance de la prévoyance professionnelle. Ce projet devait se baser sur les recommandations de la commission précédente et être disponible à la fin de l'année 2005 pour être mis en consultation.

1.2 La commission d'experts Réforme structurelle

La commission était composée des personnalités suivantes :

- **président** : **Raymond Schmutz**, docteur en sciences actuarielles, professeur associé à l'Ecole des hautes études commerciales (HEC), Université de Lausanne (mathématiques des caisses de pensions et assurances sociales), responsable du secteur prévoyance de HPR SA, société de conseil, gestion et courtage en assurances et prévoyance ;
- **vice-président** : **Jürg Brechbühl**, juriste, chef du domaine Vieillesse et survivants, vice-directeur de l'Office fédéral des assurances sociales jusqu'au 31 août 2005, puis associé auprès de allea Ltd (continuant à assumer la charge de vice-président sur mandat de l'Office fédéral des assurances sociales) ;
- **membres** de la commission d'experts :
 - **Urs Bracher**, actuaire, directeur de la Caisse de pensions du Credit Suisse Group Suisse, représentant de la Chambre suisse des actuaires-conseils ;
 - **Bruno Christen**, expert-comptable diplômé, partenaire de Ernst&Young, représentant de la Chambre fiduciaire ;
 - **Donald Desax**, juriste, membre de la direction Suisse, chef du domaine Prévoyance entreprises, chez Helvetia Patria, à Bâle, représentant de l'Association Suisse d'Assurances ;

- **David S. Gerber**, docteur en sciences politiques, représentant de l'Administration fédérale des finances (Marchés et services financiers);
- **Mirko Grunder**, avocat, représentant du Département fédéral de l'économie ;
- **Manfred Hüsler**, juriste, vice-directeur et chef du Domaine de surveillance 2, représentant de l'Office fédéral des assurances privées ;
- **Jean-Marie Jordan**, économiste HEC, directeur du secrétariat de la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ), représentant du Département fédéral de justice et police ;
- **Hanspeter Konrad**, avocat et juriste, directeur de l'ASIP, représentant des institutions de prévoyance ;
- **Bernhard Kramer**, avocat, responsable de l'Office de la prévoyance professionnelle et des fondations du canton de Saint-Gall, représentant de la Conférence des gouvernements cantonaux ;
- **Christoph Oeschger**, économiste, directeur de Avadis Vorsorge AG (Prévoyance), représentant de l'Union patronale suisse ;
- **Christina Ruggli-Wüest**, docteur en droit, avocate, cheffe de l'autorité de surveillance LPP et des fondations du canton de Bâle-Ville, représentante de la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations ;
- **Jacques-André Schneider**, docteur en droit, avocat, chargé de cours à l'Université de Lausanne, représentant de l'Union syndicale suisse.

Le secrétariat de la commission était assuré par l'Office fédéral des assurances sociales.

1.3 Mandat de la commission d'experts Réforme structurelle

La commission a reçu le mandat d'élaborer un projet de loi renforçant la surveillance dans la prévoyance professionnelle. Ce projet devait être basé sur les recommandations de la commission d'experts Optimisation et compléter le concept de surveillance en vigueur par l'adjonction d'éléments prudentiels. Pour qu'il n'y ait plus de chevauchement des compétences fédérales et cantonales, une nouvelle structure devait être mise en place, comprenant, d'une part, des régions de surveillance intercantionales sur une base concordataire et, d'autre part, une haute surveillance forte. Le rapport explicatif devait aussi présenter, à titre de solution de remplacement, un dispositif de surveillance centralisée au niveau fédéral, indépendante et séparée de la surveillance des assurances, prévoyant des succursales régionales (sans haute surveillance). Il fallait aussi étudier s'il convenait d'ajouter aux compétences de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et de l'organe de révision¹, parmi les organes de contrôle internes des institutions de prévoyance, celles d'un spécialiste des placements chargé de l'examen des placements effectués. Les exigences concernant la surveillance des fondations de placement devaient aussi être formulées.

Si une solution a été mise en avant plutôt que l'autre, c'est parce que la Conférence des gouvernements cantonaux l'a voulu ainsi. Elle s'est prononcée, en mai 2004, en faveur d'une surveillance régionalisée de la prévoyance professionnelle. La constitution de régions de surveillance rapproche en effet la surveillance de ses clients et la rend plus objective. Par ailleurs, il y a concentration des savoirs professionnels et une meilleure harmonisation.

1.4 Situation financière des institutions de prévoyance

En 2001 et 2002, la situation financière des institutions de prévoyance était préoccupante, en particulier à cause de l'évolution des marchés financiers. Pour mettre à disposition des institutions de prévoyance qui doivent combler des découverts des instruments fondés sur de solides bases juridiques, le Conseil fédéral a édicté, le 21 mai 2003, en sa qualité d'autorité de haute surveillance² sur la prévoyance professionnelle, des directives concernant des me-

¹ Dans la LPP, la fonction de l'organe de révision est assumée par l'« organe de contrôle ». Pour harmoniser les notions conformément à la loi sur la surveillance de la révision, l'expression « organe de contrôle » doit être remplacée par l'expression « organe de révision » dans la présente révision de la LPP.

² Art. 64 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), RS 831.40.

sures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle³. La loi fédérale ad hoc a été adoptée par l'Assemblée fédérale le 18 juin 2004 et elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

Depuis 2002, la situation des institutions de prévoyance n'a cessé de s'améliorer.

Institutions de prévoyance	31.12.04 en découvert	31.12.04 en %	31.12.04 en mio. de francs	31.12.03 en découvert	31.12.03 en %	31.12.03 en mio.	31.12.02 en découvert	31.12.02 en %
Enreg. sans garantie étatique	261	12.6	6'927	382	15.6	8'960	728	29.2
Non enreg. sans garantie étatique	40	3.0	111	55	3.0	73	115	6.1
Total des institutions sans garantie étatique en découvert	301		7'026	437		9'033	843	

A la fin de 2002, 843 institutions enregistrées ou non, ne bénéficiant pas d'une garantie étatique, étaient en découvert. A la fin de 2003, 437 institutions étaient dans cette situation et, à la fin de 2004, 301 institutions.

2 Adoption d'un système de surveillance prudentielle

Le présent projet destiné à la procédure de consultation est basé sur les recommandations de la commission d'experts Optimisation. Lorsqu'il s'en écarte, les raisons de la divergence sont indiquées. Le but de l'optimisation du contenu de la surveillance est d'ajouter au dispositif actuel, axé sur la répression, des éléments prudentiels. Pour ce qui est de la nouvelle structure, le mandat du Conseil fédéral met en avant un système régional de surveillance, alors qu'une centralisation de la surveillance au niveau fédéral ne doit être qu'ébauchée.

Le concept de surveillance prudentielle reprend à son compte l'approche de l'« homme prudent », selon laquelle la personne qui investit à titre professionnel des fonds confiés par des tiers doit les placer avec autant de soin, de retenue et d'habileté que s'il s'agissait de sa propre fortune. Selon la commission d'experts Réforme structurelle, si les institutions de prévoyance respectent ce principe, la responsabilité assumée par les autorités de régulation (Parlement et Conseil fédéral) peut être déléguée aux institutions de prévoyance.

Mais en même temps, la surveillance et la haute surveillance doivent être améliorées. Les autorités de surveillance et l'autorité de haute surveillance doivent être en mesure d'identifier à temps les risques menaçant les fonds des assurés gérés par les institutions de prévoyance, pour pouvoir prendre suffisamment tôt des mesures qui permettent de parer aux éventuels dommages ou tout au moins de les réduire.

Différents dangers existent : l'application de paramètres techniques erronés, une stratégie de placements inappropriées, un effondrement des marchés entraînant des effets secondaires, des dysfonctionnements à tous les niveaux (relevant par ex. de la responsabilité de l'organe paritaire). Si un danger se matérialise, les droits aux prestations peuvent être affectés.

Du point de vue de la régulation, le système doit être conçu de manière à garantir que les paramètres ne soient pas fixés à un niveau qui contraigne les institutions de prévoyance à

³ FF 2003 5835 ss.

faire des placements risqués. C'est pourquoi la commission d'experts Réforme structurelle a étudié certains mécanismes permettant de stabiliser le système (cf. ch. 8), d'optimiser la gestion, le conseil et le contrôle des institutions de prévoyance (cf. ch. 6), ainsi que les autorités de surveillance et de haute surveillance (cf. ch. 7).

La commission d'experts Réforme structurelle recommande au Conseil fédéral d'introduire selon son projet à mettre en consultation une surveillance prudentielle basée sur un système d'autorégulation surveillée.

3 Système d'autorégulation surveillée

3.1 Le système actuel et ses faiblesses

La surveillance et le contrôle des institutions de prévoyance s'exercent aujourd'hui à plusieurs niveaux : l'institution de prévoyance choisit un expert indépendant en matière de prévoyance professionnelle⁴ et un organe de révision⁵. Chaque institution de prévoyance est soumise à l'autorité de surveillance d'un canton ou à la Confédération⁶, et enfin la haute surveillance est exercée par le Conseil fédéral⁷. Ce système ne doit pas être remis fondamentalement en question, mais il faut dépolitiser la fixation des paramètres, conférer à la surveillance une dimension prudentielle et impliquer davantage les acteurs dans le système.

La LPP, conçue à l'origine comme une loi-cadre, est aujourd'hui un dispositif normatif très détaillé et compliqué, qui limite la marge de manœuvre des organes responsables. Cependant, malgré cette densité réglementaire, les tâches et la responsabilité à l'intérieur de l'institution de prévoyance, mais aussi en relation avec l'expert en matière de prévoyance professionnelle ou l'organe de révision, ainsi qu'en relation avec les rapports entre la surveillance et la haute surveillance, ne sont pas définies de manière suffisamment claire. C'est pourquoi certaines tâches (par ex. la responsabilité de l'actif du bilan, la fixation du taux d'intérêt technique) ne sont explicitement attribuées à aucun acteur par la loi, si bien que les responsabilités respectives sont mal définies. De ce fait, la surveillance peut difficilement être efficace.

Aujourd'hui, la surveillance est plutôt de type répressif, même si une approche prospective existe aussi, les autorités de surveillance examinant si les règlements, le financement et l'organisation des institutions de prévoyance sont conformes à la loi. Mais les défauts des processus internes, les lacunes en termes de contrôle, le mauvais usage des fonds et les problèmes de financement ne peuvent en règle générale, être constatés qu'après coup. C'est donc seulement à un stade ultérieur que des correctifs peuvent être apportés.

La haute surveillance est du ressort du Conseil fédéral⁸, qui a délégué certaines tâches à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS)⁹. En même temps, la surveillance directe des institutions de prévoyance actives au niveau national est assurée par l'OFAS. À cause de ce parallélisme des compétences, l'OFAS n'est pas vraiment perçu à l'extérieur comme un organisme exerçant ses fonctions de manière autonome.

⁴ Art. 53, al. 2, LPP.

⁵ Art. 53, al. 1, LPP.

⁶ Art. 61 LPP.

⁷ Art. 64 LPP.

⁸ Art. 64 LPP.

⁹ Art. 4 de l'ordonnance du 29 juin 1983 sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance professionnelle (OPP 1), RS 831.435.1.

3.2 Nouvelle conception de la surveillance

La révision proposée dans le présent rapport doit permettre de séparer la surveillance directe et la haute surveillance : la surveillance directe sera exercée exclusivement par des autorités de surveillance cantonales et/ou régionales (sauf en ce qui concerne la surveillance du Fonds de garantie et celle de l'Institution supplétive) et la haute-surveillance par une commission décisionnelle indépendante.

Les tâches et les responsabilités des différents acteurs sont cernées plus précisément et mieux harmonisées. De ce fait, il est possible de savoir clairement qui, exerçant quelles fonctions, est responsable de quoi. C'est pourquoi la commission d'experts Réforme structurelle propose d'introduire un système d'autorégulation surveillée qui accorderait une plus grande marge de manœuvre aux institutions de prévoyance. Celles-ci doivent être responsables de la fixation du taux d'intérêt technique (ch. 8.2.3.1) et de la rémunération de l'avoir de vieillesse (ch. 8.4.2.1). La commission d'experts Réforme structurelle propose par ailleurs de supprimer les limites des placements (ch. 8.6.2). Mais si les institutions de prévoyance ont une plus grande marge de manœuvre, elles assument aussi une plus grande responsabilité. Les associations professionnelles sont également appelées à jouer un rôle plus important : dans certains domaines, elles doivent pouvoir contribuer elles aussi à la définition des conditions-cadre régissant l'application de la prévoyance professionnelle.

L'autorité de haute surveillance devient plus active et exerce une fonction régulatrice plus importante. Dans la mesure du possible, elle doit veiller à ce que des risques systémiques ne mettent pas en danger la prévoyance professionnelle et elle est responsable de la garantie de la qualité dans la mesure où elle déclare obligatoires certaines normes de qualité ou standards professionnels. Elle donne des directives générales aux organes de révision et les experts en matière de prévoyance professionnelle (il appartient à l'autorité de surveillance compétente d'émettre des directives concernant des cas particuliers). Elle veille par ailleurs à ce que toutes les autorités de surveillance se conforment aux mêmes principes dans l'exercice de leur activité. Selon cette approche, la haute surveillance peut inciter dès le départ les différents acteurs à utiliser la marge de manœuvre qui leur est accordée et influencer sur la manière dont ils l'utilisent. A l'heure actuelle, l'OFAS est limité dans son action, il peut uniquement adresser aux autorités de surveillance des directives concernant des domaines techniques particuliers¹⁰. Seul le Conseil fédéral peut adresser aux autorités de surveillance des directives plus exigeantes¹¹.

Les compétences de l'autorité de haute surveillance et des autorités de surveillance doivent être clairement délimitées. La position des autorités de surveillance s'en trouvera renforcée, leurs tâches, leurs compétences et les instruments de surveillance dont elles disposent étant précisés plus étroitement dans la loi. Dans ce cadre, elles disposent notamment du droit d'émettre des directives concernant des cas particuliers à l'attention des institutions de prévoyance, des experts et des organes de révision. L'effet suspensif est en principe supprimé en cas de recours contre une décision de l'autorité de surveillance. Cette mesure doit empêcher que l'application des dispositions prises par les autorités de surveillance soit retardée par des recours au point que ces dispositions ne puissent plus être appliquées au terme de la procédure.

Enfin, il faut que les associations professionnelles du domaine de la prévoyance puissent jouer un rôle plus actif. Elles doivent devenir des organisations autorégulatrices à part entière. Dans différents domaines, le droit de la prévoyance professionnelle repose aujourd'hui déjà expressément ou implicitement sur des normes édictées par des

¹⁰ L'inscription et la radiation des institutions de prévoyance dans le registre de la prévoyance professionnelle, le contrôle de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance, la collaboration avec les experts en matière de prévoyance professionnelle et les organes de contrôle, la collaboration avec les autorités cantonales qui exercent un pouvoir hiérarchique sur les institutions de prévoyance de droit public, le placement de la fortune des institutions de prévoyance (cf. art. 4, al. 2, OPP 1).

¹¹ Art. 64, al. 2, LPP.

organisations spécialisées. On peut mentionner ici l'obligation d'établir les comptes annuels conformément aux recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26 (art. 47 OPP 2), les mesures que les institutions de prévoyance doivent prendre pour garantir la loyauté dans la gestion de fortune (art. 49a, al. 3, OPP 2), les procédures en cas de liquidation partielle ou totale (art. 53d, al. 1, LPP), ou encore l'établissement de la valeur actuelle en cas de libre passage dans les caisses appliquant le système de la primauté des prestations (art. 16, al. 6, LFLP¹²). Ces normes sont élaborées par des organisations spécialisées et s'appliquent d'abord pour les membres de ces organisations. Mais elles peuvent aussi être déclarées de force obligatoire générale. Si aujourd'hui la force obligatoire générale peut en principe être conférée par une disposition émanant du Conseil fédéral¹³, dans le système d'autorégulation surveillée, c'est l'autorité de haute surveillance qui doit avoir cette compétence.

Les conditions suivantes doivent toutefois être remplies pour qu'il puisse y avoir déclaration de force obligatoire générale :

- **Reconnaissance**

Des compétences « paraofficielles » ne peuvent pas être attribuées à des organisations spécialisées, c'est-à-dire de droit privé ; il faut que les normes soient reconnues par une autorité. Cette tâche ne devrait toutefois pas revenir à une autorité politique. La commission d'experts Réforme structurelle recommande d'attribuer à l'autorité de haute surveillance la compétence de reconnaître des normes professionnelles¹⁴.

Il existe, dans la prévoyance professionnelle, différentes organisations professionnelles qui traitent des questions actuarielles. On peut imaginer que plusieurs associations professionnelles élaborent de telles normes. L'autorité de haute surveillance agira en sorte que les différentes organisations professionnelles s'accordent sur les normes à appliquer (cf. ch. 6.2).

- **Exigence légale**

Etant donné l'importance de telles normes, non seulement pour les institutions de prévoyance, mais aussi, indirectement, pour les assurés et les employeurs, il ne suffit pas que la possibilité d'une reconnaissance soit prévue dans la loi. Il faut encore qu'un cadre soit prédéfini (définissant par exemple une valeur de référence pour le taux d'intérêt technique, des critères pour la reconnaissance des experts et des organes de révision).

4 Recommandations de la commission d'experts Optimisation

4.1 Contenu des recommandations de la commission d'experts.

Dans son rapport d'avril 2004¹⁵, la commission d'experts Optimisation a formulé 14 recommandations pour stabiliser le système ou optimiser le contenu de la surveillance ainsi que 2 recommandations concernant la structure de la surveillance (organisation de la surveillance et de la haute surveillance):

La surveillance de la prévoyance professionnelle, qui était jusqu'ici d'orientation répressive, doit être complétée par des éléments prudentiels et l'activité de surveillance doit être mieux harmonisée dans l'ensemble de la Suisse (recommandation 1).

¹² Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage, RS 831.42.

¹³ Cf. art. 53d, al. 1, LPP (la disposition d'application de l'art. 27g, al. 1^{bis}, OPP 2 renvoie indirectement aux normes Swiss GAAP RPC 26), art. 47, al. 2, OPP 2.

¹⁴ Cette recommandation s'inspire du règlement en vigueur dans le domaine de la surveillance des banques, cf. la circulaire de la Commission fédérale des banques du 21 avril 2004 : Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux par la CFB.

¹⁵ Rapport publié en avril 2004 par la commission d'experts « Optimisation de la surveillance dans la prévoyance professionnelle ».

Selon les recommandations de la commission d'experts Optimisation, la prévoyance professionnelle doit continuer à être assurée par ces deux piliers du système que sont les institutions de prévoyance et les assureurs-vie (recommandation 3), même si l'autonomisation poussée des institutions collectives, sur les plans organisationnel et financier, modifie le rôle des assureurs-vie (recommandation 5). Les partenaires sociaux doivent être représentés paritairement au sein de l'organe suprême, alors que les assureurs-vie qui ont fondé les fondations collectives ne doivent plus y être représentés. Les institutions collectives doivent quant à elles se prononcer sur les liens qu'elles entendent avoir avec les assureurs-vie (en matière de gestion de fortune, de réassurance, etc. ; recommandation 5). Lorsque les institutions de prévoyance et les assureurs-vie doivent assumer des risques actuariels et des risques de marché comparables, ils doivent aussi être soumis à des conditions-cadre et à des règles de surveillance prudentielles identiques. Des règles différentes ne doivent être prévues que lorsque cette différence est justifiée et nécessaire (recommandation 4).

Plusieurs mesures doivent permettre d'introduire une surveillance prudentielle :

- L'autorité de surveillance ou de haute surveillance élabore des normes sur la manière d'établir un règlement de placement, afin d'institutionnaliser la gestion des risques dans le domaine des placements. L'autorité de surveillance compétente examine si les règlements de placement élaborés par les institutions de prévoyance respectent les normes imposées, alors que l'organe de révision s'assure que dans la gestion ordinaire le conseil de fondation respecte le règlement de placement (recommandation 2).
- Avant de commencer à exercer leurs activités, les institutions communes et collectives (semi-)autonomes qui sont ouvertes à de très nombreux assurés, très différents, à l'instar des assureurs-vie offrant une assurance complète, doivent disposer d'un capital minimal et, par la suite, elles doivent aussi avoir suffisamment de provisions et de réserves pour couvrir les risques de placement (recommandations 6 et 9). La stratégie de placement de l'institution de prévoyance doit correspondre aux normes de placement – tenant compte des risques d'assurance et des risques en matière de placements – approuvées par la haute surveillance. L'autorité de surveillance compétente (capital minimal, réserves, provisions, approbation du règlement de placement) et l'organe de révision (respect du règlement de placement approuvé) doivent examiner si les conditions prévues sont remplies.
- Le Conseil fédéral fixe, en matière de taux minimal de rémunération et de taux de conversion, un taux minimal obligatoire qui doit être respecté par toutes les institutions de prévoyance. Il fixe aussi, pour les provisions techniques, les réserves de fluctuation et le taux d'intérêt technique, des fourchettes à l'intérieur desquelles les institutions de prévoyance peuvent déterminer elles-mêmes les valeurs applicables. Mais il faut que les paramètres (taux ou fourchette) fixés par le Conseil fédéral qui ne sont pas ou plus appropriés du point de vue actuariel puissent être modifiés, lorsqu'ils ne correspondent plus aux données biométriques (recommandation 7) ou aux rendements qui peuvent effectivement être obtenus sur les marchés des placements. Mais pour que les paramètres et les fourchettes puissent être fixés aussi correctement que possible, les données nécessaires doivent être régulièrement relevées (recommandation 8).

Les organes de contrôle et de surveillance doivent aussi respecter ces autres exigences :

- Les entreprises qui veulent fonctionner comme organes de révision doivent désormais être inscrites nominalement dans un registre, disposer d'une assurance responsabilité civile et remplir d'autres conditions professionnelles (expérience pratique, formation d'expert comptable) et personnelles (bonne réputation) (recommandation 11).
- Les experts en matière de prévoyance professionnelle doivent établir leur expertise actuarielle plus fréquemment qu'aujourd'hui (tous les deux ans et non plus tous les cinq ans) et prouver qu'ils disposent d'une assurance responsabilité civile (recommandation 12).

- Les autorités de surveillance doivent être indépendantes sur les plans juridiques, financier et administratif ; leurs tâches et compétences doivent être définies et circonscrites par rapport à celles de la haute surveillance ; les exigences professionnelles pour l'exercice de la surveillance doivent être définies (recommandation 14).

Sur le plan structurel, la commission a recommandé la création d'autorités de surveillance régionales sur une base concordataire, ainsi qu'une haute surveillance intégrée à la surveillance des assurances (recommandations 15 et 16). Une minorité de la commission préférait centraliser la surveillance auprès de la Confédération ; la haute surveillance serait alors devenue superflue.

La Commission LPP, qui conseille le Conseil fédéral en matière de prévoyance professionnelle, a rejeté les recommandations de la commission d'experts Optimisation en mai 2004, affirmant que la structure et le contenu de la surveillance actuelle donnaient satisfaction. Une action ne serait justifiée qu'au niveau de la haute surveillance, dont le pouvoir d'intervention devrait être renforcé. Le Conseil fédéral n'a cependant suivi que partiellement la Commission LPP. S'il a repris les analyses concernant la structure, il a refusé la constitution d'une autorité fédérale de surveillance centralisée. En s'appuyant sur les recommandations de la commission d'experts Optimisation, il a cependant décidé de faire rédiger un projet à mettre en consultation. Lorsque les recommandations de la commission d'experts Optimisation pouvaient être appliquées sans modifier la loi, il fallait mettre en œuvre les mesures appropriées.

4.2 Application de certaines recommandations sous forme de mesures immédiates

Plusieurs recommandations formulées par la commission d'experts Optimisation ont pu être appliquées rapidement, sans modifier la loi.

La recommandation 6 était basée sur la décision suivante : lorsque les risques sont les mêmes, les mêmes conditions-cadre doivent s'appliquer pour les assureurs-vie actifs dans la prévoyance et pour les institutions de prévoyance. Par conséquent, les institutions de prévoyance qui, comme les institutions collectives ou communes, ont un portefeuille d'assurés important et hétérogène et ne disposent pas d'une assurance complète ni d'une réassurance, devaient posséder elles aussi, comme les assureurs-vie, un capital minimal pour pouvoir exercer leur activité. Le risque encouru n'est pas comparable dans le cas des institutions de prévoyance propres à une entreprise (ou des institutions d'associations professionnelles), puisque, en raison de l'histoire de l'entreprise, il existe une relation étroite entre l'institution de prévoyance et l'employeur affilié, si bien que celui-ci prendra des mesures au besoin pour résoudre les problèmes financiers de l'institution.

En tant qu'autorité de haute surveillance de la prévoyance professionnelle, le Conseil fédéral a édicté des directives, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2005, demandant que, lors de leur création, les institutions collectives ou communes autonomes ou semi-autonomes disposent d'un capital minimal. Cette disposition vise à garantir que les coûts d'administration et d'organisation soient couverts lors de la phase de démarrage. Il doit aussi y avoir la garantie d'une banque ou d'une assurance, pour le cas où l'institution serait liquidée au cours des cinq premières années. Le Conseil fédéral, appliquant en partie la recommandation 9, a ensuite décidé d'apporter un changement à la modification de l'ordonnance¹⁶: toutes les institutions de prévoyance comptant moins de 300 assurés (précédemment 100 assurés) créées à partir du 1^{er} janvier 2006 devront disposer d'une mesure supplémentaire de couverture. Cette mesure doit permettre de faire face aux risques d'invalidité, qui sont très difficiles à gérer, en particulier pour les petites institutions de prévoyance. Elle peut prendre la forme d'une réassurance ou de provisions techniques suffisamment importantes. De nombreuses institutions disposent déjà d'une telle mesure de couverture. On peut ainsi dire

¹⁶ Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, OPP 2, RS 831.441.1.

que les recommandations 6 et 9 de la commission d'experts Optimisation sont d'ores et déjà appliquées.

La recommandation 5 a été elle aussi appliquée, en partie, lors de la mise en œuvre de la 1^{re} révision LPP. Elle demande que dans les institutions collectives ou communes liées aux assureurs, le principe de la gestion paritaire soit appliqué rigoureusement et que les assureurs-vie ne soient pas représentés dans le conseil de fondation.

Concernant la recommandation 15, différents cantons ont pris des dispositions en vue d'une régionalisation de la surveillance. Les cantons de Suisse centrale (Lucerne, Uri, Obwald, Nidwald, Schwyz et Zoug) confient depuis le 1^{er} janvier 2006 la surveillance LPP à une institution autonome de droit public appelée « Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht » (Surveillance LPP et des fondations de Suisse centrale), dont le siège est à Lucerne. Le financement de cette institution sera assuré exclusivement par des émoluments. Les cantons de Suisse orientale, Glaris, les deux Appenzell, Saint-Gall, Grisons et Thurgovie, ainsi que Schaffhouse éventuellement, disposeront eux aussi, dès le 1^{er} janvier 2008, d'une institution de droit public exclusivement financée par des émoluments, qui fera office de centre régional de compétences chargé de la surveillance LPP : la surveillance LPP et des fondations de Suisse orientale, avec siège à Saint-Gall. Le canton du Tessin a l'intention de conclure un contrat de collaboration avec la surveillance LPP et des fondations de Suisse orientale, qui les fournirait des services spéciaux tarifés. Des travaux législatifs sont en cours à ce propos dans les cantons impliqués. Les cantons du Nord-Ouest de la Suisse (Bâle-Ville, Bâle-Campagne et Soleure), ont institutionnalisé et officialisé la collaboration qu'ils entretenaient déjà, en fondant une association régionale. Des projets allant dans le même sens sont aussi en discussion en Suisse romande.

4.3 Prise en compte des autres recommandations de la commission d'experts Optimisation dans le projet à mettre en consultation

Le présent projet donne suite aux recommandations de la commission dans les domaines suivants : la surveillance prudentielle harmonisée au niveau suisse (recommandation 1), l'élaboration du règlement de placement (recommandation 2), le rôle que les assureurs-vie doivent continuer de jouer dans la prévoyance professionnelle (recommandation 3), l'autonomisation économique et organisationnelle des institutions collectives gérées par les assureurs-vie (recommandation 5, 1^{re} phrase), les conditions que doivent remplir les organes de révision pour pouvoir exercer une activité de contrôle (recommandation 11), le Fonds de garantie (recommandation 12), l'organisation des autorités de surveillance (recommandation 14) et le capital minimal ou la garantie bancaire dont doivent disposer les institutions collectives ou communes (semi-) autonomes nouvellement fondées. D'autres éléments ont déjà été mis en œuvre dans le cadre de la 1^{re} révision LPP : la composition paritaire de l'organe suprême et la possibilité pour celui-ci de prendre des décisions concernant la gestion de la fortune de prévoyance (mandat de gestion de fortune ou d'assurance complète, recommandation 5, 2^e et 3^e phrases), les dispositions concernant les réserves actuarielles nécessaires et le taux de réserves (recommandation 9, paragraphes 1 et 3).

Le principe de la recommandation 4 selon lequel les mêmes règles de surveillance s'appliquent aux assureurs-vie et aux institutions de prévoyance lorsqu'ils assument des risques comparables, a été pris en compte. Dans ce contexte, la recommandation 9, 2^e paragraphe, réclamant l'introduction de dispositions sur la solvabilité applicables aux institutions de prévoyance, n'a cependant pas été reprise. La commission d'experts Réforme structurelle préfère s'en tenir au système actuel, qui prévoit que les institutions de prévoyance peuvent présenter temporairement des découverts sans être immédiatement soumises à une procédure de liquidation. Les conditions matérielles à remplir pour exercer une activité n'étant pas les mêmes, des règles différentes s'appliquent à ces institutions en matière de surveillance. Les raisons pour lesquelles la recommandation n'a pas été suivie en ce qui concerne le taux d'intérêt minimal, le taux d'intérêt technique, les provisions techniques et les réserves pour fluctuation de cours sont présentées au ch. 8. La collecte des données

pertinentes (recommandation 8) sera moins étendue que ne le proposait la commission d'experts Optimisation : la Commission de haute surveillance prélève et publie les données nécessaires pour avoir un point de repère en matière de rémunération de l'avoir de vieillesse. Il doit encore être possible de financer par répartition certaines mesures correctrices de nature actuarielle (recommandation 10) si des paramètres du système sont fixés par les autorités (proposition subsidiaire). Un taux d'un demi pour-cent a par exemple été proposé dans le message concernant l'adaptation du taux de conversion minimal pour tenir compte de l'allongement de l'espérance de vie. Si par contre l'institution de prévoyance détermine elle-même périodiquement les paramètres (variante principale concernant la rémunération des bonifications de vieillesse), de telles mesures correctrices ne sont plus nécessaires ou peuvent être prises dans le cadre des activités ordinaires. Les avis sont partagés concernant la recommandation 12 sur les tâches et la responsabilité de l'expert en matière de prévoyance professionnelle : l'obligation d'établir tous les deux ans une expertise actuarielle et de l'actualiser chaque année peut être inscrite dans une ordonnance. D'un côté, la fonction de l'expert a été revalorisée, dans la mesure où celui-ci a désormais la responsabilité d'analyser s'il y a congruence entre l'actif et le passif du bilan concordant (gestion actif-passif). Mais d'un autre côté, on a renoncé, pour des raisons pratiques, à demander à l'expert de contracter une assurance-responsabilité civile. En effet, il n'existe pratiquement pas d'offre abordable dans ce domaine sur le marché.

5 Contexte des travaux de la Commission

5.1 Directives de l'UE sur la surveillance des institutions de prévoyance et des compagnies d'assurances

Pour tenir compte des particularités de la prévoyance vieillesse professionnelle, la surveillance prudentielle des institutions de prévoyance professionnelle (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 ; Directive sur les fonds de pension) et celle des compagnies d'assurances sur la vie (Directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie) ont été réglementées dans des directives séparées¹⁷. La Directive 2003/41 ne fait cependant pas partie de l'acquis communautaire repris par la Suisse. De plus, elle ne s'appliquerait que pour la prévoyance surobligatoire, mais pas dans le domaine de la LPP, parce que la LPP relève de la prévoyance vieillesse légale (et non de la prévoyance d'entreprise). Elle offre cependant pour la surveillance des institutions de prévoyance des points de repère qui ne sont pas sans intérêt pour la présente discussion.

Outre les exigences portant sur l'activité des institutions de prévoyance et la séparation juridique entre les entreprises affiliées et lesdites institutions¹⁸, la directive sur les fonds de pensions pose des conditions en matière de fonctionnement¹⁹.

La directive exige par ailleurs les mesures suivantes pour garantir l'équilibre financier des institutions :

- a. Comptes annuels et rapports annuels qui donnent une image correcte et fidèle des actifs et des engagements de l'institution et de sa situation financière²⁰ ;
- b. Déclaration sur les principes de la politique de placement pour trois ans qui contient, au moins, des éléments tels que les méthodes d'évaluation des risques d'investissement, les techniques de gestion des risques mises en oeuvre et la répartition stratégique des actifs eu égard à la nature et à la durée des engagements de retraite²¹ ;

¹⁷ JOUE 2003, L 235/10 ss.

¹⁸ Art. 7 et 8 Directive 2003/41/CE.

¹⁹ Art. 9 Directive 2003/41/CE.

²⁰ Art. 10 Directive 2003/41/CE.

²¹ Art. 12 Directive 2003/41/CE.

- c. Le calcul des provisions techniques a lieu tous les trois ans, avec des ajustements réalisés lors des années intermédiaires, sous le contrôle d'un actuare ou d'un autre spécialiste de ce domaine²² ;
- d. Le montant des provisions techniques est calculé au moyen d'une évaluation actuarielle suffisamment prudente, les hypothèses économiques et actuarielles retenues pour l'évaluation des engagements devant être choisies en tenant compte, le cas échéant, d'une marge adéquate pour variations défavorables²³ ;
- e. Les taux d'intérêt maximum utilisés sont choisis avec prudence, en tenant compte du rendement des actifs correspondants détenus par l'institution, du rendement des investissements futurs et/ou des rendements des obligations d'État ou de haute qualité²⁴ ;
- f. Les tables biométriques utilisées pour le calcul des provisions techniques se fondent sur des principes de prudence, tenant compte des principales caractéristiques du groupe d'affiliés et des régimes de retraite, notamment de l'évolution attendue des risques concernés²⁵. L'État membre d'origine peut subordonner le calcul des provisions techniques à des exigences additionnelles et plus détaillées, afin d'assurer une protection adéquate des intérêts des affiliés et des bénéficiaires.

Les institutions doivent disposer d'actifs suffisants et appropriés pour couvrir les provisions techniques²⁶. L'État membre d'origine peut autoriser à titre temporaire une institution à ne pas disposer d'actifs suffisants pour couvrir les provisions techniques. Dans ce cas, l'autorité compétente fait obligation à l'institution d'adopter un plan de redressement concret et réalisable pour garantir le financement²⁷.

La directive exige aussi la constitution d'actifs supplémentaires du point de vue prudentiel pour le cas où l'institution elle-même souscrit l'engagement de couvrir les risques biométriques ou garantit un rendement donné des placements ou un niveau donné de prestations. Celle-ci doit alors détenir en permanence des actifs supplémentaires afin de servir de coussin de sécurité. Le niveau de ce coussin de sécurité doit refléter le type de risque et les actifs détenus pour l'éventail complet des régimes gérés. Ces actifs supplémentaires doivent être libres de tout engagement prévisible et constituer un capital de sécurité destiné à compenser les écarts entre les dépenses et bénéfices prévus et réels²⁸.

Le calcul du niveau minimum des actifs supplémentaires est régi par les art. 27 et 28 de la Directive concernant l'assurance directe sur la vie : l'article prescrit une marge de solvabilité, qui est constituée par le patrimoine libre de tout engagement prévisible et qui se calcule selon l'art. 28. Pour les opérations de gestion de fonds collectifs de retraite, c'est-à-dire les opérations consistant, pour l'entreprise concernée, à gérer les placements et notamment les actifs représentatifs des réserves des organismes qui fournissent des prestations en cas de décès, en cas de vie ou en cas de cessation ou de réduction des activités, cette marge de solvabilité est de 4 % des provisions techniques si l'entreprise d'assurance-vie supporte elle-même le risque de placement. Ce pourcentage peut être ajusté en cas de réassurance. Dans la mesure où l'entreprise d'assurance-vie assume un risque de mortalité, ce pourcentage est de 0,3 % du capital sous risque ; il peut également être ajusté en cas de réassurance. La marge de solvabilité requise est la somme de ces deux pourcentages.

La Directive sur les fonds de pension et la Directive concernant l'assurance sur vie diffèrent sur les points suivants :

- **Taux d'intérêt minimal.** En vertu de la Directive concernant l'assurance sur la vie 2002/83/CE, le taux maximum garanti ne doit pas être supérieur à 60 % de celui des

²² Art. 15, al. 3 et 4 Directive 2003/41/CE.

²³ Art. 15, al. 4, let. a Directive 2003/41/CE.

²⁴ Art. 15, al. 4, let. b Directive 2003/41/CE.

²⁵ Art. 15, al. 4, let. c Directive 2003/41/CE.

²⁶ Art. 16, al. 1 Directive 2003/41/CE.

²⁷ Art. 16, al. 2 Directive 2003/41/CE. Ce principe est repris pour l'essentiel par les art. 65c et 65d LPP, modifiés le 18 juin 2004 – FF 2004, pages 2929 ss.

²⁸ Art. 17, al. 1 Directive 2003/41/CE.

emprunts obligataires de l'Etat dans la devise duquel est libellé le contrat²⁹, tandis que la Directive sur les fonds de pension 2003/41/CE est plus libérale. Les taux d'intérêt maximum utilisés sont choisis en tenant compte du rendement des actifs correspondants détenus par l'institution, du rendement des investissements futurs et/ou des rendements des obligations d'Etat ou de haute qualité³⁰. Ils ne sont donc pas nécessairement limités à un pourcentage fixe de l'intérêt porté par les emprunts obligataires de l'Etat. Ainsi la Directive sur les fonds de pension 2003/41/CE se limite à faire obligation à l'Etat membre d'origine d'exiger que les institutions disposent, pour la totalité des régimes de retraite qu'elles gèrent, d'actifs suffisants et appropriés pour couvrir les provisions techniques³¹. Ces actifs doivent être déterminés en fonction d'une marge de sécurité calculée selon les prescriptions ad hoc de la Directive concernant l'assurance sur la vie³².

- **Règles de placement** : la Directive sur les fonds de pension se caractérise par l'application générale du principe de prudence («prudent person rule»), les États membres ne pouvant imposer aux institutions l'obligation d'effectuer leurs placements dans des catégories particulières d'actifs³³ ni, en particulier, les empêcher de placer jusqu'à 70 % des actifs représentatifs des provisions techniques dans des actions, des titres ou valeurs négociables assimilées à des actions et des obligations d'entreprises négociables sur des marchés réglementés et de décider elles-mêmes de la pondération de ces titres dans leur portefeuille de placements. Si les règles prudentielles le justifient, les États membres peuvent toutefois appliquer une limite inférieure aux institutions qui fournissent des produits de retraite avec une garantie de taux d'intérêt à long terme, supportent elles-mêmes le risque d'investissement et fournissent elles-mêmes la garantie³⁴. Les institutions peuvent en outre placer jusqu'à 30 % des actifs couvrant les provisions techniques en monnaies étrangères ou sur les marchés de capital-risque³⁵.

Les États membres peuvent imposer, sur une base individuelle, aux institutions de prévoyance professionnelle, des règles de placement plus strictes justifiées du point de vue prudentiel, eu égard notamment aux engagements contractés par l'institution³⁶.

En vertu de la Directive concernant l'assurance sur la vie, les actifs couvrant les provisions techniques tiennent compte du type d'opérations effectuées par l'entreprise d'assurance de manière à assurer la sécurité, le rendement et la liquidité des investissements de l'entreprise, qui veillera à une diversification et à une répartition adéquate de ces placements (cf. art. 22 à 24 Directive concernant l'assurance sur la vie). Ces règles sont plus détaillées et moins axées sur les valeurs réelles (actions et capital-risque) que les dispositions de la Directive sur les fonds de pension. Elles mettent en exergue la différence d'horizon temporel des engagements des compagnies d'assurance et des institutions de prévoyance.

- **Règles de redressement** : en vue du rétablissement de la situation financière d'une entreprise d'assurance dont la marge de solvabilité n'atteint plus le minimum prescrit, l'autorité de surveillance exige un plan de redressement qui doit être soumis à son approbation³⁷. Si la marge de solvabilité n'atteint même plus le fonds de garantie, l'autorité de surveillance exige de l'entreprise d'assurance un plan de financement à court terme qui doit être soumis à son approbation³⁸. Dans certaines circonstances,

²⁹ Art. 20, al. 1, let. b, a, i) Directive 2002/83/CE.

³⁰ Art. 15, al. 4, let. b Directive 2003/41/CE.

³¹ Art. 16, al. 1 Directive 2003/41/CE.

³² Art. 17, al. 1 Directive 2003/41/CE.

³³ Art. 18, al. 3 Directive 2003/41/CE.

³⁴ Art. 18, al. 5, let. a Directive 2003/41/CE.

³⁵ Art. 18, al. 5, let. b et c Directive 2003/41/CE.

³⁶ Art. 18, al. 6 Directive 2003/41/CE.

³⁷ Art. 37, al. 2 Directive 2002/83/CE.

³⁸ Art. 37, al. 3 Directive 2002/83/CE.

l'autorité compétente exige de l'entreprise d'assurance une marge de solvabilité plus importante, afin que l'entreprise soit rapidement en mesure de satisfaire aux exigences de solvabilité³⁹.

- **Agrément** : l'agrément octroyé à une entreprise d'assurance peut lui être retiré si celle-ci n'a pu réaliser, dans les délais impartis, les mesures prévues par le plan de redressement ou par le plan de financement visé à l'art. 37⁴⁰.

La Directive sur les fonds de pension ne contient pas de prescription comparable relative à un plan de financement à court terme.

5.2 Principes de la surveillance des marchés financiers et différences et similitudes entre assureurs-vie et institutions de prévoyance selon le droit en vigueur

5.2.1 Surveillance intégrée des marchés financiers : Commission d'experts Zimmerli

Sur la base du rapport Zufferey « Surveillance des marchés financiers », une commission d'experts présidée par le professeur Ulrich Zimmerli a proposé des modifications de la législation relative aux marchés financiers. Cette commission a publié en juillet 2003 son premier rapport partiel sur une autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) intégrant la Commission fédérale des banques (CFB) et l'Office fédéral des assurances privées (OFAP). En août 2004, elle a achevé son second rapport partiel sur le régime des sanctions dans la surveillance des marchés financiers. Au début de l'année 2006, le Département fédéral des finances (DFF) présentera un message complet relatif à la loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers⁴¹.

Quant à l'organisation de l'autorité intégrée de surveillance des marchés (la FINMA), le Conseil fédéral a adopté les décisions préalables suivantes :⁴²

- La FINMA réunit en une seule autorité la CFB, l'OFAP et l'Autorité de contrôle en matière de blanchiment, mais pas la haute surveillance de la prévoyance professionnelle.
- C'est un institut de droit public indépendant, l'organe chargé des décisions stratégiques (conseil de surveillance) étant clairement séparé de l'organe chargé de l'exécution (direction).
- Les membres de la direction sont placés à la tête de départements spécialisés auxquels peut être déléguée une compétence décisionnelle, mais pas lorsque sont en jeu des décisions de principe ou portant sur plusieurs domaines.
- Le Conseil fédéral désigne le conseil de surveillance, approuve l'élection des membres de la direction, prend connaissance du rapport d'activité à l'attention de l'Assemblée fédérale, édicte le statut du personnel ainsi que les dispositions d'exécution qui ne sont pas de nature technique.
- La FINMA est entièrement financée par des émoluments versés par les institutions soumises à sa surveillance.

³⁹ Art. 38, al. 2 Directive 2002/83/CE.

⁴⁰ Art. 39, al. 1, let. c directive 2002/83/CE.

⁴¹ La LFINMA est avant tout une loi d'organisation et ne modifie pour ainsi dire pas les lois spéciales qui régissent la surveillance des activités financières. La LFINMA prévoit uniquement une harmonisation des instruments de sanction.

⁴² Cf. Schäfer, Barbara (2005), « Les prochaines étapes de la nouvelle surveillance des marchés financiers », dans *La Vie économique*, 3-2005.

5.2.2 Différences et similitudes entre assureurs-vie et institutions de prévoyance selon le droit suisse

5.2.2.1 Aspects juridiques

L'activité des assureurs-vie dans la prévoyance professionnelle est régie par la loi fédérale sur la surveillance des assurances et celle des institutions de prévoyance par la LPP. Les institutions de prévoyance qui veulent offrir l'assurance obligatoire doivent revêtir la forme juridique d'une fondation ou d'une coopérative, ou être une institution de droit public. Elles doivent fournir leurs prestations conformément aux prescriptions de l'assurance obligatoire, qui régissent aussi leur organisation, leur financement, et leur gestion. La révision de la loi sur la surveillance des assurances (LSA, RS 961.01) a pour but de protéger les assurés des abus et du risque d'insolvabilité des assureurs-vie. Du point de vue matériel, cette loi passe du principe du contrôle des produits après-coup à celui du contrôle préventif, conformément à la tendance européenne. Du point de vue structurel, elle introduit une réglementation claire des compétences en matière de surveillance des institutions de prévoyance : les institutions de prévoyance gérées par des assureurs-vie sont soumises à la surveillance des institutions de prévoyance et non à la surveillance des assurances.

Les points communs sont les suivants :

- **Autorisation** d'exercer la prévoyance professionnelle pour les institutions de prévoyance et les assureurs-vie. Les deux types de prestataires doivent être agréés par leur autorité de surveillance : pour être enregistrées, les institutions de prévoyance doivent établir qu'elles disposent de garanties concernant leur pérennité financière et que les personnes chargées de la gestion et de l'administration sont intègres et qualifiées professionnellement. Elles doivent aussi prouver qu'elles disposent d'un organe de révision agréé et d'un expert en matière de prévoyance professionnelle et que l'organisation choisie est adaptée aux activités prévues.
- **Organes de contrôle interne et externe :**
 - Il incombe à l'expert en matière de prévoyance professionnelle de vérifier régulièrement si l'institution de prévoyance offre la garantie qu'elle peut remplir ses engagements et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales. Dans le domaine des assurances, cette fonction revient à l'actuaire qui garantit que la marge de solvabilité a été calculée correctement, que la fortune liée est conforme aux prescriptions du droit de la surveillance, que les bases juridiques sont adéquates et que les provisions techniques sont suffisantes.
 - L'organe de révision vérifie la gestion de l'institution de prévoyance ou de l'assureur-vie. Dans ce second cas, il doit en particulier examiner si les comptes annuels sont établis, en ce qui concerne la forme et le contenu, conformément aux prescriptions légales, statutaires et réglementaires, et annoncer à l'autorité de surveillance les éventuelles infractions pénales, les irrégularités graves, les violations du devoir d'agir de manière irréprochable et les faits de nature à compromettre la solvabilité de l'entreprise d'assurance ou les intérêts des assurés. L'organe de révision des institutions de prévoyance en vérifie chaque année la gestion, les comptes et les placements et s'assure que la fortune est gérée de manière loyale. L'organe de révision et l'expert en matière de prévoyance professionnelle informent immédiatement l'autorité de surveillance si la situation de l'institution de prévoyance exige une intervention rapide (en cas de découvert, par exemple) ou si leur mandat prend fin.

Des différences existent dans les domaines suivants :

- **Exigences en matière de constitution :** pour protéger les assurés, la loi exige des assureurs-vie qui veulent proposer une assurance complète dans la prévoyance

professionnelle un capital minimal de 15 millions de francs⁴³, une marge de solvabilité suffisante (fonds propres libres de tout engagement mis en relation avec l'ensemble de leur activité) et un fonds d'organisation qui couvre les frais de fondation et de développement ;

- **Financement et organisation** après la constitution :
 - L'entreprise d'assurance doit constituer des provisions techniques suffisamment importantes, disposer d'une fortune liée qui garantisse les obligations découlant des contrats d'assurance qu'elle a conclus et établir un compte d'exploitation annuel distinct pour la prévoyance professionnelle. Les personnes chargées de la haute direction, de la surveillance, du contrôle et de la gestion doivent jouir d'une bonne réputation et offrir la garantie qu'ils travailleront de manière irréprochable. En revanche, la LPP ne contient aucune disposition explicite sur le capital minimal exigé ; il n'est question que de garantir la situation financière. Edictées par voie d'ordonnance, des dispositions dans ce domaine sont en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2005 pour la catégorie restreinte des institutions communes et collectives autonomes et semi-autonomes. La loi a délégué au Conseil fédéral la compétence de fixer les réserves pour risques actuariels et les réserves financières, ainsi que les réserves de fluctuation (art. 65b LPP), une compétence dont le Conseil fédéral n'a pas fait usage jusqu'ici. Il a en revanche imposé aux institutions de prévoyance l'obligation d'adopter des dispositions réglementaires en vue de constituer des provisions et des réserves de fluctuation selon le principe de la permanence (art. 48e OPP 2) ;
 - Dans le cas des institutions de prévoyance, en cas d'insolvabilité, le Fonds de garantie garantit, au moyen de subsides, les prestations légales et les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales jusqu'à concurrence d'une fois et demie le montant limite⁴⁴ pour autant que la loi sur le libre passage⁴⁵ soit applicable à l'institution de prévoyance⁴⁶. Pour compenser d'éventuels déséquilibres financiers, les institutions de prévoyance peuvent être en découvert pendant un certain temps⁴⁷. Dans le cas des assureurs-vie, ces éléments jouent ici un rôle : la marge de solvabilité et l'approbation des primes ;
- Tandis que les institutions de prévoyance fixent elles-mêmes les **cotisations** et que le taux minimal, le taux de conversion et le taux d'intérêt technique applicable au calcul de la prestation de passage sont fixés par le Conseil fédéral ou par le Parlement, l'autorité de surveillance des assurances examine si les **primes** prévues par les assureurs pour le domaine de la prévoyance professionnelle restent dans des limites qui garantissent la solvabilité des assureurs-vie et la protection des assurés contre les abus.

5.2.2.2 Conséquences économiques possibles d'une convergence des deux systèmes

Comme l'ont montré les explications des chapitres ci-dessus, les contraintes auxquelles sont soumis les assureurs qui exploitent la prévoyance professionnelle sont différentes de celles qui s'appliquent aux institutions de prévoyance autonomes. Tenter d'harmoniser les règles aurait des répercussions importantes, et cela à plusieurs niveaux.

On l'a vu précédemment, le contexte des assureurs-vie est un contexte de garantie formelle. Il signifie que l'ensemble des obligations envers les assurés sont garanties, d'où l'obligation de maintenir un fonds de sûreté⁴⁸ dont la valeur doit être égale, lors de la clôture des comptes, au total des obligations en cours⁴⁹.

⁴³ Cf. art. 7, let. d, OS Les compagnies d'assurances sur la vie actives dans la prévoyance professionnelle mais sans assurance complète ont besoin d'un capital minimal de 10 millions de francs (art. 7, let. c, OS).

⁴⁴ Art. 8 LPP, valeur 2005: 116 100 francs.

⁴⁵ Loi sur le libre passage du 17 décembre 1993 (LFLP), RS 831.42.

⁴⁶ Art. 56, al. 1, let. c, LPP.

⁴⁷ Art. 65c LPP.

⁴⁸ Le fonds de sûreté des assureurs-vie correspond au fonds de garantie des autres branches d'assurance.

⁴⁹ La comparaison entre fonds de sûreté et engagements est effectuée au début de chaque exercice par calcul du débit du fonds de sûreté. Ce débit correspond à l'addition de différents éléments, dont principalement les réserves mathématiques

**Fonds de sûreté des assureurs-vie suisses
(en milliers de francs)¹**

	Valeur-cible au 31.12	Valeur de la couverture en février/mars de l'année suivante
1985	48'591'473	51'615'827
1986	53'906'388	56'192'400
1987	60'063'504	62'406'303
1988	67'600'652	70'244'274
1989	74'994'683	77'269'737
1990	80'999'398	82'705'131
1991	88'001'292	90'414'223
1992	96'002'100	100'717'454
1993	106'201'896	111'969'650
1994	116'870'262	119'989'789
1995	128'484'255	136'317'611
1996	142'899'515	156'522'734
1997	161'463'206	181'691'147
1998	182'792'954	200'300'261
1999	195'360'457	211'482'867
2000	209'023'698	218'520'401
2001	215'365'347	221'897'412
2002	218'375'827	225'190'899

¹ Y compris les cautions des assureurs étrangers établis en Suisse. Il s'agit ici des valeurs globales du fonds de sûreté. La mise en place d'une comptabilité séparée pour la prévoyance professionnelle permettra d'opérer ultérieurement la distinction entre données globales et données propres à la PP (source : OFAP).

La surveillance orientée sur les risques est fondée sur les règles de Solvency II, qui constituent un renforcement des anciennes règles de Solvency I. L'introduction du SST⁵⁰ vise l'établissement d'un rapport analysant les risques et permettant de déterminer la hauteur du capital-cible requis. La démarche d'évaluation est en outre fondée sur les valeurs du marché ou proches du marché⁵¹. Il y a découvert de la fortune liée dès que le débit (provisions techniques + supplément de sécurité) n'est plus intégralement couvert par la fortune liée. Les fonds propres jouent ainsi un rôle de capital de sécurité, d'où le fait que la dotation en capital propre est déterminante pour la marge de solvabilité. La relation entre fonds propres et risques à l'actif et au passif est déterminante pour apprécier la marge de solvabilité. L'entièreté de la marge de solvabilité doit être couverte par des capitaux propres ou par des capitaux externes à caractère de fonds propres. A défaut, un plan de redressement doit être présenté sans délai.

Cette exigence est analogue à celle qui figure dans la législation européenne. Il est toutefois intéressant de relever que dans le cadre de la Directive 2003/41 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, l'art. 4 donne aux Etats membres la possibilité d'appliquer plusieurs articles de ladite directive aux activités de fourniture de retraite professionnelle exercées par les entreprises d'assurance (qui relèvent de la Directive 2002/83/CE - Directive concernant l'assurance directe sur la vie). Cette faculté donnée aux Etats membres a des conséquences à plusieurs égards, dont notamment le fait que peut

des contrats en cours (déduction faite des prêts et avances sur polices et des primes échues mais non recouvrées), et un montant constituant une garantie supplémentaire (2 % pour les assureurs-vie).

⁵⁰ Swiss Solvency Test. En l'espèce, la Suisse a pris de l'avance par rapport à l'UE, qui prévoit l'introduction de Solvency II d'ici environ 5 ans.

⁵¹ Ce qui est conforme aux exigences des directives comptables IFRS, fondées sur la notion de « fair value » pour l'évaluation des actifs, passifs et garanties. Le bouclage statutaire auquel les assureurs doivent également procéder reste fondé sur la valeur la plus faible pour l'évaluation des actifs, respectivement l'évaluation des passifs selon les bases de conclusion des contrats.

alors être appliqué aux entreprises d'assurance l'art. 16 de la directive, qui prévoit que l'Etat membre d'origine peut autoriser à titre temporaire une institution à ne pas disposer d'actifs suffisants pour couvrir les provisions techniques (ce qui entraîne l'obligation d'adopter un plan de redressement).

Il convient complémentaiement de relever d'autres caractéristiques qui expliquent que les mécanismes propres aux assureurs vie conduisent à des évaluations différentes en matière de capitaux propres et de réserves :

- Le taux de couverture minimal que doivent respecter les assureurs-vie est en réalité non pas de 100 % des engagements, mais de l'ordre de 105 %. Cela tient à un supplément de 5 % des provisions⁵².
- Les bases pour le calcul des provisions sont établies par l'OFAP et par les réviseurs. L'utilisation de tables de génération, dont la particularité est d'intégrer l'amélioration future de la mortalité, est obligatoire.
- L'obligation de garantir en tout temps les obligations d'assurance a pour effet de réduire la marge de manœuvre et de raccourcir l'horizon de placement, ce qui conduit à orienter les placements vers les positions à faible risque. C'est un des éléments qui expliquent que les assureurs-vie utilisent un taux technique inférieur.⁵³

En outre, les assureurs-vie appliquent le tarif collectif basé sur des tables de mortalité de génération qui intègrent l'amélioration de la mortalité.

Si l'on se place dans la logique propre aux institutions de prévoyance autonomes, on peut admettre au titre d'hypothèse simplifiée que la grande majorité d'entre elles appliquent des tables de mortalité de période (qui n'intègrent pas la future amélioration de la mortalité) et un taux d'intérêt technique de l'ordre de 4 %⁵⁴.

Pour tenter de chiffrer le besoin supplémentaire de capitaux de couverture qui serait nécessaire aux IP autonomes si elles devaient appliquer les mêmes paramètres techniques que les assureurs-vie, on peut se limiter à chiffrer la différence du taux d'intérêt technique. En partant de 4 %, il faudrait descendre à 3,5 % et encore appliquer une réduction de 0,5 % pour tenir compte de l'utilisation de tables différentes et des frais, de sorte que l'on arriverait à un taux de 3 %. Si les institutions de prévoyance autonomes procédaient à une telle réduction du taux d'intérêt technique, l'influence sur le capital de couverture serait immédiate. Cette influence dépend évidemment de la structure d'âge et de l'importance de l'effectif des rentiers, mais on peut estimer que l'augmentation nécessaire atteindrait environ 8 à 10 % pour les rentiers⁵⁵ et 16 à 20 % pour les actifs en primauté des prestations (néant en primauté des cotisations)⁵⁶.

On constate ainsi que dans 86 % des IP en primauté des cotisations, les capitaux de couverture des rentiers augmenteraient de 8 à 10 %, alors que pour 14 % des IP en primauté des prestations, non seulement les capitaux de couverture des rentiers augmenteraient de ce pourcentage, mais encore les capitaux des actifs (lesquels représentent en moyenne environ 70 % de l'effectif global) augmenteraient de 16 à 20 %.

Sur la base des moyennes ci-dessus, il apparaît que le besoin de couverture augmenterait globalement pour l'ensemble des IP autonomes d'environ 4 à 5 % si elles réduisaient toutes leur taux d'intérêt technique de 1 %. Du fait que la fortune du 2^e pilier (fondations collectives

⁵² Composé de 4% de la réserve mathématique, de 3‰ des sommes sous risque et de 16 % des primes pour les assurances complémentaires.

⁵³ Des calculs détaillés à ce sujet figurant dans le Rapport du Groupe de travail « Examen du taux de conversion par rapport aux bases techniques », en particulier au ch. 7.

⁵⁴ La tendance est toutefois à la baisse comme l'a montré la dernière enquête réalisée par Swisscanto, qui indiquait une moyenne de 3,81 % pour les caisses de pension privées.

⁵⁵ Cf. Hewitts Associates, Séminaire CACP 2005.

⁵⁶ Dans les plans en primauté des cotisations, l'effet d'une baisse du taux technique se traduit pour les actifs par une baisse du taux de conversion appliqué au moment de la mise à la retraite.

non comprises) se montait à 441 milliards de francs à fin 2002), c'est un besoin de couverture supplémentaire de 17,5 à 22 milliards de francs qui serait immédiatement nécessaire.

A ce besoin de couverture supplémentaire s'ajouteraient encore pour les IP autonomes deux défis majeurs :

- Par analogie au statut des assureurs vie, la possibilité d'être en découvert disparaîtrait et il y aurait obligation de revenir à une couverture intégrale sans délai. Quantitativement parlant, et en se basant sur les données relatives aux institutions de prévoyance autonomes sans réassurance, l'insuffisance à combler se monterait actuellement à 24,7 milliards de francs en ne considérant que les institutions autonomes (enregistrées, sans aucune réassurance)⁵⁷.
- Le second défi résiderait dans l'obligation de (re)constituer des réserves suffisantes. Alors que ces dernières avaient culminé à 51,2 milliards de francs en 2000, le choc des années 2001 et 2002 a provoqué une chute de 64,9 %, leur niveau tombant à 18 milliards de francs (soit 4,1 % du bilan contre 10,4 % en 2000).

Ces différents éléments montrent qu'un rapprochement « forcé » des deux régimes de fonctionnement qui composent le système du 2^e pilier conduirait à une déstabilisation majeure. Du côté des institutions de prévoyance autonomes, se rapprocher d'un régime de garantie intégrale analogue à celui des assureurs conduirait à des ponctions supplémentaires difficilement supportables.. L'opération pourrait aussi se traduire par une adaptation vers le bas de la capacité de risque, laquelle conduirait à des désengagements déstabilisateurs sur les marchés financiers⁵⁸. Au total, il faudrait s'attendre à un renchérissement important et durable de la prévoyance.

A l'inverse, supprimer les garanties auxquelles les assureurs-vie sont tenus rendrait l'expectative de prestations plus aléatoire (comme on l'a déjà vu dans le domaine surobligatoire, où les garanties ont été réduites, voire supprimées). L'adoption de profils de risques plus élevés pourrait se traduire par des désengagements convergents au détriment des positions à faible risque sur les marchés (« libération » de la fortune liée) mais aussi par une hausse de la demande sur les titres à plus haut risque et à plus fort potentiel de rendement. Il en résulterait potentiellement une hausse des cours pour ces derniers et une pression à la baisse pour les valeurs nominales.

Dans la mesure où il s'agirait de mouvements simultanés engendrés par un changement fondamental du cadre légal, ces mouvements déploieraient des effets déstabilisateurs sur les marchés. De tels mouvements convergents et simultanés sur différents compartiments dans le sens de désengagements (souvent à perte) et de surengagements (à prix surévalués par l'excès de demande simultanée) ne sont pas souhaitables, même si leur ampleur n'est pas assimilable à l'éclatement de bulles spéculatives qui déploieraient leurs effets sur l'ensemble des marchés. Le commun dénominateur des deux mouvements est qu'ils constitueraient, par leurs conséquences, des risques pour la réalisation de l'objectif de la prévoyance.

Les institutions de prévoyance et les assureurs-vie évoluent dans des « univers » différents, même en matière de prévoyance professionnelle. Une fusion de ces deux univers en un seul système déstabiliserait la prévoyance professionnelle. C'est pourquoi la commission d'experts Réforme structurelle est convaincue qu'il faut tenir compte des spécificités de chacun de ces univers et leur réserver un traitement différent.

⁵⁷ Il s'agit là des données disponibles au terme de l'enquête réalisée par l'OFAS pour l'exercice 2004 sur la base des données transmises à fin septembre 2005 (Enquête sur la situation financière des institutions de prévoyance et assureurs vie, <http://www.bsv.admin.ch/bv/grundlag/f/index.htm>). Pour l'ensemble des découverts des institutions de prévoyance (institutions collectives non comprises), le découvert totalisait 25,7 milliards.

⁵⁸ Pendant la deuxième moitié des années 90, les institutions ont régulièrement augmenté la part de leurs placements en actions et bons de participation, qui ont dépassé pour la première fois les obligations et bons de caisse en 2000. La chute des cours en 2001 et 2002 a fait reculer leur part de 53,5 milliards.

6 Optimisation de la direction, du conseil et du contrôle

Le système proposé de surveillance prudentielle assortie d'une autorégulation se fonde sur la responsabilité individuelle des différents acteurs. Il accorde à ceux-ci une plus grande liberté d'action, mais exige d'eux en contrepartie davantage d'implication dans la direction et plus de responsabilité à tous les échelons.

6.1 Exigences posées à l'organe suprême

L'organe suprême joue un rôle central dans la prévoyance professionnelle. Celle-ci est basée sur le principe de la responsabilité propre de l'institution de prévoyance, responsabilité assumée par l'organe suprême. Une autorité de surveillance ne peut pas exercer son pouvoir d'appréciation en lieu et place de l'organe suprême. Ni l'expert, ni l'organe de révision, ni l'autorité de surveillance ne peuvent assumer la responsabilité de l'équilibre financier de l'institution.

L'organe suprême est responsable de toute la gestion de l'institution de prévoyance. Il en arrête la stratégie (y compris la stratégie de placement), définit le système de prestations (primauté des cotisations ou primauté des prestations), les plans de prévoyance, le mode de financement de l'institution et le montant des cotisations qui lui sont dues.

L'organe suprême a les attributions suivantes :

- Il est responsable de la sécurité financière de l'institution de prévoyance. Il veille à ce que la fortune de prévoyance corresponde aux engagements. Pour ce faire, il peut avoir recours à l'expert en matière de prévoyance professionnelle, qui doit également tenir compte de la situation des placements lorsqu'il vérifie si les engagements courants de l'institution de prévoyance peuvent être remplis.
- Il continue à fixer le taux d'intérêt technique, mais il se fonde pour ce faire sur une norme d'une association professionnelle que l'autorité de haute surveillance a déclarée obligatoire. Faute de norme, il se fonde sur les directives édictées dans ce but par l'autorité de haute surveillance, qui se basent sur un taux d'intérêt maximal qui peut être atteint à long terme selon toute vraisemblance.
- A la fin de l'exercice, il fixe le taux d'intérêt qui rémunère les avoirs de vieillesse, en tenant compte de la situation financière et de l'état des réserves et des provisions mais sans plus se référer à un taux minimal au cas où celui-ci serait supprimé (cf. ch. 8.4.2.1).
- Il lui incombe d'assurer l'organisation et la surveillance de la gestion de l'institution de prévoyance et il répond donc des dommages subis par les assurés si les instructions données aux responsables de la gestion et la surveillance exercée sont déficientes.
- Il fixe les objectifs et les principes de la gestion de la fortune de prévoyance et ceux de sa surveillance. A cet effet, il peut avoir recours aux prestations d'un spécialiste en placements.

6.2 Exigences en matière de contrôle (externe)

Les attributions de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et de l'organe de révision sont régies par la loi et résumées dans des articles séparés.

A l'avenir, les experts en matière de prévoyance professionnelle et les organes de révision devront passer par une procédure d'agrément avant de pouvoir être actifs dans la prévoyance professionnelle. L'autorité de haute surveillance vérifie s'ils sont aptes à l'exercice des fonctions décrites dans la loi et pose des conditions professionnelles (formation professionnelle et expérience pratique suffisantes, connaissance des dispositions applicables) et personnelles (bonne réputation, fiabilité et indépendance). Afin de définir de façon plus détaillée les qualifications requises, elle peut reconnaître les règles déontologiques d'une association professionnelle. Si l'association professionnelle et l'autorité de haute surveillance ne

parviennent pas à se mettre d'accord sur les critères qui doivent s'appliquer à tous, cette dernière les fixe en vertu de son autorité officielle. L'association professionnelle peut former un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Afin de garantir la qualité du travail de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et de l'organe de révision (par ex. retrait / expiration de l'agrément, déficiences chroniques dans l'exercice de la fonction, etc.), un système d'information et d'enregistrement institutionnalisé entre autorité de haute surveillance, autorités de surveillance et associations professionnelles peut être prévu au niveau de l'ordonnance.

Une particularité s'applique à l'agrément de l'organe de révision et des réviseurs : ils ne sont admis que si l'autorité de surveillance de la révision les a autorisés au préalable à faire de la révision. Pour l'agrément des organes de révision dans le domaine de la prévoyance professionnelle, l'autorité de haute surveillance se bornera à examiner des aspects particuliers de la prévoyance professionnelle.

La commission d'experts Réforme structurelle estime enfin que l'exigence d'indépendance n'est pas satisfaite lorsqu'un organe de contrôle cantonal ou communal révisé une institution de prévoyance cantonale. C'est pourquoi elle recommande de ne plus permettre à des organes de contrôle cantonaux ou communaux de faire office d'organes de révision. L'art. 33 OPP 2 devrait donc être modifié.

Il incombera désormais à l'expert en matière de prévoyance professionnelle de vérifier que les engagements (liabilities) et les placements effectués (assets) concordent. L'organe suprême doit garantir la congruence entre placements et engagements (congruence actifs-passifs, « Asset Liability Management ALM »). L'expert en matière de prévoyance professionnelle peut recommander pour cela à cet organe d'avoir recours aux services d'un spécialiste en placements. Il communique à l'organe suprême les résultats auxquels il parvient dans ce domaine et recommande, le cas échéant, une modification de la stratégie de placement. En outre, il recommande à intervalles réguliers un taux d'intérêt technique à l'organe suprême. Si cet organe ne suit pas sa recommandation concernant le niveau dudit taux, il le signale à l'autorité de surveillance.

En plus de ses tâches actuelles, l'organe de révision vérifie si les placements de l'institution de prévoyance se fondent sur une analyse de la fortune de prévoyance et des engagements.

6.3 Recours à un spécialiste en placements

Il incombe à l'organe suprême d'adopter une stratégie de placement adaptée aux engagements. La loi ne doit pas contraindre cet organe à avoir recours aux services d'un spécialiste en placements, mais elle ne doit pas non plus le décharger de la responsabilité de veiller à ce que la structure des placements et les engagements concordent (cf. ch. 6.2). Une telle obligation occasionnerait aussi des coûts supplémentaires, surtout pour les petites institutions de prévoyance. Actuellement, des modèles normalisés mis à disposition par différents fournisseurs de services permettent de vérifier à peu de frais si les engagements et la structure des placements d'une institution de prévoyance concordent. En outre, l'expert en matière de prévoyance professionnelle doit déjà tenir compte de la structure des placements lorsqu'il examine si la situation financière actuelle de l'institution lui permet de tenir ses engagements. L'organe suprême doit donc être libre de déterminer les moyens qu'il entend employer pour juger du rapport entre les engagements et la structure des placements. En particulier, il doit pouvoir décider librement s'il se fonde uniquement sur l'estimation de l'expert en matière de prévoyance professionnelle ou s'il entend consulter un autre spécialiste, et il doit assumer la responsabilité de ses choix.

7 Optimisation de la surveillance et de la haute surveillance

7.1 Optimisation de la surveillance matérielle

7.1.1 Surveillance

Ces dernières années, les exigences posées à la surveillance n'ont cessé d'augmenter. Cette tendance est due, d'un côté à la complexité de la situation (découverts des institutions de prévoyance dus à la crise boursière) et, de l'autre, à l'évolution de la législation. Les institutions de prévoyance ayant dû satisfaire à de multiples nouvelles exigences, la pression s'est aussi accrue sur les autorités de surveillance. D'autres tâches supplémentaires découlent de diverses dispositions légales, comme l'approbation des règlements de liquidation partielle avec effet constitutif⁵⁹ ou le fait d'être l'organe qui se prononce en première instance sur les litiges portant sur des questions de transparence⁶⁰. Il ne faut pas négliger l'augmentation de la responsabilité des autorités de surveillance entraînée par les dispositions de droit fiscal de la 1^{re} révision de la LPP. Alors que c'étaient auparavant les autorités fiscales qui fixaient en pratique les règles concernant la prévoyance exonérée d'impôts, l'OPP 2 régit désormais directement les principes d'adéquation, de collectivité, de planification, d'assurance, etc.⁶¹. Le double examen effectué jusqu'ici par les autorités de surveillance des institutions de prévoyance et par les autorités fiscales sera remplacé par un examen effectué par l'autorité de surveillance PP. Les autorités fiscales et financières cantonales et fédérales n'auront plus de compétences dans ce domaine.

L'extension des tâches de surveillance résulte aussi de révisions d'autres lois que la LPP. Ainsi, la nouvelle loi sur les fusions⁶² confie à l'autorité de surveillance la tâche de sauvegarder les intérêts des assurés et des créanciers d'une institution de prévoyance et de garantir le but de prévoyance lors de la fusion d'institutions de prévoyance, lors de la transformation d'une institution de prévoyance ou lors de la reprise de la fortune d'une institution de prévoyance par une autre institution de prévoyance⁶³. La fusion d'institutions de prévoyance est soumise à l'approbation de l'autorité de surveillance qui doit rendre une décision à ce sujet⁶⁴.

Afin que les autorités de surveillance puissent vérifier si l'institution de prévoyance, l'expert et l'organe de révision accomplissent leurs tâches conformément à la loi, elles doivent disposer d'un minimum de travail en termes de surveillance et de suffisamment de ressources. Elles sont libres d'engager le personnel nécessaire ou de confier des mandats à des professionnels externes. Des améliorations doivent cependant être apportées en ce qui concerne la composition du personnel des autorités de surveillance et l'uniformisation de la pratique.

Dans beaucoup de petits cantons, il n'existe pas aujourd'hui d'autorité spécialisée dans la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle et des fondations au sens classiques. Les cantons ont reconnu qu'il y avait là un manque et ils s'efforcent d'y remédier. C'est ainsi qu'est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006 un concordat signé par les cantons de Suisse centrale pour mettre en place une autorité de surveillance commune. En Suisse orientale, un concordat du même type est en cours d'élaboration; une autorité de surveillance régionale devrait y être opérationnelle à partir du 1^{er} janvier 2008. Grâce à ces deux concordats, la majorité des petits cantons seront rattachés à une structure de surveillance régionale. La commission d'experts Réforme structurelle porte un jugement très positif sur ces initiatives. Elle estime cependant que, pour que la qualité visée soit garantie,

⁵⁹ Art. 53b, al. 2, LPP.

⁶⁰ Art. 62, al. 1, let. e, LPP.

⁶¹ Art. 1 à art. 1/OPP 2.

⁶² Loi sur la fusion du 3 octobre 2003 (LFus), RS 221.301, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2004.

⁶³ Art. 88 à 98 LFus.

⁶⁴ Art. 96, al. 3, LFus.

d'autres regroupements régionaux s'imposent afin que les autorités de surveillances disposent d'un personnel suffisamment nombreux, ayant des qualifications appropriées.

Des améliorations doivent aussi être apportées pour uniformiser l'exercice de la surveillance de la prévoyance. En effet, il y avait et il peut y avoir encore des différences parfois considérables entre les pratiques cantonales ainsi qu'entre la pratique des autorités de surveillance cantonales et celle de l'autorité fédérale. Jusqu'ici, le Conseil fédéral, pour uniformiser les pratiques, modifiait des ordonnances⁶⁵ et édictait des directives. La commission d'experts Réforme structurelle voit dans l'uniformité des pratiques un élément essentiel de la sécurité du droit, qui pourra être garantie si la haute surveillance est efficiente.

7.1.2 Haute surveillance

7.1.2.1 Réglementation en vigueur

En vertu de l'art. 64 LPP, les autorités de surveillance sont placées sous la haute surveillance du Conseil fédéral, qui a le droit de leur adresser des directives. L'art. 4 OPP 1 définit les tâches et compétences qui reviennent à l'OFAS, qui épaulé le Conseil fédéral. L'office peut ainsi se faire remettre les informations et documents nécessaires à l'exercice de la haute surveillance. Il élabore, à l'attention du Conseil fédéral, les directives aux autorités de surveillance et prépare les décisions à leur encontre.

Par ailleurs, le Conseil fédéral a délégué à l'OFAS une partie définie de ses compétences en matière de haute surveillance. Ainsi, l'office peut adresser directement des directives aux autorités de surveillance concernant :

- l'inscription et la radiation des institutions de prévoyance dans le registre de la prévoyance professionnelle ;
- le contrôle de l'affiliation des employeurs à une institution de prévoyance ;
- leur collaboration avec les experts en matière de prévoyance professionnelle et les organes de contrôle ;
- leur collaboration avec les autorités cantonales qui exercent une surveillance sur les institutions de prévoyance de droit public ;
- le placement de la fortune des institutions de prévoyance.

Le Conseil fédéral n'a fait qu'un usage très restreint de son droit d'édicter des directives. Depuis l'entrée en vigueur de la LPP, il a ainsi approuvé trois directives en tout et pour tout :

- Directives du 11 mai 1988 sur l'obligation pour les institutions de prévoyance enregistrées de renseigner les assurés (abrogées à l'occasion de la 1^{re} révision de la LPP) ;
- Directives du 27 octobre 2004 concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle (ces directives remplacent les directives du même nom du 21 mai 2003) ;
- Directives du 10 juin 2005 sur les conditions à remplir pour créer des institutions collectives et communes⁶⁶

Le modèle actuel de haute surveillance a plusieurs défauts. La commission d'experts Réforme structurelle estime que le Conseil fédéral n'est pas l'instance appropriée pour exercer la haute surveillance. Du fait de son importance dans la structure de l'Etat, il ne peut réagir à titre d'autorité de haute surveillance que lorsque les problèmes qui se posent ont pris une certaine ampleur. Certes, le Conseil fédéral a délégué une partie de ses compétences à l'OFAS. Mais cette délégation n'est valable que pour des questions techniques. Du fait que cette délégation est limitée, l'OFAS ne dispose pas des ressources nécessaires à l'exercice d'une haute-surveillance efficiente.

⁶⁵ Par ex. définition du découvert (art. 44 OPP 2).

⁶⁶ Directives du 10 juin 2005 sur les conditions à remplir pour créer des institutions collectives et communes.

Il faut enfin que la fixation des paramètres cruciaux du système de prévoyance ne soit plus soumise à des influences politiques. Or, cette exigence est incompatible avec l'exercice de la haute surveillance par une autorité politique.

7.1.2.2 Tâches de la nouvelle autorité de haute surveillance

Dans le système de surveillance prudentielle, l'autorité de haute surveillance doit mettre en œuvre un système de surveillance réel. Elle doit garantir que le système de la prévoyance professionnelle dans son ensemble fonctionne de façon sûre et fiable. De leur côté, les autorités de surveillance exercent la surveillance directe des institutions de prévoyance et veillent à ce que les institutions actives dans le domaine de la prévoyance respectent les dispositions légales et les normes adoptées ou ratifiées par l'autorité de haute surveillance. La définition des tâches de la haute surveillance implique aussi des exigences concernant la qualité de l'autorité. Elle doit être en mesure de traiter avec les organisations professionnelles et les autorités de surveillance, elle doit être à leur niveau. C'est pourquoi les personnes engagées par l'autorité de haute surveillance doivent avoir des compétences professionnelles pointues.

Il en va autrement du taux de conversion minimal, qui doit encore être fixé d'autorité, non plus par les Chambres fédérales, mais par le Conseil fédéral. Il appartient à l'autorité de haute surveillance, après avoir consulté les associations professionnelles et la Commission LPP, de soumettre au Conseil fédéral une proposition ad hoc du taux de conversion minimal au Conseil fédéral.

7.1.2.2.1 Garantie de la qualité

- **Reconnaissance des règles professionnelles destinées aux experts, aux organes de révision et aux réviseurs**

Les associations professionnelles doivent veiller au respect des standards de la profession. Des sanctions doivent être prévues pour les organes de révision, les réviseurs et les experts en matière de prévoyance professionnelle, sanctions qui peuvent aller de l'avertissement à l'exclusion de l'association professionnelle. L'autorité de haute surveillance doit elle aussi pouvoir imposer les mêmes sanctions aux personnes qu'elle agréé.

- **Garantie de la qualité pour les autorités de surveillance**

L'assurance de la qualité est elle aussi nécessaire pour les autorités de surveillance. L'autorité de haute surveillance vérifie si les autorités de surveillance cantonales ou régionales fournissent des prestations d'une qualité suffisante. Comme instruments, l'autorité de haute surveillance dispose des rapports de gestion des autorités de surveillance. Elle a aussi la compétence d'adresser des directives aux autorités de surveillance dans les matières techniques. S'il s'avère que les compétences professionnelles ou personnelles d'une autorité de surveillance sont insuffisantes, l'autorité de haute surveillance s'adressera au canton ou groupe de cantons dont elle dépend.

L'autorité de haute surveillance peut au besoin procéder à des audits auprès des autorités de surveillance. L'opération permet de régler les questions non résolues entre une autorité de surveillance et la haute surveillance, de traiter des problèmes pratiques et de trouver ensemble des solutions.

Ces audits ne peuvent en aucun cas remplacer le dialogue qui doit être mené en permanence entre l'autorité de haute surveillance et l'ensemble des autorités de surveillance. Pour que les directives concernant des questions spécifiques contribuent à

la garantie de la qualité, il faut qu'elles soient élaborées en étroite collaboration entre les autorités de surveillance et l'autorité de haute surveillance. C'est une condition indispensable à la praticabilité d'une directive et un garant pour sa mise en place.

7.1.2.2 Garantie de l'uniformité de la pratique en matière de surveillance

La sécurité juridique est un principe fondamental de la prévoyance professionnelle et l'uniformité de la pratique en matière de surveillance est une condition de cette sécurité juridique. Pour que le droit fédéral soit appliqué de la même manière partout, l'autorité de haute surveillance a la compétence d'édicter des directives en matière de surveillance, directives de portée générale ou adressées à une autorité de surveillance concrète. Elle a par ailleurs qualité pour déposer des recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral des assurances et du Tribunal fédéral contre les décisions des tribunaux cantonaux des assurances et de la Commission de recours. En outre, ces deux tribunaux fédéraux⁶⁷ lui demandent des préavis.

Les compétences actuelles de l'OFAS en matière de directives prévues par l'OPP 1 sont transférées à l'autorité de haute surveillance.

7.2 Optimisation de la structure de surveillance

7.2.1 Autorité de surveillance

La surveillance directe des institutions de prévoyance d'envergure nationale exercée actuellement par l'OFAS est confiée aux cantons. En d'autres termes, la surveillance directe de toutes les institutions de prévoyance incombe exclusivement au canton où elles ont leur siège. Pour optimiser la surveillance, la loi décrit les exigences en matière de compétences professionnelles et de personnel auxquelles les autorités de surveillance doivent satisfaire. Par ailleurs la responsabilité civile est en principe régie par les mêmes règles que celle qui s'appliquent pour les caisses de compensation AVS (art. 70 LAVS, responsabilité pour dommages causés par des actes punissables ou par une violation des prescriptions intentionnelle ou due à une négligence grave), même si, en matière de délai de prescription, les mêmes règles doivent s'appliquer que pour des recours du Fonds de garantie en cas de versements de prestations pour insolvabilité⁶⁸. Le but général est de professionnaliser la surveillance : chaque autorité de surveillance doit avoir un certain volume de travail dans ce domaine et disposer d'expériences et de connaissances approfondies. Ces exigences incitent les cantons à s'unir pour créer des régions intercantionales de surveillance, véritables centres de compétences. Il n'existe pas de base constitutionnelle permettant à la Confédération de contraindre les cantons à passer des concordats⁶⁹. La commission d'experts s'attend cependant à ce que les cantons s'unissent pour former des régions de surveillance : ils disposeraient ainsi du volume minimal nécessaire pour pouvoir exercer la surveillance avec professionnalisme. La soumission des institutions de prévoyance d'envergure nationale à la surveillance des cantons ou des régions de surveillance a pour conséquence que les autorités de surveillance compétentes devront pouvoir communiquer avec les institutions de prévoyance soumises à leur surveillance non seulement dans la langue officielle du canton, mais aussi, au besoin, dans les autres langues officielles.

7.2.2 Autorité de haute surveillance

Afin que l'autorité de haute surveillance puisse accomplir sa mission, il est essentiel qu'elle soit indépendante du Conseil fédéral sur les plans professionnel que sur le plan du contenu.

⁶⁷ Cette compétence revient actuellement à l'OFAS (art. 103 LJ et art. 4a OPP 1, la réglementation en vigueur étant reprise par l'art. 89 de la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral).

⁶⁸ Prescription d'une année dès que le dommage est connu, cinq ans au plus tard après survenue du dommage (art. 56a, al. 2, LPP).

⁶⁹ L'art. 48e Cst. (pas encore en vigueur) contient une liste exhaustive des domaines dans lesquels la Confédération peut obliger les cantons à passer des concordats dans le cadre de la nouvelle péréquation financière.

L'indépendance professionnelle signifie qu'elle n'est pas soumise à des instructions du Conseil fédéral. Il va cependant de soi que le Conseil fédéral exerce une surveillance hiérarchique sur l'autorité de haute surveillance et que celle-ci doit lui rendre des comptes. Une indépendance financière est aussi requise, afin que l'autorité de haute surveillance puisse disposer à coup sûr des ressources nécessaires, quelle que soit la situation financière de la Confédération. L'autorité de haute surveillance doit donc être financée par des émoluments prélevés auprès des autorités de surveillance cantonales qui en transfèreraient la charge aux institutions de prévoyance. C'est aussi pourquoi l'autorité de haute surveillance ne devrait être dotée que des services essentiels.

En tenant compte du profil des tâches de l'autorité de haute surveillance et de sa nécessaire indépendance, la commission d'experts Réforme structurelle a examiné trois modèles de rattachement institutionnel de l'autorité de surveillance et soupesé les avantages et les inconvénients de chacun d'entre eux.

7.2.2.1 Office fédéral des assurances sociales

L'OFAS assume aujourd'hui déjà des tâches qui relèvent de la haute surveillance, si bien qu'il pourrait se charger de la haute surveillance dans un système de surveillance régionalisée. Cette solution a été recommandée en 2001 déjà par un groupe de travail composé de la Confédération, des cantons et des partenaires sociaux⁷⁰.

- **Avantages**

Du fait de ses tâches actuelles, l'office possède déjà une grande partie des connaissances spécialisées requises.

- **Inconvénients**

L'OFAS fait partie de l'administration centrale de la Confédération et est rattaché au DFI, si bien que le Département a toujours qualité pour donner des instructions, procéder à des contrôles et intervenir personnellement⁷¹. Pour des raisons inhérentes au système, l'OFAS sera toujours soumis à l'influence directe des autorités politiques et ne sera pas indépendant ni sur le plan juridique ni sur le plan organisationnel.

7.2.2.2 Commission de haute surveillance

La haute surveillance serait confiée à une Commission de haute surveillance n'appartenant pas à l'administration centrale de la Confédération, comme c'est le cas de la Commission fédérale des banques, de la Commission fédérale des maisons de jeu ou de la Commission de la communication. Ces commissions ont ceci de particulier qu'elles ne sont pas soumises à des directives du Conseil fédéral, mais doivent informer celui-ci régulièrement⁷². Les commissions sont nommées par le Conseil fédéral, qui en approuve le règlement⁷³. Les dispositions légales subordonnent normalement l'éligibilité à la possession de qualifications professionnelles. En outre, les membres de la commission ne doivent pas avoir la qualité d'organe dans une entreprise qu'elle surveille.

Les commissions sont ordinairement composées de 5 à 7 membres et dépendent donc d'un secrétariat pour leurs activités opérationnelles. Un règlement de la Commission de haute surveillance régit donc la répartition des compétences entre la commission et le secrétariat. Dans la prévoyance professionnelle, la stratégie et les questions de principe comme les

⁷⁰ Rapport du groupe de travail « Renforcement de la haute surveillance » du 10 décembre 2001.

⁷¹ Art. 38 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, RS 172.010.

⁷² Art. 23, al. 3, de la loi sur les banques ; art. 52 de la loi sur les maisons de jeux ; art. 57 de la loi sur les télécommunications (l'art. 56 de la loi sur les télécommunications précise en outre explicitement que la Commission de la communication n'est soumise à aucune directive du Conseil fédéral).

⁷³ Art. 23, al. 1, de la loi sur les banques ; art. 46 et 47, de la loi sur les maisons de jeux ; art. 56 de la loi sur les télécommunications.

propositions adressées au Conseil fédéral, la reconnaissance de normes, l'adoption de directives, la reconnaissance ou non d'entreprises et de personnes en tant que réviseurs et experts en matière de prévoyance professionnelle, ou le retrait de la reconnaissance, relèvent de la Commission de haute surveillance. La préparation et l'application des décisions de la commission sont, pour leur part, du ressort du secrétariat.

- **Avantages:**

- La Commission de haute surveillance est indépendante du point de vue organisationnel et n'est pas soumise à des instructions du Conseil fédéral. Ceci est important, tant en ce qui concerne la surveillance des paramètres du système qu'en ce qui concerne les instructions données aux autorités de surveillance concernant la surveillance des institutions de prévoyance de droit public ;
- Les règles relatives à la Commission de haute surveillance n'ont pas besoin d'être très développées⁷⁴, car celle-ci aurait la qualité de commission décisionnelle au sens de l'ordonnance sur les commissions⁷⁵. Si la présidence constitue la principale activité professionnelle du président de la Commission de haute surveillance, les autres membres de celles-ci n'y sont actifs qu'à titre accessoire. En guise de compensation, ils reçoivent une indemnité pour leur travail au service de la commission, qui ne doit pas se réduire à la participation à des séances plus ou moins régulières.

- **Inconvénients :**

- La constitution de la commission pourrait s'avérer relativement ardue parce que ses membres devraient à la fois avoir des compétences professionnelles pointues et être indépendants non seulement du Conseil fédéral, mais aussi des institutions actives dans la prévoyance professionnelle et des fournisseurs de services.

7.2.2.3 Institut de droit public

Un institut de droit public ne fait pas partie de l'administration centrale de la Confédération et il a sa propre personnalité juridique. En d'autres termes, les dispositions de droit fédéral relatives à l'engagement du personnel, à la comptabilité, etc., ne s'appliquent pas automatiquement, si bien qu'une réglementation séparée est nécessaire. Il faut en outre nommer un organe de révision pour l'institut.

Une comparaison des effectifs fait apparaître que l'institut de surveillance de droit public prévu par la loi fédérale sur la surveillance de la révision doit employer 30 à 40 personnes, alors que l'on table sur des effectifs beaucoup moins importants pour la haute surveillance de la prévoyance professionnelle. La forme juridique de l'institut de droit public garantit l'indépendance matérielle et financière de la surveillance de la révision, ainsi qu'une structure des salaires indépendante⁷⁶.

- **Avantages**

Ce modèle est celui qui permet le mieux d'appliquer le postulat de l'indépendance, car l'institut serait indépendant non seulement des autorités politiques, mais aussi des

⁷⁴ En vertu de l'art. 11 de l'ordonnance sur les commissions, des éléments essentiels, comme l'organisation de la commission, le cadre financier, la manière de faire rapport, l'obligation de renseigner, etc. peuvent être régis par l'acte d'institution de la commission. L'art. 17 de l'ordonnance sur les commissions régit aussi les indemnités versées aux membres de la commission. Sous réserve d'une disposition particulière adoptée par le Département compétent d'entente avec le DFF, les membres des commissions ont droit à des indemnités journalières d'un montant maximum de 1000 francs. Une indemnité forfaitaire annuelle peut être allouée au président de la commission. L'ordonnance sur les banques et caisses d'épargne prévoit en outre que le président, le vice-président et les membres de la commission perçoivent une indemnité fixée par le Conseil fédéral. Le montant des indemnités tient compte de la responsabilité et du volume de travail des membres de la commission.

⁷⁵ Ordonnance du 3 juin 1996 sur les commissions extra-parlementaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération, ordonnance sur les commissions, RS 172.31.

⁷⁶ Message (FF 2004 3877).

associations professionnelles dont les normes devraient être reconnues par l'autorité de haute surveillance. De plus l'institut aurait la même forme juridique que celle que possèdent en règle générale les autorités de surveillance cantonales (institutions de droit public).

- **Inconvénients**

L'institut indépendant devrait mettre en place une infrastructure relativement importante. Les effectifs requis pour la haute surveillance (10 à 15 personnes) sont relativement réduits pour un institut de droit public.

7.2.2.4 Recommandation de la commission d'experts Réforme structurelle

Après avoir pesé tous les avantages et inconvénients des différents modèles, la commission d'experts Réforme structurelle a opté pour une haute surveillance exercée par une commission ayant son propre secrétariat. Il s'agit d'une unité administrative dont la taille est adaptée à celle d'une autorité de haute surveillance ; grâce à son secrétariat, la Commission de haute surveillance sera en mesure d'effectuer ses tâches malgré son effectif réduit. Son indépendance financière découle du fait que son activité est financée par des émoluments, quelle que soit la forme organisationnelle choisie.

Pour peser le pour et le contre, la commission d'experts Réforme structurelle a pris comme critères la taille prévisible de l'autorité de haute surveillance et l'indépendance. L'OFAS ne peut pas être autorité de haute surveillance, parce qu'il est soumis aux directives du Conseil fédéral. Le modèle « institut de droit public » n'est pas adapté à cause de la taille de l'autorité de haute surveillance et générerait des frais administratifs excessifs qui devraient être couverts par les émoluments de surveillance seraient excessifs.

La commission d'experts Réforme structurelle estime que la Commission de haute surveillance devrait comprendre entre 5 et 7 personnes, qui exerceraient leur mandat à titre accessoire. Comme dans les autres commissions, il devrait aussi s'agir d'« experts indépendants ». La commission d'experts Réforme structurelle est consciente que ces deux exigences peuvent entrer en conflit⁷⁷. Il incombera au Conseil fédéral de définir, dans un profil des exigences, sous quelle forme ces deux impératifs seront combinés. Pour la commission d'experts Réforme structurelle, il est clair que les membres de la Commission de haute surveillance doivent être choisis sur la base de leurs compétences professionnelles et non pas parce qu'ils représentent des associations. Ils ne doivent pas siéger dans un organe d'une association professionnelle qui soumet des normes à l'autorité de haute surveillance aux fins d'agrément et ne doivent pas non plus avoir collaboré à l'élaboration de ces normes. Un membre de l'autorité de haute surveillance ne devrait pas siéger au sein de la Commission LPP. En revanche, les membres d'un conseil de fondation ou les experts et les réviseurs devraient en principe pouvoir siéger à l'autorité de haute surveillance.

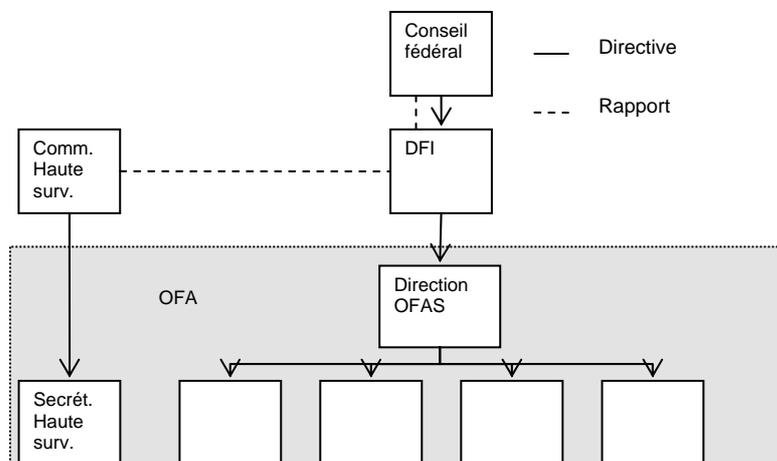
La commission d'experts Réforme structurelle estime que la Commission de haute surveillance doit disposer d'un secrétariat indépendant de l'OFAS, bien que rattaché à lui d'un point de vue administratif, pour que l'organisation soit réduite au minimum. En ce qui concerne la matière, ce secrétariat doit être soumis à la Commission de haute surveillance, qui signera ses décisions de son nom, si bien que celui de l'OFAS ne sera pas associé à la haute surveillance. Le secrétariat de la commission comprend 8 à 10 personnes, direction comprise. La direction du secrétariat est choisie par la Commission de haute surveillance.

Les coûts du personnel travaillant pour la Commission de haute surveillance (secrétariat compris) sont prélevés sur les émoluments de surveillance et remboursés à la Confédération. Par contre, le personnel de l'OFAS rattaché à la Commission de haute

⁷⁷ C'est entre autres pour qu'il n'y ait pas de liens indésirables avec les entreprises de révision soumises à la surveillance que le Conseil fédéral a voulu que la surveillance de la révision soit assumée par un institut de droit public (FF 2004 3877).

surveillance pour des raisons d'organisation, mais effectuant les autres tâches de la Confédération dans le domaine de la prévoyance professionnelle, serait rémunéré au moyen de fonds intégralement fournis par la Confédération, et non pas d'émoluments de surveillance.

Organisation de la haute surveillance



7.2.2.5 Rapports entre la Commission de haute surveillance et la Commission fédérale LPP

La Commission LPP est l'organe consultatif du Conseil fédéral pour le développement de la prévoyance professionnelle et l'analyse de l'efficacité des mesures adoptées. Dans ce sens, la Commission LPP est une commission qui aborde des questions politiques. Cette composante politique du mandat se manifeste notamment dans la composition de la commission. Par ailleurs, la Commission LPP est un organe consultatif sans pouvoir de décision.

La mission de l'autorité de haute surveillance est différente : elle consiste à veiller à ce que toutes les autorités de surveillance appliquent de la même manière les dispositions légales en vigueur. En outre, elle veille à la qualité des prestations fournies par les personnes chargées du contrôle et de la surveillance des institutions de prévoyance en reconnaissant des normes de qualité et des normes professionnelles. Contrairement à la Commission LPP, elle dispose dans ces matières de compétences décisionnelles propres.

L'autorité de haute surveillance a le droit de faire des propositions au Conseil fédéral concernant le taux de conversion et les mesures visant à garantir la stabilité financière du système de la prévoyance professionnelle. Dans ces domaines, le droit de proposition doit revenir à l'autorité de surveillance et non pas à la Commission LPP, car ces paramètres doivent être fixés sur la base de critères économiques et actuariels clairs. En sa qualité d'organe du Conseil fédéral, la Commission LPP devra toutefois se prononcer sur ces propositions de l'autorité de haute surveillance.

7.2.3 Modèle de remplacement : surveillance centralisée exercée par la Confédération

Selon le mandat du Conseil fédéral du 24 août 2004, le modèle de surveillance centralisée de la prévoyance professionnelle exercée par la Confédération n'est pas prioritaire. Il convient néanmoins de le décrire dans le projet mis en consultation, pour qu'apparaissent les différences et les points communs entre celui-ci et le modèle privilégié (surveillance régionale).

La compétence de la surveillance directe des institutions de prévoyance est centralisée à l'échelon fédéral. A cet effet est créée une autorité de surveillance n'appartenant pas à l'administration fédérale et forte de 4 ou 5 succursales régionales. L'autorité centrale est indépendante de l'administration fédérale et du Conseil fédéral sur les plans juridique (institut de droit public de la Confédération, p.ex.), financier et politique. Elle finance son activité en percevant des émoluments de surveillance et n'est pas soumise aux directives du Conseil fédéral, mais elle lui doit des comptes pour ce qui est de la nature et de la portée de son activité de surveillance. Dans la mesure où l'autorité centrale de surveillance, indépendante de l'administration, doit répondre des dommages survenus par manque de surveillance, elle assume la responsabilité primaire de ces dommages, et la Confédération la responsabilité à titre subsidiaire (cf. art. 19, al. 1, let. a, loi sur la responsabilité, RS 170.32). Les institutions de prévoyance de droit public actuellement soumises à la surveillance cantonale seront contrôlées par la succursale de droit fédéral de la région où elles ont leur siège. Les personnes qui travaillent pour l'autorité centrale et les succursales régionales sont des employés de la Confédération. L'application uniforme du droit est garantie par la soumission hiérarchique des succursales régionales à l'autorité fédérale de surveillance.

L'intérêt d'une surveillance fédérale centralisée réside dans le fait qu'une telle structure permettrait de garantir une uniformité de la surveillance exercée sur toutes les institutions soumises à la surveillance fédérale. Mais ce modèle a aussi un point faible : la proximité avec les institutions serait moins grande que dans l'hypothèse de la création de régions de surveillance. Il y aurait aussi atteinte à souveraineté dont disposent les cantons en matière d'organisation. Selon la commission d'experts Réforme structurelle, il faut renoncer à ce modèle.

7.3 Surveillance des institutions de prévoyance particulières

7.3.1 Compétence de la surveillance à raison du siège

A l'avenir, la compétence de la surveillance des institutions de prévoyance sera fonction du siège, selon les explications fournies au ch. 7.2.1. Selon le même principe, les institutions de libre passage, les fonds patronaux de bienfaisance et les institutions de prévoyance de droit public seront soumis à l'autorité de surveillance du canton ou de la région où ils ont leur siège.

Dans le cas des institutions de prévoyance de droit public, l'indépendance politique des autorités de surveillance envers l'exécutif et le législatif cantonal n'est pas entièrement garantie. Ainsi, les mesures d'assainissement ne peuvent être prises qu'avec l'approbation du Conseil d'Etat et, le cas échéant, du Grand Conseil. Si l'on entendait traiter les institutions de prévoyance de droit public de la même manière que les institutions de droit privé dans ce domaine, il faudrait modifier la forme juridique des institutions de prévoyance (la question de la forme juridique particulière à donner aux institutions de prévoyance sera peut-être approfondie ultérieurement). Pour l'instant, il suffit de poser le principe de la compétence à raison du siège. La surveillance des institutions de prévoyance de droit public par la Confédération ainsi qu'un autre modèle consistant à soumettre les institutions de prévoyance cantonales de droit public à la haute surveillance et les institutions de prévoyance fédérales de droit public à la surveillance régionale ont été refusés parce que plusieurs échelons politiques se trouvaient imbriqués. La question de la surveillance des institutions de prévoyance de droit public de la Confédération et des cantons sera examinée plus tard par une commission d'experts ad hoc qui s'intéressera aussi au financement des institutions de prévoyance de droit public.

7.3.2 Exceptions : Fonds de garantie et Institutions supplétive

La surveillance du *Fonds de garantie* et de l'*Institution supplétive* est confiée à l'autorité de haute surveillance, car le Fonds de garantie, qui n'est pas en soi une institution de prévoyance, assume des fonctions spéciales, notamment comme centrale du 2^e pilier et

centre de contact pour les pays de l'UE et de l'AELE. En revanche, l'Institution supplétive est une institution de prévoyance au sens classique du terme, mais elle exerce des fonctions relevant de la puissance publique en ce qui concerne l'affiliation par défaut des employeurs et les retards dans le versement des cotisations. Puisque l'Institution supplétive est une institution de droit fédéral, sa soumission à la surveillance d'une autorité régionale aurait également pour conséquence une imbrication des échelons politiques. Le modèle qui consiste à confier la surveillance de l'Institution supplétive à la surveillance fédérale des fondations et celle du Fonds de garantie à l'autorité de haute surveillance a été rejetée.

7.3.3 Fondations de placement

Les *fondations de placement* sont des organisations annexes servant au placement collectif de capitaux Commission fédérale des banques (à l'avenir la FINMA). Cette surveillance se distingue de la surveillance des institutions de prévoyance. Logiquement, la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC) régit la surveillance des fondations de placement en même temps que celle des placements collectifs de capitaux et soumet les fondations de placement à la surveillance de la FINMA. La commission d'experts Réforme structurelle renvoie à ce sujet à la requête formulée par la Conférence des administrateurs de fondations de placement (CAFP) demandant à ce que les fondations de placement soient exonérées du droit de timbre et de la TVA sur les droits de garde et les frais de gestion de patrimoine comme c'est le cas pour les fonds de placement. Si ce problème n'est pas résolu rapidement, il y a un risque que le produit fondations de placement soit supplanté au profit des fonds de placement institutionnels par le marché. La Commission d'experts estime que les fondations de placement en tant que placement collectifs pour la prévoyance professionnelle ont un sens et doivent être maintenues. La proposition de soumettre les fondations de placement à la surveillance des autorités régionales de surveillance selon le principe du siège et de confier la surveillance à une seule autorité régionale avec laquelle serait conclu un contrat de prestations ont été discutées, mais rejetées pour des raisons de différence matérielle ou de difficulté de mise en place.

8 Conséquences de l'autorégulation surveillée pour la définition des paramètres du système

8.1 Considérations générales

Dans un système de surveillance prudentielle, c'est le principe de prudence qui doit régir la définition des paramètres du système (taux de conversion ou taux d'intérêt minimal, p.ex.) qui offrent aux assurés des garanties concernant les prestations servies. Ces paramètres doivent donc tenir compte systématiquement des réalités économiques. L'expérience des découverts a montré que de nombreuses institutions de prévoyance ont dû percevoir des cotisations d'assainissement ou réduire rapidement leurs prestations parce qu'elles avaient choisi des paramètres trop élevés. Cette situation mine la confiance des assurés dans la prévoyance professionnelle. La commission d'experts Réforme structurelle préconise une « dépolitisation » systématique des paramètres du système et propose de confier dans la mesure du possible le choix de ceux-ci aux institutions de prévoyance selon le système de l'autorégulation surveillée.

8.2 Taux d'intérêt technique

Le taux d'intérêt technique est le taux d'intérêt utilisé pour déterminer la valeur actuelle des engagements futurs. C'est le taux d'escompte des prestations et cotisations futures, c'est le taux de rendement que l'on espère obtenir à long terme. Il sert :

- à déterminer le financement des prestations dans un système de primauté des prestations;
- à calculer le barème des prestations d'entrée et de sortie dans un système de primauté des prestations;

- à calculer les réserves mathématiques des rentes en cours;
- à déterminer le taux de conversion dans un système d'épargne avec conversion en rentes.

Pour des raisons de cohérence actuarielle, un taux d'intérêt technique unique pour toutes les prestations est recommandé lorsque cela est possible. En effet, des taux techniques différents dans une même institution de prévoyance entraînent des distorsions et des inégalités de traitement entre catégories. Par exemple, utiliser un taux technique de 3 % pour déterminer le financement d'une institution de prévoyance et un taux technique de 3,5 % pour le barème d'entrées-sorties entraîne des pertes ou des gains actuariels en cas d'entrée ou de sortie des assurés. Un taux de conversion basé sur un taux technique plus élevé que le taux technique de l'institution de prévoyance entraîne une perte pour l'institution à chaque mise à la retraite.

Mentionnons également que les prestations assurées (partiellement ou totalement) auprès d'une compagnie d'assurances sont nécessairement déterminées en fonction du taux technique de l'assureur et qu'il n'y a pas de choix du taux technique pour ces prestations.

8.2.1 Réglementation du taux d'intérêt technique actuellement en vigueur

La LPP ne fixe pas le taux d'intérêt technique mais délègue cette tâche au Conseil de fondation et à son expert. En effet, selon l'art. 65, al. 2, LPP, les institutions de prévoyance régleront leur système de cotisations et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la présente loi puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles. A l'inverse, le taux de conversion (cf. ch. 8.3 infra) – fixé actuellement par le Parlement – se fonde sur un taux technique de 4 %.

En revanche, l'art. 8 de l'Ordonnance sur le libre passage (OLP) établit une marge sur l'intérêt technique de 3,5 % à 4,5 %. Cette règle n'est valable que pour le libre passage (barème d'entrée et sortie) dans les institutions de prévoyance à primauté des prestations mais, comme on l'a vu précédemment, l'application d'un taux différent pour le calcul des réserves mathématiques des rentiers ou pour la détermination des financements entraîne des distorsions et des inégalités de traitement des catégories d'assurés, ce qui n'est pas souhaitable.

On peut distinguer trois tendances dans l'application et la fixation des taux d'intérêt techniques dans les institutions de prévoyance d'aujourd'hui :

- **Maintenir ces taux techniques relativement élevés** (tendance optimiste). Ce qui aurait bien fonctionné jusqu'à aujourd'hui n'aurait pas lieu d'être modifié. Cette tendance minimise les effets du crash boursier du début des années 2000 et est basée sur la conviction que ce genre de crise n'est qu'un incident de parcours auquel il est possible de remédier à moyen terme.
- **Fixer le taux technique sur la base d'un taux proche d'un taux hors risques** (tendance prudente). C'est en particulier une tendance que l'on trouve chez les assureurs. On rappellera cependant que la politique du taux technique actuellement bas ne signifie pas nécessairement que tout le portefeuille est adapté aux nouveaux taux. On trouve auprès des assureurs la cohabitation de nombreux tarifs différents par génération de contrats avec des taux techniques et des tables de mortalité différentes. Il n'est pas habituel, dans le domaine de la prévoyance professionnelle, de travailler avec plusieurs taux techniques en fonction de l'année de conclusion ou de l'entrée dans l'institution. Toutefois, vouloir comparer les deux systèmes sans en souligner les différences n'est pas correct.
- **Fixer un taux technique « économique » qui fluctue en fonction du marché** en supprimant l'élément long terme (tendance économique). On se rapproche du taux de rémunération de l'épargne, mais il devient difficile d'appliquer des taux variables aux

plans à primauté de prestations ou aux réserves mathématiques des rentiers. Cette tendance signifie l'abandon de toute garantie dans le cas du 2^e pilier.

8.2.2 Taux de conversion

A la suite de la 1^{re} révision de la LPP, le taux de conversion est ramené graduellement à 6,8 % sur dix ans à compter de 2005. Un large consensus s'étant dégagé pour dire que le taux de conversion reste trop élevé malgré cette mesure, un groupe de travail a été institué par la Commission fédérale LPP pour examiner le taux de conversion et ses paramètres centraux : l'espérance de vie et le taux d'intérêt technique qui permet de déterminer la valeur actuelle des engagements futurs de l'institution de prévoyance.

8.2.2.1 Espérance de vie des rentiers

Actuellement, l'augmentation prévue de l'espérance de vie des rentiers est :

- modélisée et intégrée directement dans les tables de mortalité des rentiers par les assureurs-vie en relation avec des tables de génération ;
- compensée d'une autre façon par les institutions de prévoyance, qui utilisent des tables de période, en tenant par exemple compte d'une marge de 0,5 % entre le rendement attendu et le taux d'intérêt technique.

Les deux approches sont considérées comme appropriées.

8.2.2.2 Taux d'intérêt technique

Le taux technique doit aussi pouvoir être atteint à long terme, selon toute vraisemblance. Ce taux est celui d'un portefeuille de placements à faible risque en valeurs réelles. Un groupe de travail de la Commission LPP a publié un rapport à ce sujet en novembre 2004⁷⁸. La Commission prend comme référence un taux à faible risque basé sur les obligations de la Confédération à 10 ans. Des observations sur plusieurs années (moyennes mobiles ou taux futurs calculés sur la base de la structure des taux) ont montré toutefois qu'il ne fallait pas s'en tenir au seul taux du moment. La commission fait varier ce taux en déduisant une marge de sécurité et en ajoutant un supplément pour risque afin de tenir compte d'autres produits de placement.

Le groupe de travail a également recommandé de vérifier régulièrement le taux de conversion, c'est-à-dire de consigner tous les 5 ans dans un rapport les différentes bases techniques à disposition et de reconsidérer la situation. A l'avenir, ces bases devraient être publiées à un rythme plus rapide que celui de 10 ans valable jusqu'ici, ce qui facilitera l'opération.

8.2.3 Fixation du taux d'intérêt technique

8.2.3.1 Proposition de la commission Réforme structurelle

La commission d'experts Réforme structurelle estime que le taux d'intérêt technique devrait être fondé uniquement sur des bases actuarielles. L'autorité politique qui fixe ce taux risque toujours d'être influencée par des considérations de politique sociale, notamment parce que ce taux est, avec l'espérance de vie, l'un des deux paramètres centraux servant au calcul du taux de conversion.

Pour ces raisons, la commission d'experts Réforme structurelle ne parvient pas à la même conclusion que la commission d'experts Optimisation, qui a recommandé de donner au

⁷⁸ Groupe de travail Examen du taux de conversion par rapport aux bases techniques.

Conseil fédéral la compétence de fixer le taux technique dans une fourchette définie. Le Conseil fédéral est en effet une instance politique qui doit tenir compte de considérations de politique sociale dans ses décisions. La fourchette proposée par la commission d'experts Optimisation donnerait au Conseil fédéral la possibilité de tenir compte d'impératifs qui ne sont pas de nature actuarielle, sachant que chaque institution de prévoyance pourrait choisir, dans la fourchette, le taux technique approprié à sa structure de risque et à sa politique de placement. Ce modèle incite à tenir compte d'éléments politiques dans la fixation du taux technique. Par ailleurs, nous pouvons attendre du Conseil fédéral qu'il tienne dûment compte de la situation des institutions de prévoyance pour prendre sa décision ; de ce fait, la fourchette serait relativement large. Cette manière de faire relativiserait l'importance du taux choisi par le Conseil fédéral ce qui serait négatif du point de vue de la confiance dans la prévoyance professionnelle.

Pour que cela ne se produise pas, on peut soit définir une formule servant à fixer le taux d'intérêt, soit charger une autre instance de fixer ce taux.

Contrairement au taux d'intérêt minimal, le taux d'intérêt technique doit rester stable autant que possible. Pour cette raison, la commission d'experts Réforme structurelle estime qu'il n'est pas conseillé d'imposer une formule, car cette formule pourrait être remise en question à chaque modification du taux, ce qui nuirait à la confiance des assurés dans la prévoyance professionnelle.

La commission d'experts Réforme structurelle en conclut que la fixation du taux d'intérêt technique doit être l'une des tâches principales des institutions de prévoyance et qu'il faut donc la confier à leur organe paritaire. Toutefois, puisque la fixation du taux d'intérêt technique a bien sûr aussi des effets sur la stabilité financière de l'institution de prévoyance et, en fin de compte, du système de la prévoyance professionnelle, l'organe paritaire doit respecter certaines normes minimales d'ordre technique et formel.

8.2.3.1.1 Normes techniques de fixation du taux d'intérêt technique

Actuellement, il existe des normes pour la détermination du taux d'intérêt technique publiées par la Chambre suisse des actuaires-conseils⁷⁹. Ces normes contiennent pour l'essentiel des valeurs de référence pour le taux technique. La commission d'experts Réforme structurelle recommande que l'autorité de haute surveillance déclare des normes de ce genre d'application obligatoire.

Si l'autorité de haute surveillance est d'avis qu'il est possible d'enfreindre les prescriptions légales en appliquant les normes des organisations professionnelles, elle ne doit pas les reconnaître. Dans ce cas, il faut instaurer une procédure d'élimination des divergences entre l'autorité de haute surveillance et l'organisation professionnelle dans le but de modifier les normes pour les rendre conformes à la loi. Si cette procédure échoue, l'autorité de haute surveillance édicte des normes obligatoires. Les organisations professionnelles dont les normes n'ont pas été reconnues et les tiers qui ont un intérêt indirect dans l'affaire peuvent faire recours auprès de la Commission de recours et, à partir du 1^{er} janvier 2007, auprès du Tribunal administratif fédéral.

8.2.3.1.2 Fixation du taux d'intérêt technique par l'institution de prévoyance

Le choix du taux d'intérêt technique par l'institution de prévoyance est une décision relevant de son organe paritaire. Puisque tous les membres de celui-ci ne sont pas des professionnels, il doit disposer d'une base pour prendre sa décision. Ainsi le choix proprement dit du taux résulte-t-il de l'interaction de plusieurs organes.

- **Tâche de l'expert en matière de prévoyance professionnelle**

⁷⁹ Chambre suisse des actuaires-conseils, « Stellungnahme zum technischen Zinssatz bei Vorsorgeeinrichtungen », Bâle 2005.

Il incombe à l'expert en matière de prévoyance professionnelle de mettre à disposition les bases de décision sur lesquelles se fondera l'organe paritaire. Ses attributions découlent pour l'essentiel de l'art. 53, al. 2, LPP. Il doit ainsi vérifier si l'institution de prévoyance offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales. Dans ce cadre, l'expert doit aussi analyser le taux d'intérêt technique et soumettre à l'institution de prévoyance une proposition motivée concernant le montant de celui-ci. Pour ce faire, il doit estimer, sur la base des normes élaborées par l'organisation professionnelle, le potentiel de rendement de l'institution de prévoyance. Selon la stratégie de placement de l'institution de prévoyance, il se fonde sur le rendement attendu à long terme des placements à faible risque et y ajoute, le cas échéant, une prime de risque pour les valeurs réelles. Puisque la plupart des institutions de prévoyance utilisent des tables de période⁸⁰ pour calculer la mortalité, l'expert déduit du taux technique une provision pour augmentation de l'espérance de vie. L'important est que l'expert recommande un taux technique à l'organe paritaire, mais la décision est du ressort de l'institution de prévoyance. Si celle-ci s'écarte de la recommandation, l'expert doit en avertir l'autorité de surveillance.

- **Tâche de l'organe paritaire**

La tâche de l'organe paritaire consiste à examiner la proposition de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et à décider s'il veut la suivre ou choisir un autre taux d'intérêt technique. Puisque le taux d'intérêt technique sert à l'escompte des engagements futurs de l'institution de prévoyance, la fixation par l'organe paritaire d'un taux d'intérêt technique supérieur à celui proposé par l'expert peut faire courir un risque de financement à l'institution.

A l'inverse, un taux d'intérêt technique trop bas peut immobiliser inutilement des fonds, ce qui peut avoir des conséquences négatives en matière de prestations ou de cotisations. De même, si le taux est trop faible, la prestation de libre passage peut être insuffisante lors de l'entrée dans une institution de prévoyance et une forte somme à titre de rachat doit être versée pour pouvoir ensuite obtenir une rente non réduite.

C'est pourquoi l'organe paritaire doit justifier tout écart par rapport à la recommandation de l'expert. Dans la pratique, lorsque leurs avis ne concordent pas, l'organe paritaire et l'expert devront éliminer leurs divergences. Si cette démarche n'aboutit pas, l'expert devra le signaler à l'autorité de surveillance. L'obligation d'annonce incombe à l'expert, car il y a plus de chances dans ce cas que l'autorité de surveillance prenne connaissance de la divergence d'opinion. Dans un premier temps, l'autorité doit inviter l'institution de prévoyance à motiver sa décision.

- **Tâche de l'autorité de surveillance**

L'autorité de surveillance s'assure que les institutions de prévoyance se conforment aux prescriptions légales⁸¹. Elle s'acquiesce de cette tâche notamment en prenant connaissance des rapports de l'expert en matière de prévoyance professionnelle⁸².

La surveillance des institutions de prévoyance est conçue comme un contrôle de la légalité⁸³. Dès lors, l'autorité de surveillance ne peut pas intervenir directement dans la

⁸⁰ Les tables de période estiment la mortalité à un moment donné. Une réserve est aussi constituée pour tenir compte de l'accroissement de l'espérance de vie. En revanche, les tables de génération indiquent la mortalité pour chaque année de naissance. Dans ce cas, il n'est pas vraiment nécessaire de constituer des provisions pour augmentation de l'espérance de vie.

⁸¹ Art. 62, al. 1, LPP.

⁸² Art. 62, al. 1, let. c, LPP.

⁸³ Isabelle Vetter-Schreiber, « Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit », p. 33 ss., Isabelle Vetter-Schreiber, « Kommentar berufliche Vorsorge », p. 215.

gestion de l'institution de prévoyance⁸⁴. Lorsque l'avis de l'expert sur le taux d'intérêt technique diverge de celui de l'organe paritaire, l'autorité de surveillance ne peut pas déclarer simplement obligatoire la recommandation de l'expert, mais elle doit plutôt examiner les motifs qui ont poussé l'organe paritaire à s'en écarter. Si ces motifs sont solides, l'autorité de surveillance ne peut pas s'opposer à la décision de l'organe paritaire.

Il en va autrement lorsque les motifs de l'organe paritaire ne sont pas fondés. Puisque, dans ce cas, l'équilibre financier de l'institution de prévoyance ou l'utilisation raisonnable de sa fortune pourraient être compromis⁸⁵, l'autorité de surveillance doit prendre les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (art. 62, al. 1, let. d, LPP). Ce faisant, elle doit respecter le principe de proportionnalité⁸⁶. La décision qui ordonne à l'institution de prévoyance d'adopter un autre taux technique ne peut donc être qu'une mesure parmi d'autres^{87 88}. Toutefois, si l'autorité de surveillance en vient à rendre une décision celle-ci doit être durable et c'est pourquoi un recours contre cette décision ne doit en principe pas avoir d'effet suspensif. Une modification des bases légales s'impose donc.

8.2.3.2 Conséquences pour le libre passage

En vertu de l'art. 26, al. 2, LFLP, le Conseil fédéral fixe la marge à l'intérieur de laquelle doit s'inscrire le taux d'intérêt technique requis pour déterminer les valeurs actuelles des caisses à primauté des prestations. En vertu de l'art. 8 OLP⁸⁹, la marge du taux d'intérêt technique oscille entre 3,5 et 4,5 %.

Puisque la compétence pour fixer le taux d'intérêt technique doit être attribuée à l'institution de prévoyance, il faut modifier l'art. 26, al. 2, LFLP et la disposition d'ordonnance qui l'accompagne.

8.3 Fixation du taux de conversion

8.3.1 Réglementation en vigueur

Le taux de conversion est fondé sur la mortalité et sur le taux d'intérêt technique. D'un point de vue technique, il ne serait donc pas nécessaire de fixer séparément un taux de conversion. Mais celui-ci est un outil important pour procurer les garanties de prestations constitutionnelles. Ainsi le taux de conversion régi par l'art. 14, al. 2, LPP (1^{re} révision de la LPP) se fonde-t-il sur un taux d'intérêt technique de 4 %.

L'art. 14, al. 2, LPP, fait partie des dispositions de la 1^{re} révision de la LPP entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Auparavant, la fixation du taux de conversion était du ressort du Conseil fédéral⁹⁰ qui devait tenir compte de bases techniques reconnues. Dans son message, le Conseil fédéral proposait de régler le taux de conversion dans la loi, car il entendait empêcher une baisse du niveau de la rente annuelle en augmentant

⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 14 août 2003 en la cause CP X. (2A. 395/2002, C. 3.2).

⁸⁵ Art. 84, al. 2, CC.

⁸⁶ Hans-Ulrich Stauffer, « Berufliche Vorsorge », ch. marg. 1619.

⁸⁷ L'autorité de surveillance peut entreprendre différentes démarches, à commencer par demander une contre-expertise. Elle peut aussi démettre le conseil de fondation de ses fonctions. Il est important que l'autorité de surveillance n'examine pas isolément la décision du conseil de fondation, mais tienne aussi compte d'autres facteurs déterminants pour prendre la décision la plus convenable eu égard à la situation générale de l'institution de prévoyance.

⁸⁸ Cf. ATF du 15.2.1994 (2A. 433/1994). L'autorité de surveillance a le droit d'ordonner à l'institution de prévoyance de relever les cotisations du montant recommandé par l'expert lorsque cette mesure est indispensable pour garantir l'équilibre financier de l'institution et qu'elle a été recommandée par l'expert.

⁸⁹ Ordonnance du 3 octobre 1993 sur le libre passage (OLP), RS 831.425.

⁹⁰ Art. 14, al. 1, aLPP.

simultanément les bonifications de vieillesse⁹¹. Les Chambres fédérales ont suivi le Conseil fédéral pour ce qui est de la réglementation du taux de conversion au niveau de la loi, mais pas pour son montant ni pour les mesures d'accompagnement. Alors que le Conseil fédéral souhaitait abaisser le taux de conversion à 6,65 %, le Parlement a préféré une baisse plus modeste à 6,8 %. Pour compenser cette baisse et empêcher une réduction de la rente, les Chambres ont préféré réduire la déduction de coordination plutôt que de relever les bonifications de vieillesse. En même temps, elles obligeaient le Conseil fédéral de lui présenter tous les dix ans au moins, à compter de 2011, un rapport sur la fixation du taux de conversion.

8.3.2 Proposition de la Commission d'experts Réforme structurelle

La Commission d'experts Réforme structurelle préconise que le taux technique soit fixé selon un système d'autorégulation surveillée. Il incombe aux institutions de prévoyance de choisir les tables de mortalité qu'elles souhaitent utiliser. Dès lors celles-ci pourraient aussi choisir librement leur taux de conversion. Des mesures légales d'accompagnement devraient toutefois être adoptées pour garantir que les excédents soient affectés à l'amélioration des prestations. Des membres de la commission d'experts Réforme structurelle ont aussi indiqué que, dans un régime où les institutions de prévoyance pourraient fixer librement les principaux paramètres des prestations, il faudrait donner plus de liberté de choix aux assurés.

Mais d'un autre côté, étant donné l'importance sociopolitique du taux de conversion, il semble irréaliste d'en confier le choix à l'institution de prévoyance. Pour renforcer la confiance des assurés dans la prévoyance professionnelle obligatoire, il faut donc qu'un taux de conversion uniforme s'applique à ce domaine.

Une majorité de la commission d'experts Réforme structurelle pense toutefois que la réglementation du taux de conversion doit à nouveau être du ressort du Conseil fédéral, mais que la décision concernant le niveau du taux doit être dépolitisée autant que possible. Une minorité préfère que les Chambres conservent la compétence de fixer le taux, car il faut, pour des raisons de politique sociale, adopter des mesures d'accompagnement qui requièrent en général une modification de la loi. Par ailleurs, il convient de prendre au sérieux l'adjectif contenu dans la loi, où le taux de conversion est qualifié de minimal. Il ne faut pas fixer le taux sur la seule base des projections concernant la mortalité et des hypothèses sur le rendement. Il faut plutôt que les institutions de prévoyance puissent atteindre sans gros risque le rendement visé. Si elles dégagent des excédents, elles doivent en faire bénéficier leurs assurés.

La loi doit régler les éléments suivants :

- **Compétence en matière de fixation du taux de conversion**

- **Conseil fédéral**

La fixation du taux de conversion est du ressort du Conseil fédéral. Celui-ci prend sa décision sur proposition de l'autorité de haute surveillance⁹² et en ayant pris connaissance de la recommandation de la Commission LPP.

- **Autorité de haute surveillance**

L'autorité de haute surveillance propose au Conseil fédéral de modifier le taux de conversion. A cet effet, elle consulte les organisations professionnelles dont elle a reconnu les normes. L'autorité de haute surveillance fonde sa proposition exclusivement sur des considérations d'ordre technique.

⁹¹ Message du 1^{er} mars 2000 relatif à la révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 2000, p. 2549.

⁹² La compétence en matière de haute surveillance, actuellement confiée au Conseil fédéral, doit être transférée à une autorité ad hoc. Cf. ch. 7.1.2 + 7.2.2.

- **Commission fédérale LPP**

La Commission fédérale LPP prend position, à l'attention du Conseil fédéral, sur la proposition de l'autorité de haute surveillance. La mission de la Commission LPP est d'examiner aussi l'impact sociopolitique de la modification du taux de conversion, même si cet aspect ne doit en principe plus être pris en compte en vertu du postulat de la dépolitisation du taux de conversion. La tâche de la Commission LPP est donc plutôt de vérifier si, au vu des conséquences de la modification du taux de conversion, des adaptations doivent être apportées pour des raisons de politique sociale en vue de garantir le niveau de prestation ou si l'abaissement du taux semble raisonnable sans mesures sociales d'accompagnement.

• **Périodicité**

Depuis l'entrée en vigueur de la LPP, le Conseil fédéral n'a jamais fait usage de sa compétence de modifier le taux de conversion, bien que les bases techniques sur lesquelles reposait le taux de 7,2 % aient été dépassées depuis le début des années 90 au moins. La loi doit donc faire obligation au Conseil fédéral de respecter une certaine périodicité. L'art. 14, al. 3, LPP en vigueur prévoit que le Conseil fédéral soumettra un rapport aux chambres pour déterminer le taux de conversion des années suivantes tous les dix ans, la première fois en 2011. La Commission d'experts Réforme structurelle estime que ce rythme est trop lent et préconise un réexamen du taux de conversion tous les cinq ans. Cette périodicité permettrait d'atténuer dans une certaine mesure les effets de la modification du taux de conversion. De ce fait, la pression serait moins forte en ce qui concerne les mesures d'accompagnement permettant de maintenir le niveau des rentes.

• **Procédure de consultation**

Etant donné que le taux de conversion se fonde sur des bases techniques, la procédure de consultation se limitera aux organisations professionnelles et à la Commission fédérale LPP (composée pour l'essentiel des partenaires sociaux, des fournisseurs de prestations et de représentants d'associations de handicapés et de retraités). Quelle que soit la réglementation de la LPP, les commissions parlementaires compétentes doivent être consultées sur la modification du taux de conversion si elles en font la demande (art. 22, al. 3, loi sur le Parlement). Il va de soi qu'une procédure de consultation serait obligatoire s'il fallait débattre simultanément des mesures d'accompagnement qui requièrent une modification de la loi.

8.4 Taux d'intérêt minimal

8.4.1 Réglementation en vigueur

8.4.1.1 But et fonction du taux d'intérêt minimal

Le taux d'intérêt minimal est le taux plancher auquel doit être rémunéré l'avoir de vieillesse du régime obligatoire dans les institutions à primauté des cotisations. Avec les taux des bonifications, le taux de conversion et l'évolution des salaires, il détermine ainsi le niveau des rentes du régime obligatoire de la prévoyance professionnelle. Il doit être fixé en fonction du rendement des placements usuels du marché (obligations de la Confédération, actions, obligations et immobilier)⁹³.

Toutefois, il sert aussi au calcul de la prestation de sortie minimale⁹⁴, au calcul de l'intérêt moratoire en cas de versement tardif de la prestation de sortie⁹⁵ et au calcul de la prestation de sortie en cas de divorce⁹⁶ (cf.ch. 8.4.2.1.1).

⁹³ Art. 15, al. 2, LPP.

⁹⁴ Art. 17, al. 1 et 4, LFLP, en relation avec l'art. 6, al. 2, OLP.

⁹⁵ Art. 7 OLP.

⁹⁶ Art. 8a OLP.

Pour modifier le taux d'intérêt minimal, le Conseil fédéral tient compte de l'évolution des placements usuels, en particulier des obligations de la Confédération, des actions, des emprunts et de l'immobilier⁹⁷. Il doit revoir le taux d'intérêt minimal tous les deux ans au moins en consultant la Commission fédérale LPP et les partenaires sociaux⁹⁸. Depuis l'entrée en vigueur de la LPP le 1^{er} janvier 1985, le taux d'intérêt minimal a été modifié à trois reprises, pour la première fois à la fin de l'année 2002, à la suite de la crise boursière.

Période	en %
1.1.1985 - 31.12.02	4,00
Jusqu'au 31.12.03	3,25
Jusqu'au 31.12.04	2,25
Depuis le 01.01.05	2,50

Le taux doit tenir compte des marchés financiers et des prescriptions concernant les placements et l'écart entre le rendement et le taux doit être suffisant pour couvrir les frais de placement et de gestion de la fortune.

Jusqu'ici, les paramètres à prendre en compte en vertu de la loi et de l'ordonnance n'étaient pas toujours pondérés de la même manière. Le poids accordé à la situation financière des institutions de prévoyance variait fortement.

8.4.1.2 Fixation du taux d'intérêt minimal

La procédure à appliquer en cas de modification du taux de conversion et l'importance à accorder aux différents paramètres ne sont pas encore définitivement fixées : alors que la Commission LPP souhaite une approche méthodique, le Conseil fédéral a jusqu'à présent rejeté une telle démarche afin de pouvoir pondérer avec souplesse les paramètres inscrits dans la loi et l'ordonnance, en tenant compte des circonstances.

Selon l'approche méthodique élaborée en 2003 par la sous-commission Placements de la Commission LPP, le Conseil fédéral devait ramener à 2 % le taux d'intérêt minimal au 1^{er} janvier 2004. La situation s'étant améliorée sur les marchés financiers, le Conseil fédéral l'a fixé à 2,25 % (selon la procédure recommandée par la sous-commission, avec des chiffres datant de fin juin 2003). La méthode utilisée par la Commission LPP tenait compte non seulement de la moyenne des trois derniers mois du taux au comptant des obligations de la Confédération à dix ans, mais aussi du rendement d'autres placements usuels du marché en prenant comme référence une fourchette de +/- 0,5 % de l'indice LPP 93 calculé dans le respect des limites de placement LPP (sans immobilier ni hypothèques)⁹⁹. L'année suivante déjà, le calcul du taux tenait davantage compte de la situation financière (toujours tendue) de nombreuses institutions de prévoyance que ne le prévoyait la formule appliquée. Pour cette raison, la Commission LPP préconisait de maintenir le taux d'intérêt minimal à 2,25 % pour que les institutions puissent constituer des réserves. Si l'on avait appliqué

⁹⁷ Cf. art. 15, al. 2, LPP ; jusqu'à la fin de l'année 2004, le Conseil fédéral devait fixer le taux d'intérêt minimal non seulement sur la base du rendement des obligations de la Confédération et d'autres placements usuels, mais aussi sur la base du rapport de l'OFAS sur la situation financière des institutions de prévoyance. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 15 LPP (1^{er} janvier 2005), il ne tient plus compte de cette situation financière et ne convie plus les commissions parlementaires de la sécurité sociale et de la santé publique des deux Chambres à s'exprimer, pour éviter de politiser la procédure de fixation du taux d'intérêt minimal. Par ailleurs, il ne prend plus en compte le rendement des immeubles.

⁹⁸ Art. 15, al. 3, LPP.

⁹⁹ Cette procédure se fonde sur la moyenne des trois derniers mois (les dernières données disponibles) des taux au comptant des obligations de la Confédération à dix ans. Cette moyenne est centrée d'une fourchette de +/- 0,5 point, ce qui permet de tenir compte du rendement d'autres placements usuels du marché. Pour ces autres placements, l'indicateur est l'indice Pictet LPP 93. Si la performance de l'indice LPP 93 dépasse la valeur supérieure de la fourchette (moyenne des taux au comptant des obligations de la Confédération à dix ans plus 0,5 point), c'est cette moyenne plus 0,5 point qui est déterminante. Si l'indice est inférieur à la valeur inférieure de la fourchette, 0,5 point est déduit de la moyenne. Si l'indice se situe dans la fourchette, c'est la moyenne qui s'applique.

strictement la formule en tenant compte de l'embellie enregistrée sur les marchés financiers et d'une déduction de 0,25 point due à la situation financière des institutions de prévoyance, on aurait obtenu, selon la « formule » de la sous-commission, un taux minimal de 3,0 % (un taux de 3,25 % avec les chiffres de la fin juin et une déduction de 0,25 %). Ainsi, une année après, la procédure recommandée ne donnait déjà plus le résultat souhaité par la Commission LPP¹⁰⁰. La décision du Conseil fédéral de faire passer le taux de 2,25 % à 2,5 % était en ligne avec les propositions des experts (qui allaient de 2,25 % à 2,75 %) et découlait de la conviction que les bons résultats de 2003 permettaient une modification.

La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-CN) a déposé une motion (05.3467 Mode de calcul fixe pour le taux d'intérêt minimal LPP) demandant au Conseil fédéral, en se fondant sur l'art. 15 LPP, d'élaborer un mode de calcul fixe pour le taux d'intérêt minimal et de soumettre un projet correspondant de révision de la LPP.

8.4.2 Propositions de la Commission d'experts Réforme structurelle

Il faut dépolitiser la rémunération de l'avoir de vieillesse en la faisant dépendre des réalités économiques. Pour concrétiser ce principe, la Commissions d'experts Réforme structurelle propose deux modèles :

- Le **modèle principal** de la commission Réforme structurelle prévoit de confier aux institutions de prévoyance le soin de fixer la rémunération de l'avoir de vieillesse.
- A titre de modèle de rechange, la commission propose de fixer le taux d'intérêt minimal sur la base d'une formule.

8.4.2.1 Les institutions de prévoyance sont responsables de la fixation du taux d'intérêt minimal (suppression de la garantie du taux d'intérêt minimal)

Au lieu du Conseil fédéral, ce seront les institutions de prévoyance qui doivent veiller à ce que les personnes assurées selon le régime de la primauté des cotisations puissent, lorsqu'elles touchent leurs rentes, maintenir de façon appropriée leur niveau de vie, grâce à une rémunération adéquate de leurs avoirs de vieillesse.

Dans le pire des cas, l'intérêt porté par l'avoir de vieillesse est nul. En d'autres termes, les assurés continuent à ne pas supporter directement les risques des marchés financiers, mais, le cas échéant, indirectement, du fait des mesures d'assainissement qui doivent être prises si l'institution de prévoyance présente un découvert. La suppression de la garantie de l'intérêt réduit toutefois considérablement le risque de découvert obligeant à prélever des cotisations d'assainissement.

La suppression du taux d'intérêt minimal accroît la responsabilité des institutions de prévoyance, mais affaiblit la position des assurés, qui perdent la garantie actuelle en matière de taux. Bien que la 1^{re} révision de la LPP ait introduit diverses mesures qui permettent aux assurés de contrôler plus facilement la gestion et améliorent leur situation (obligation de présenter les comptes de façon uniforme selon la norme RPC 26, de déterminer le taux des excédents que les assureurs doivent transférer aux institutions de prévoyance [« legal quote »] et de distribuer les excédents au sein de l'institution de prévoyance elle-même, représentation paritaire des employeurs et des salariés au sein de l'organe suprême), un changement de système permettant aux institutions de prévoyance de fixer elles-mêmes la rémunération des avoirs de vieillesse doit s'accompagner des mesures suivantes :

- A l'image de la réglementation de l'adaptation des rentes de vieillesse à l'évolution des prix, il faudrait exiger de l'organe paritaire qu'il fixe chaque année le taux d'intérêt et motive sa décision soit dans les comptes annuels soit dans le rapport annuel.

¹⁰⁰ Le risque d'une formule fixe est que la discussion ne porte plus sur le montant du taux d'intérêt minimal, mais sur le mode de calcul, ce qui empêche toute « dépolitisation », si tant est que celle-ci est possible.

Cette obligation incite les organes compétents à adopter une politique de placement dynamique.

- L'organe suprême doit respecter les prescriptions de l'art. 68a LPP relatives à la distribution des excédents. Les organes de révision doivent vérifier si, lorsque les excédents ne sont pas affectés à l'amélioration des prestations, l'organe suprême – ou les commissions de gestion paritaires dans le cas des caisses affiliées – ont pris des décisions dans ce sens.
- Finalement, les institutions de prévoyance qui libèrent des cotisations devraient pouvoir prouver qu'elles ne mettent pas en péril à long terme le but de la prévoyance¹⁰¹. Dans tous les cas, une décision de l'organe suprême est nécessaire et il est sûr que des suspensions ou des réductions de cotisations sont tout autant exclues, dans les caisses qui ont des difficultés financières, que les dispositions qui favorisent l'employeur.
- Pour favoriser une stratégie de placement axée sur le rendement, il faut enregistrer correctement les intérêts versés sur l'avoir de vieillesse. L'autorité de haute surveillance publiera des taux d'intérêt de référence.

Dans quelle mesure la rémunération de l'avoir de vieillesse en fonction des objectifs influencera-t-elle la stratégie et les décisions de placement des institutions de prévoyance ? Les avis divergent à ce propos. Chacun reconnaît cependant que la suppression de la garantie du taux minimal augmente la tolérance au risque des institutions de prévoyance. L'augmentation de la tolérance au risque permet aux institutions de prévoyance de placer des parts plus importantes de leur fortune dans des placements plus rentables, et notamment dans des actions. Ainsi la suppression de la garantie ne devrait pas entraîner de baisse des prestations, mais plutôt une hausse des intérêts versés sur les avoirs de vieillesse. Dans les caisses de pensions d'entreprise, il existe déjà des incitations à investir davantage dans des placements plus rentables, car les membres du conseil de fondation sont aussi des assurés et ont donc un intérêt personnel à la bonne marche de l'institution. Lorsqu'elles adoptent une stratégie de placement, les institutions de prévoyance se fixent aujourd'hui déjà un objectif de rendement à atteindre sur plusieurs années. Un objectif concernant la rémunération des avoirs de vieillesse devrait aussi être fixé. A titre incitatif, l'autorité de haute surveillance publiera des valeurs de référence pour la rémunération de ces avoirs. Pour fixer leur objectif de placement, les membres du conseil de fondation pourront tenir compte de ces valeurs en plus de la structure des engagements de l'institution.

Dans les institutions communes ou collectives qui se chargent elles-mêmes de la constitution des avoirs, le conseil de fondation paritaire fixe l'intérêt servi sur le capital-épargne. Quant à celles qui confient cette activité à un assureur, l'amélioration de la transparence concernant les objectifs et les résultats augmentera la concurrence parce que d'autres assurés peuvent s'y affilier, le cercle des affiliés étant extensible dans ces institutions. La suppression du taux minimal facilitera par ailleurs la fondation de nouvelles institutions de prévoyance.

Une minorité de la commission d'experts Réforme structurelle estime que si la garantie du taux minimal est supprimée, les institutions de prévoyance doivent être tenues par la loi de

¹⁰¹ Dans son arrêt du 26 novembre 2001, le Tribunal fédéral remettait déjà en question le caractère admissible de ces libérations dans les caisses à primauté des cotisations. Il estimait que, dans ces caisses, les prestations de prévoyance n'étaient pas garanties d'avance, mais que les assurés assumaient le risque que ce à quoi ils avaient droit soit ou non à la hauteur de l'objectif au moment où naît le droit à la rente (ATF 128 II 24). La doctrine met elle aussi en doute la possibilité de réduire les cotisations dans les caisses à primauté des cotisations (Jacques-André Schneider, A propos des normes comptables IAS 19 et FER/PC 16 et de la prévoyance professionnelle suisse, N° 99).

fixer des objectifs annuels en termes de rendement et d'élaborer des directives concernant la répartition des excédents dégagés.

8.4.2.1.1 Effets de la suppression du taux d'intérêt minimal

Nous examinons les effets de la suppression du taux d'intérêt minimal sur divers éléments de la prévoyance professionnelle.

8.4.2.1.1.1 Compte témoin

Certains voient dans la suppression du taux minimal une diminution de l'unité du compte témoin. On peut en effet envisager que le compte témoin reflète soit un intérêt nul (unité de l'ensemble du compte), soit l'intérêt réel décidé par le Conseil de fondation. L'art.16, al. 2, OPP2 prévoit déjà qu'il pourrait y avoir un taux d'intérêt différent sur le compte témoin. Il n'est donc pas gênant que le taux d'intérêt du compte témoin soit variable d'une institution à l'autre.

8.4.2.1.1.2 Rente d'invalidité

Le calcul actuel de la rente d'invalidité se base sur l'épargne accumulée à laquelle on ajoute la projection sans intérêt. On peut garder la même définition.

8.4.2.1.1.3 Prestation de sortie minimale

La question est plus délicate. En effet, le taux d'intérêt minimal est utilisé pour le calcul comparatif basé sur les cotisations d'épargne de l'assuré, majoré d'un intérêt.

Si nous séparons les différents plans de prévoyance, nous pouvons définir les choses de la manière suivante :

- Dans un plan à primauté des prestations, la prestation de sortie selon l'art. 17 LFLP peut être calculée avec un taux technique aussi bien pour la prestation d'entrée que les cotisations d'épargne si elles sont clairement définies. C'est effectivement ce taux qui est utilisé pour le financement.
- Dans un plan d'assurance à primauté des cotisations géré actuariellement, on utilisera aussi le taux technique qui sert à calculer les réserves mathématiques.
- Dans les plans épargne + risques du type LPP, on utilisera le taux d'intérêt effectif de l'épargne, ce qui signifie que la prestation de sortie minimale ne peut être supérieure au compte épargne de l'assuré et l'on évite ainsi un calcul de libre passage.

8.4.2.1.1.4 Partage de la prestation en cas de divorce

L'art. 8a OLP fixe le ou les taux d'intérêt applicable(s) pour la prestation acquise au mariage jusqu'au moment du divorce. Il est égal à 4 % jusqu'en 1984, puis au taux minimal légal dès 1985. Dans le cas de la suppression du taux minimal, on utiliserait alors les taux historiques de l'institution de prévoyance (basés sur les mêmes taux que la prestation de sortie minimale, c'est-à-dire en fonction du plan d'assurance) à partir de l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition.

8.4.2.2 Mode de calcul du taux d'intérêt minimal

Si l'on ne souhaite pas supprimer le taux d'intérêt minimal garanti par l'Etat, une formule doit être définie pour dépolitiser ce taux.

Le taux doit être le même pour les deux genres d'institutions qui gèrent la prévoyance professionnelle (institutions de prévoyance et assureurs-vie). La formule ad hoc doit refléter l'évolution des marchés des capitaux afin d'exclure toute influence politique.

Il faut prendre pour référence un portefeuille à faible risque pour que le conseil de fondation soit autant que possible libre de ses mouvements et ne soit pas contraint d'adopter une pratique de placement qui réduise les perspectives de rendement à long terme. Les institutions de prévoyance ayant une bonne tolérance au risque sont tenues de servir un intérêt plus élevé sur l'avoir de vieillesse, en fonction de leurs possibilités. La fixation du taux effectif, au moins égal au taux minimal, est du ressort de l'organe suprême de l'institution de prévoyance qui devra tenir compte tant des intérêts des assurés que des possibilités de l'institution de prévoyance.

Dans ce contexte, les critères suivants doivent être pris en compte lors de la fixation du taux minimal :

- les circonstances économiques et les conditions actuarielles,
- les placements à faible risque, comme les obligations de la Confédération font office de référence,
- recours à une moyenne mobile pour lisser à long terme les fluctuations,
- flexibilité conforme aux marchés financiers,
- pas d'intervention directe dans l'allocation des actifs de l'institution de prévoyance résultant du choix d'un taux d'intérêt minimal calculé sur la base de placements à risques contraignant l'institution de prévoyance à reproduire le portefeuille de référence,
- accessibilité pour les assurés (transparence, paramètres rendus publics),
- fixation sans intervention de l'Etat, suppression de toute composante politique.

La formule suivante satisfait à ces conditions :

Intérêt minimal = 70 % de la moyenne mobile sur 7 ans des obligations de la Confédération à 7 ans

Les raisons suivantes plaident en faveur de cette formule :

- La mise en relation du taux avec la moyenne mobile des taux des obligations de la Confédération à 7 ans garantit tant aux systèmes de prévoyance qu'aux assurés la transparence, la fiabilité (valeur publiée par la BNS) et la flexibilité (vitesse d'adaptation) indispensables. Les structures des engagements sont claires.
- La formule favorise une structure de placement claire et compréhensible, fondée sur la tolérance au risque des systèmes de prévoyance. Le taux d'intérêt lié à 70 % à celui des obligations de la Confédération augmente la tolérance au risque des institutions de prévoyance et leur permet de choisir une stratégie de placement axée sur le rendement. Les bases sont ainsi posées pour que l'institution dégage des excédents qui, transparence oblige, doivent être publiés. Cette dynamique ne contraint toutefois pas les institutions de prévoyance à prendre des risques irréfléchis.
- Les systèmes de prévoyance doivent garantir la rémunération à long terme de l'avoir de l'ensemble des assurés, et pas seulement des nouveaux affiliés (la structure des échéances des engagements est importante). Pour cette raison, il convient de choisir une valeur réaliste, équilibrée et tenant compte du passé (moyenne mobile et pas seulement valeur future).
- La formule proposée facilite la fondation de nouvelles institutions de prévoyance. Celles-ci ne sont plus immédiatement tenues de garantir un rendement qu'elles sont incapables d'obtenir avec des placements à faible risque et sont donc moins exposées au risque d'être immédiatement en découvert. De ce fait, la concurrence s'intensifie au sein de la prévoyance professionnelle.

Les inconvénients du choix d'une formule pour calculer le taux minimal sont les suivants :

- Il n'est pas possible de réagir rapidement lorsque se produisent de fortes fluctuations ou des chocs sur le marché des capitaux.
- Le débat sur le taux d'intérêt minimal « correct » n'est pas clos, mais il se poursuit, cette fois à propos de la formule « correcte ».

La commission d'experts Réforme structurelle estime par ailleurs que la rémunération de la prestation de libre passage dans l'ordonnance sur le libre passage doit être réexaminée. Il n'est pas logique en effet que le taux minimal de rémunération de l'avoir de vieillesse prescrit que dans la LPP ne s'applique qu'au régime obligatoire et que dans le droit du libre passage il s'applique aussi à la prévoyance plus étendue. Une minorité de la commission n'accepte aucune des deux variantes proposées et demande une formule conforme à l'article 15 LPP actuellement en vigueur.

8.5 Provisions et réserves

8.5.1 Réglementation en vigueur

L'art. 65b LPP délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter des dispositions relatives à la constitution de réserves pour couvrir les risques actuariels et financiers. Selon l'art. 48e OPP 2, le Conseil fédéral a lui-même délégué cette compétence aux institutions de prévoyance.

Par ailleurs, selon l'art. 43 OPP 2, c'est l'institution de prévoyance qui décide des mesures de sécurité nécessaires sur rapport de son expert.

8.5.2 Propositions de la Commission

La Commission est d'avis que la fixation des réserves et provisions est déjà suffisamment réglée par les normes RPC 26 et par l'art. 65b. Elle propose cependant de compléter la LPP pour permettre de donner à la haute surveillance compétence de fixer des normes pour la fixation des réserves et provisions actuarielles et financières.

En liaison avec le capital minimum des fondations collectives et communes, la compétence serait également donnée à la haute surveillance de fixer des normes minimales.

Le 10 juin 2005, le Conseil fédéral a édicté des directives sur les conditions requises pour la création d'institutions collectives ou communes¹⁰². En vertu de ces directives, la nouvelle institution collective ou commune doit disposer d'un capital de départ suffisant (ch. marg. 41) et d'une garantie en cas de liquidation (ch. marg. 42). Ces conditions se fondent sur l'art. 6, let. a, de l'ordonnance sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance¹⁰³. Par souci de transparence, il serait toutefois indiqué de réglementer ces exigences au niveau de la loi.

8.6 Gestion de fortune

8.6.1 Réglementation en vigueur

La gestion de fortune des institutions de prévoyance est régie de façon générale par l'art. 71 LPP et de façon détaillée par les art. 49 à 59 OPP 2. La loi stipule que les institutions de prévoyance doivent, lorsqu'elles gèrent leur fortune, garantir la sécurité des placements, un rendement suffisant, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités. En outre, l'art. 71, al. 2, LPP interdit expressément les prêts sur police.

Les dispositions d'exécution se divisent pour l'essentiel en trois groupes :

¹⁰² FF 2005 4013 ss.

¹⁰³ Ordonnance du 28 août 1985 sur la surveillance et l'enregistrement des institutions de prévoyance (OPP 1), RS 831.435.1.

- **La gestion de fortune relève de la responsabilité de l'organe paritaire**

L'art. 49a OPP 2 fait de la gestion de fortune une tâche de gestion de l'organe paritaire. Celui-ci doit fixer clairement les objectifs et les principes à observer en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune. Ainsi un organe paritaire n'assumerait pas sa tâche de gestion s'il se limitait au respect des critères de l'art. 71 LPP et des directives de placement des art. 53 ss. OPP 2¹⁰⁴.

Les art. 50 à 52 OPP 2 concrétisent les exigences posées par la loi à la gestion de fortune. L'art. 50, al. 2, OPP 2 est particulièrement important, puisqu'il définit les exigences en matière de sécurité des placements : l'institution de prévoyance doit veiller à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance. La sécurité doit être évaluée spécialement en tenant compte de la totalité des actifs et des passifs, de la situation financière effective, ainsi que de la structure et de l'évolution future prévisible de l'effectif des assurés. La sécurité des placements n'est donc pas déterminée par le risque lié aux différents placements, mais elle concerne les attentes et les droits des assurés.

- **Directives de placement**

- **Placements autorisés**

En vertu de l'art. 53 OPP 2, les placements suivants sont autorisés :

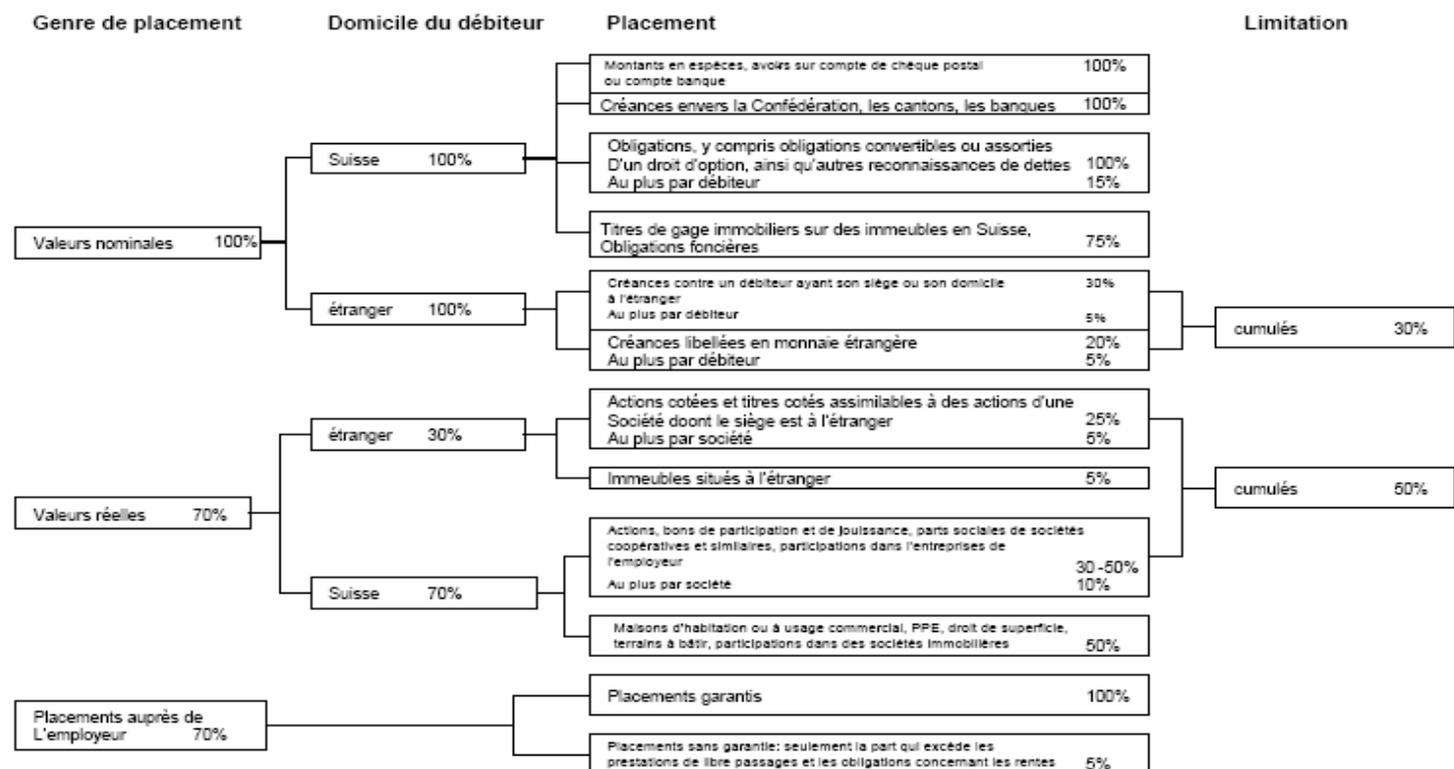
- les montants en espèces ;
- les créances libellées en un montant fixe (avoirs sur compte de chèques postal ou en banque, obligations d'emprunts et autres reconnaissances de dettes) ;
- les maisons d'habitation ou à usage commercial, les propriétés par étage, les constructions en droit de superficie, les terrains à bâtir ;
- les participations à des sociétés immobilières ;
- les actions, bons de participation et bons de jouissance, et les participations similaires, ainsi que les parts sociales de sociétés coopératives ;
- les participations à des sociétés cotées en bourse ayant leur siège à l'étranger.

L'extension des possibilités de placement (art. 59 OPP 2) rend possible d'autres placements.

- **Limites des placements**

Les art. 54 à 57 OPP 2 limitent comme suit les placements :

¹⁰⁴ Isabelle Vetter-Schreiber, « Kommentar zum BVG », p. 395.

Aperçu des limites des placements¹⁰⁵

¹⁰⁵ Hans-Ulrich Stauffer, « Berufliche Vorsorge », p. 582.

- **Extension des possibilités de placement**

En vertu de l'art 59 OPP 2, l'institution de prévoyance peut s'écarter tant de la liste des placements autorisés que des limites de placement, pour autant que le règlement de placement le prévoit et qu'un rapport joint aux comptes annuels établit de façon concluante que les buts de prévoyance stipulée à l'art. 50 OPP 2 pourront être atteints. Dès lors, les placements alternatifs, et notamment les placements en capital-investissement (« private equity ») et dans des fonds spéculatifs, ne sont possibles que s'ils satisfont aux conditions concernant l'extension des possibilités de placement.

Les statistiques des caisses de pension montrent que les institutions de prévoyance n'utilisent pas entièrement leur marge de manœuvre en matière de placements.

Genres de placements des institutions de prévoyance en 2002 (en % du total du bilan)

Placements	IP de droit privé	IP de droit public
Placements directs	79,2 %	90,8 %
Obligations, bons de caisse	29,4 %	27,8 %
Actions, bons de participation	17,3 %	23,4 %
Immeubles, terrains	11,2 %	15,1 %
Hypothèques	3,5 %	8,6 %
Liquidités, placements à court terme	10,8 %	8,6 %
Placements auprès de l'employeur	1,7 %	5,3 %
Divers	5,3 %	2,0 %
Placements collectifs¹⁰⁶	20,8 %	9,2 %

8.6.2 Recommandation de la Commission d'experts Réforme structurelle

La Commission d'experts Réforme structurelle estime que la recommandation de la commission précédente est déjà mise en œuvre dans la mesure où le droit en vigueur impose aux institutions de prévoyance l'obligation d'édicter un règlement relatif à la constitution de provisions et de réserves de fluctuation. Lors de la 1^{re} révision de la LPP, le législateur a chargé le Conseil fédéral, à l'art. 65 LPP, d'édicter des dispositions minimales concernant la constitution de provisions pour couvrir les risques actuariels, d'autres provisions visant à assurer la sécurité du financement et des réserves de fluctuation. L'article de l'ordonnance (art. 48e OPP 2) prévoit que l'institution de prévoyance fixe dans un règlement les règles pour la constitution des provisions et des réserves de fluctuation. Elle doit à cet effet respecter le principe de la continuité. L'expert en matière de prévoyance professionnelle doit régulièrement exprimer son avis sur les réserves de fluctuation et les autres réserves¹⁰⁷. Avec l'art. 49a, al. 1, OPP 2, qui oblige l'institution de prévoyance à fixer clairement les objectifs et les principes à observer en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune, cette disposition correspond pour l'essentiel au vœu de la commission précédente, de sorte que la commission d'experts Réforme structurelle estime qu'il n'est pas nécessaire de modifier à nouveau la législation.

En revanche, la commission d'experts Réforme structurelle estime qu'il convient de réviser soigneusement les prescriptions de placement, car celles-ci donnent un faux sentiment de sécurité. En outre, les différentes limites ne concrétisent pas suffisamment le principe de la sécurité des placements exigé par l'art. 50, al. 2 OPP 2¹⁰⁸. Les principes essentiels de la gestion de fortune sont certes régis par l'OPP 2, mais la portée normative de l'art. 71 LPP est relativement modeste.

¹⁰⁶ Fondations de placement, fonds de placements, sociétés immobilières.

¹⁰⁷ OFAS, commentaire des dispositions des ordonnances du 2^e paquet de la 1^{re} révision de la LPP, http://www.ofas.admin.ch/bv/aktuell/f/bvg_2_revison_zusammenstellung.pdf.

¹⁰⁸ Hans-Ulrich Stauffer, « Berufliche Vorsorge », p. 580.

La Commission d'experts Réforme structurelle propose donc d'inscrire dans la loi les principes essentiels de la gestion de fortune conformément au principe de prudence (« prudent man rule »), et notamment la responsabilité de l'organe paritaire en matière de gestion de fortune, c'est-à-dire son obligation de fixer les objectifs et les principes à observer en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune, et la définition claire des exigences en matière de sécurité des placements. Un autre principe essentiel consiste à définir la stratégie de placement sur la base d'une analyse de l'actif et du passif. Finalement, l'autorité de haute surveillance doit aussi avoir la possibilité de reconnaître les normes de certaines organisations professionnelles dans le domaine des placements.

Par ailleurs, les dispositions relatives aux placements autorisés et aux limites de placement peuvent en grande partie être abrogées.

Cette manière de faire serait compatible avec la Directive de l'UE sur la prévoyance professionnelle d'entreprise¹⁰⁹. Cette directive permet aux Etats membres d'édicter des prescriptions qui se fondent sur le principe de prudence ou qui prévoient des limites de placement.

Ce système donnerait aux institutions de prévoyance une plus grande latitude pour définir leur stratégie de placement. Avec la prudence voulue, celles-ci pourraient notamment investir dans des placements alternatifs pour mieux diversifier leur fortune sans devoir remplir les conditions liées à l'extension des possibilités de placement.

On peut objecter en disant que si les limites de placement étaient levées, les activités de placement pourraient être plus coûteuses, parce que le principe de prévoyance devrait être appliqué de manière plus rigoureuse. Toutefois, cette objection n'est pas convaincante. Si, en pondérant le principe de prudence de l'art. 50 OPP 2 déjà valable aujourd'hui et les limites de placement, une institution de prévoyance accordait trop d'importance à ces limites par rapport au principe de prudence, il en résulterait un risque de financement inacceptable pour des raisons relevant de la sécurité du système.

Si le changement de système proposé ici octroie davantage de responsabilité à l'institution de prévoyance, il impose aussi de nouvelles obligations aux autres responsables du système de contrôle. Cela est vrai tant pour l'expert en matière de prévoyance professionnelle – dont l'analyse du passif de l'institution de prévoyance est un élément fondamental pour juger de la tolérance au risque de l'institution – que pour l'organe de révision, qui doit vérifier si la gestion de fortune est conforme au règlement.

Les placements auprès l'employeur ont ceci de problématique qu'ils lient le destin de l'institution de prévoyance à celui de l'employeur. Les dettes de cotisation de l'employeur transformées en créances de l'institution de prévoyance (les cotisations en souffrance de fondations collectives et de l'institution supplétive l'employeur représentaient 69,75 millions de francs en 2003 et 53,3 millions en 2004) et les placements auprès de l'employeur d'autre part, constituent des dangers potentiels particuliers. C'est pourquoi les dispositions légales y relatives ont été constamment renforcées – la dernière fois à l'occasion de la 1^{re} révision de la LPP entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004. Selon le rapport sur la situation financière des institutions de prévoyance et des assureurs-vie de novembre 2005, les arriérés de cotisation de l'employeur sont les principales causes des cas d'insolvabilité tant pour les institutions collectives que pour l'Institution supplétive et les autres institutions de prévoyance, et cela même si les placements auprès de l'employeur sont de moins en moins fréquents. En 2002, ceux-ci constituaient encore 1,7 % de la fortune des institutions de prévoyance de droit privé. En 2004, les pertes sur prêts, participations et hypothèques (pas seulement auprès de l'employeur) des institutions de prévoyance (sans les institutions communes ni les institutions collectives) se sont élevées à 3,7 millions de francs (2003 : 12,75 millions), alors que les paiements pour cas d'insolvabilité se sont montés à 83,5 millions de francs (2003 : 38,7

¹⁰⁹ 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 n'est pas obligatoire pour la Suisse.

millions)¹¹⁰. Si les employeurs devaient verser les cotisations non plus une seule fois par année, mais plusieurs fois, la stabilité de la prévoyance professionnelle en serait renforcée. Le risque assumé par le Fonds de garantie diminuerait dans la mesure où les prestations pour insolvabilité seraient moins importantes lorsque l'employeur affilié est insolvable, celui-ci ayant déjà effectué une partie de ses versements. C'est pourquoi, à l'avenir, les cotisations de l'employeur ne doivent plus être versées une fois par an, mais tous les trois mois.

9 Commentaire des modifications de loi proposées

9.1 Modifications de la LPP

Art. 5, al. 2

La disposition relative aux tâches de l'organe suprême (art. 51a) doit s'appliquer à toutes les institutions de prévoyance soumises à la LFLP, car dans ces cas les assurés ont droit à des prestations d'assurance sur la base de la loi ou d'un règlement. Ce n'est pas le cas des fonds de bienfaisance qui ne servent que des prestations bénévoles et non des prestations d'assurance (ni des prestations de libre passage). C'est pourquoi ils n'ont pas à être soumis aux règles strictes concernant les tâches et la responsabilité de l'organe suprême.

Art. 14, al. 2 et 3

L'al. 2 prévoit que le taux de conversion minimal est fixé par le Conseil fédéral et non plus par le Parlement. Les raisons en sont exposées au ch. 8.3.2. D'un côté, le taux de conversion doit correspondre autant que possible aux réalités biométriques et économiques ; mais de l'autre, une certaine stabilité est indispensable, notamment pour les assurés. Il est donc judicieux que le taux fixé soit valable au moins cinq ans, et déterminés à nouveau tous les cinq ans. La proposition de modification du taux de conversion est présentée par l'autorité de haute surveillance, par l'intermédiaire du Département fédéral de l'intérieur. Le taux fixé par le Conseil fédéral reste un taux minimal. Les institutions de prévoyance sont libres de fixer, dans les limites de leurs perspectives de financement à long terme, un taux de conversion plus élevé. Par ailleurs, le taux de conversion minimal ne s'applique qu'à la prévoyance légale minimale. Dans le régime surobligatoire, les institutions de prévoyance ont toute latitude pour fixer le taux de conversion. Les institutions dites enveloppantes ont le droit d'appliquer un taux de conversion plus bas s'il est prouvé par les comptes témoins que les prescriptions légales sont respectées.¹¹¹

La LPP en vigueur enjoint au Conseil fédéral de présenter tous les dix ans un rapport pour la détermination du taux de conversion. Cette obligation devenant caduque avec la nouvelle réglementation relative à la fixation de ce taux, l'al. 3 peut être abrogé.

Art. 15, al. 2 et 3 (variante principale)

Selon la variante principale de la commission d'experts Réforme structurelle (voir ch. 8.4.2.1), il appartiendra aux institutions de prévoyance de décider de la rémunération des avoirs de vieillesse. Le modèle actuel, prévoyant qu'un taux d'intérêt minimal soit fixé par le Conseil fédéral, deviendrait ainsi caduc. C'est la situation financière de l'institution de prévoyance qui constituera l'indicateur déterminant pour fixer cette rémunération. L'al. 2 n'en maintient pas moins deux garanties pour les assurés :

¹¹⁰ Les institutions de prévoyance enveloppantes ont un seul plan pour les prestations obligatoires et surobligatoires de la prévoyance professionnelle. Pour la prévoyance obligatoire, elles ne tiennent qu'un compte témoin. Il existe aussi des institutions de prévoyance qui ont des plans différents pour le minimum LPP et pour la prévoyance surobligatoire.

¹¹¹ Les institutions enveloppantes n'ont qu'un seul plan pour toutes les prestations, obligatoires et surobligatoires, de la prévoyance professionnelle. Pour la prévoyance minimale légale, elles ne tiennent qu'un compte témoin. Mais il existe aussi des institutions de prévoyance qui ont des plans séparés pour le minimum légal LPP et le régime surobligatoire.

- D'abord, l'institution de prévoyance ne peut renoncer à rémunérer les avoirs de vieillesse que si elle est en découvert. Si seules ses réserves sont insuffisantes, elle doit rémunérer les avoirs de vieillesse. Elle peut toutefois tenir compte de cette insuffisance pour déterminer le taux d'intérêt ;
- Ensuite, tant l'avoir de vieillesse de l'année précédente que les bonifications de vieillesse de l'année en cours sont garantis. Une rémunération négative est exclue par principe. Une exception à cette règle n'est admise que pour les institutions de prévoyance dans lesquelles les assurés peuvent choisir entre plusieurs stratégies de placement¹¹².

Les institutions de prévoyance décident chaque année de la rémunération des avoirs de vieillesse. En pratique, elles devraient prendre leur décision après la clôture de l'exercice. Les intérêts doivent être portés au crédit des comptes de vieillesse à la fin de l'année civile précédente. Les bonifications de vieillesse de l'année en cours ne sont pas rémunérées¹¹³. Les institutions de prévoyance doivent renseigner chaque année leurs assurés sur leur décision concernant la rémunération des avoirs de vieillesse¹¹⁴. L'autorité de haute surveillance publiera sous une forme appropriée des grandeurs de référence concernant cette rémunération par les diverses institutions de prévoyance, de façon que les assurés puissent évaluer les organes suprêmes des institutions de prévoyance en fonction de leurs prestations.

L'actuel *al.* 3 concerne la procédure actuelle de fixation du taux d'intérêt minimal par le Conseil fédéral (procédure réglée par l'*al.* 2 actuel) et doit donc être abrogé.

Art. 15, al. 2 et 3 (solution éventuelle : formule)

La commission d'experts Réforme structurelle propose une formule au titre d'autre solution éventuelle. Celle-ci prévoit que les avoirs de vieillesse seront rémunérés à un taux qui s'élève à 70 % au moins de celui des obligations à sept ans de la Confédération, sur la base de la moyenne mobile sur sept ans.

La formule destinée au calcul de l'intérêt minimal repose exclusivement sur des données statistiques. Celles-ci seront publiées par l'autorité de haute surveillance. Une décision du Conseil fédéral ne s'impose plus.

La solution de rechange conserve de la conception actuelle du taux minimal. Les institutions de prévoyance peuvent et doivent, dans les limites de leurs possibilités financières, servir un intérêt plus élevé. Le taux d'intérêt minimal ne vaut cependant que pour la prévoyance minimale. Des taux plus bas peuvent être appliqués dans le régime surobligatoire ou dans les plans des institutions enveloppantes, s'il ressort des comptes témoins que les prescriptions minimales sont respectées.

Le taux d'intérêt minimal doit toujours être fixé à l'avance, pour l'année qui suit. Mais ce n'est en général qu'au terme de l'exercice que les institutions de prévoyance décident de la rémunération effective des avoirs de vieillesse, pour autant que leur structure et leur situation financière leur permette de les rémunérer. Afin que toutes les institutions de prévoyance appliquent le même taux minimal, il sera précisé au niveau de l'ordonnance que le taux d'intérêt minimal doit être fixé pour l'année suivante, avec pour jour de référence le 30 juin.

L'actuel *al.* 3 concerne la procédure actuelle de fixation de l'intérêt minimal par le Conseil fédéral (procédure réglée par l'*al.* 2 actuel) et doit donc être abrogé.

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

¹¹² Art. 1e OPP 2.

¹¹³ Art. 11, al. 2, OPP 2.

¹¹⁴ Art. 86b, al. 1, let. a, LPP.

doit donc être définie comme une tâche de l'organe suprême et être réglée par un nouvel art. 51a, raison pour laquelle les al. 6 et 7 sont abrogés.

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

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. Dans un système d'autorégulation surveillée, 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 direction 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) ainsi que des principes relatifs à la répartition 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'adoption et la modification de règlements, le choix des bases techniques déterminantes (choix des bases actuarielles [p. ex. bases CFA, VZ Zurich ; LPP 200x] et du taux d'intérêt technique), la définition de l'organisation de l'institution de prévoyance, l'organisation de la comptabilité (en particulier le reporting et le controlling), l'information des assurés, la formation initiale et la formation continue des représentants des salariés et de l'employeur, la nomination et la révocation des personnes chargées de la gestion (idem pour une administration externe), la prise de la décision en matière de réassurance (décision concernant l'étendue de la réassurance [assurance complète, assurance-risque, assurance stop-loss, etc.]), l'établissement des principes et des objectifs en matière de placement de la fortune (rendements cibles, exercice des droits de vote, etc.), ainsi que la surveillance des processus de placement (choix et révocation des gérants de fortune, garantie de leur loyauté par des mesures appropriées). Ces tâches sont valables aussi bien pour l'organe paritaire d'une caisse de pensions d'entreprise que pour l'organe suprême d'une institution collective ou d'une institution commune. Une réserve ne s'impose que pour les institutions de prévoyance de droit public, lorsque les collectivités publiques concernées fixent les dispositions correspondantes à l'échelon de la loi.¹¹⁵ Cet aspect fera cependant l'objet de travaux d'une commission prévue pour l'an prochain.

L'al. 3 règle quelles tâches l'organe suprême peut déléguer et à qui. 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 décisions à certains de ses membres, individuellement ou collectivement. Mais c'est lui qui reste responsable au premier chef 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.

¹¹⁵ Art. 50, al. 2, LPP.

L'*al.* 4 correspond à l'actuel art. 51, al. 7, LPP.

Art. 52, al. 4

Cette disposition règle la responsabilité de l'organe de révision et correspond à l'art. 53, al. 1^{bis}, en vigueur. Il convient, pour des raisons de systématique de l'intégrer aux autres dispositions relatives à la responsabilité.

Art. 52a (nouveau) Agrément des organes de révision et 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 et les organes de révision devront être préalablement obtenir l'agrément de l'autorité de haute surveillance. Tant des entreprises que des personnes physiques pourront bénéficier de cet agrément. 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 ou d'organe de révision remplissent personnellement les conditions d'agrément.

Contrairement à ce qui était le cas jusqu'ici, la fonction d'organe de révision n'est plus fondée sur l'appartenance à une association (p. ex. la Chambre fiduciaire) ou à un organe (services de contrôle cantonaux et contrôle fédéral des finances), mais sur l'aptitude individuelle des personnes (*al.* 1). On comprend par là, concrètement, la formation professionnelle, l'expérience (pratique) professionnelle et la connaissance du droit en vigueur. Sur le plan personnel, les experts en matière de prévoyance professionnelle et les réviseurs devront jouir d'une bonne réputation et être dignes de confiance (*al.* 2). Des conditions d'agrément supplémentaires s'appliquent aux organes de révision (voir art. 52*b*).

Les critères professionnels et personnels sont précisés, dans le cadre de l'autorégulation surveillée, par les associations professionnelles, lesquelles élaborent des normes de qualité définissant plus précisément les critères d'agrément (*al.* 3). L'autorité de haute surveillance déclare contraignantes les normes de qualité dont elle approuve le contenu. Plusieurs associations professionnelles peuvent être compétentes pour l'élaboration d'une norme de qualité donnée. Si elles ne peuvent se mettre d'accord sur une norme de qualité, ou si l'autorité de haute surveillance n'est pas d'accord sur une norme de qualité qui lui a été soumise, elle fixe elle-même les critères d'agrément et refuse par voie de décision de donner force obligatoire à la norme de qualité que lui ont soumise les associations professionnelles. Les associations requérantes peuvent former recours (art. 74 LPP) contre une telle décision.

Les experts en matière de prévoyance professionnelle et les organes de révision sont admis pour une durée de cinq ans (*al.* 4). Durant ces cinq ans, l'autorité de haute surveillance peut retirer l'agrément si elle apprend, p. ex. 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'admission expire automatiquement au terme des cinq ans. Sur demande, l'autorité de haute surveillance examine si les conditions d'agrément sont toujours remplies et, le cas échéant, elle renouvelle l'agrément pour cinq ans.

Art. 52b (nouveau) Dispositions particulières relatives à l'agrément d'organes de révision et de réviseurs

La loi sur la surveillance de la révision (LSR) 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 des prestations en matière de révision. 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 là où la LPP renvoie à la LSR. L'activité de révision dans

le domaine de la prévoyance professionnelle présuppose l'agrément selon la LSR, ainsi que le respect d'autres conditions exigées par l'art. 52a LPP (expérience pratique en matière de prévoyance professionnelle, connaissance du droit des fondations et de la prévoyance professionnelle, etc.).

Art. 52c Tâches de l'organe de révision

L'al. 1 regroupe, détaille et complète les tâches de vérification assignées à l'organe de révision, tâches précédemment réglées au niveau de la loi et à celui de l'ordonnance :

- les *let. a et b* correspondent aux 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* se porte sur le contrôle de la congruence entre actifs et passifs, tâche relevant désormais de la compétence de l'organe suprême ; la tâche de l'organe de révision est ici de vérifier si l'organe suprême a fondé sa politique de placement sur une analyse de cette congruence. Etant donné l'abandon des limites de placement, il est nécessaire d'inscrire dans la loi la vérification de la conformité avec les prescriptions et règlements qui restent en vigueur pour les placements auprès des employeurs ;
- la *let. d* reprend l'obligation aujourd'hui réglée à l'art. 35, al. 1, let. c, OPP 2 en rapport avec la loyauté dans la gestion de fortune ;
- la *let. e* renvoie à l'obligation d'utiliser les gains obtenus après attribution aux provisions et réserves conformément aux dispositions légales et réglementaires, au titre de fonds libres ou de participation aux excédents. 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 de l'organe suprême en cas de découvert définies à l'art. 65d. 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 des structures de ses placements et de ses engagements, ainsi que de l'évolution probable de l'effectif de ses assurés et de ses bénéficiaires de rente (art. 65d, al. 2, LPP). Il doit également vérifier la proportionnalité des mesures prises, notamment dans les cas prévus à l'art. 65d, al. 3, LPP, lorsque des cotisations ou des contributions d'assainissement sont prélevées auprès de l'employeur et des salariés ou des bénéficiaires de rente ;
- *let. g* : les communications à l'autorité de surveillance prévues par la loi et l'ordonnance constituent dans le modèle de l'autorégulation une condition sine qua non. La tâche de vérifier le respect de toutes les obligations d'informer est donc inscrite dans la loi. La LPP prévoit qu'en diverses situations, divers 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. De plus, 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 tous ces éléments ont été transmis dans les délais.

Al. 2 : Deux instruments d'information sont utilisés en pratique aujourd'hui :

- *Certification des comptes (ou, selon les termes utilisés par 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 (pour les institutions enregistrées) que 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 s'adressent 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. La restructuration des tâches de contrôle a pour conséquence que 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 une seule et même entité d'information.

Al. 3 : C'est l'organe de gestion de l'institution de prévoyance, et non l'organe de révision, qui doit avoir la responsabilité d'informer l'autorité de surveillance et l'expert en matière de prévoyance professionnelle des résultats de la révision. Comme aujourd'hui, l'autorité de surveillance pourra exiger dans des cas particuliers que lui soient remis, en plus du rapport de révision, les rapports complémentaires servant avant tout à la gestion opérationnelle, si elle le juge nécessaire à l'accomplissement de ses tâches de surveillance de l'institution de prévoyance et même, le cas échéant, de l'organe de révision. Pour des raisons de commodité, le principe selon lequel les assurés ne reçoivent pas automatiquement le rapport de révision au sens de l'al. 2, mais peuvent le demander en tout temps, est maintenu.

Al. 4 : Afin de permettre 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 de l'institution de prévoyance 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. 5 concerne la relation entre les organes de révision, les associations professionnelles, les autorités de surveillance et l'autorité de haute surveillance. Les aspects suivants sont concernés :

- **Système institutionnalisé entre autorités de surveillance et associations professionnelles** : si, dans l'exercice de leur activité, les autorités de surveillance constatent des manquements liés aux opérations de vérification des organes de révision, elles font part de leurs constatations 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** : l'autorité de haute surveillance doit pouvoir définir des domaines particuliers que les organes de révision devront 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 (p. ex. la mise en œuvre de la parité dans l'organe suprême après l'entrée en vigueur de la 1^{re} révision LPP).

Art. 52d (nouveau) Tâches de l'expert en matière de prévoyance professionnelle

L'al. 1, let. a et b, correspond à l'art. 53, al. 2, en vigueur. Nouvelle en revanche est la *let. c*, qui assigne à l'expert la tâche de vérifier si la fortune de placement de l'institution de prévoyance est en équilibre avec ses engagements. Il s'agit ici de la question de savoir qui est responsable de l'analyse de congruence entre actifs et passifs. Cette question est d'autant plus importante que la commission d'experts Réforme structurelle propose de

supprimer les limites fixées aux placements des institutions de prévoyance¹¹⁶ (cf. ch. 8.6.2). D'après le nouvel art. 51a, al. 2, let. I, LPP, l'organe suprême a la responsabilité d'établir les principes et les objectifs en matière de placement de la fortune et de surveiller les processus de placement. L'organe suprême doit veiller à ce que la gestion des risques fonctionne dans le domaine de la gestion de fortune, et aussi procéder ou faire procéder à l'analyse nécessaire de la congruence entre actifs (assets) et passifs (liabilities). Le l'expert doit apprécier correctement les passifs pour évaluer s'ils sont en équilibre avec la structure des placements (actifs). Il examinera si la fortune placée est en équilibre avec les engagements de l'institution de prévoyance (ce qui ne serait p. ex. pas le cas si celle-ci présentait à la fois un effectif de rentiers très élevé et une très grande proportion d'actions dans sa fortune). Quant à l'expert en matière de prévoyance professionnelle, il doit remplir en premier lieu une fonction de coordinateur, et aussi indiquer le cas échéant à l'organe suprême si le recours à un spécialiste en matière de placements lui paraît nécessaire.

D'après l'al. 2, l'expert soumet à l'organe suprême ses recommandations sur le niveau du taux d'intérêt technique et sur les mesures à prendre en cas de découvert. L'expert a une fonction consultative. Sa recommandation concernant le taux d'intérêt technique doit se fonder sur des standards professionnels reconnus par l'autorité de haute surveillance (cf. ch. 8.2.3.1.1). La loi prévoit pour l'établissement du taux d'intérêt technique un plafond maximal qui doit être définie par l'institution de prévoyance sur la base de standards professionnels reconnus (cf. ch. 8.2.3.1). Le taux doit être fixé de manière à pouvoir être obtenu avec une grande probabilité sur une longue durée avec un portefeuille de placements à faible risque incluant des valeurs réelles à faible risque. Cela ne signifie pas que le taux d'intérêt technique ne doive tenir compte que de placements présentant peu de risques. Il peut aussi comprendre des valeurs réelles, mais une réduction doit être opérée pour répondre au principe de précaution. Du fait que l'expert en matière de prévoyance professionnelle se fonde sur des normes reconnues pour formuler ses recommandations, il doit intervenir lorsque l'organe suprême ne donne pas suite auxdites recommandations. L'obligation d'information de l'expert (art. 41 OPP 2) doit être étendue dans le cadre des modifications d'ordonnance liées au présent projet de loi. L'expert est tenu d'informer l'autorité de surveillance si l'institution de prévoyance fixe le taux d'intérêt technique en s'écartant de sa recommandation.

L'al. 3 accorde au Conseil fédéral la compétence de réglementer les rapports entre l'expert et les autorités de surveillance ou l'autorité de haute surveillance. Cette disposition doit être mise en relation étroite avec les nouveaux art. 62a, al. 2, let. b, et 64, al. 2, let. i. La première accorde à l'autorité de surveillance la compétence de donner à l'expert des directives dans des cas particuliers, la seconde reconnaît à l'autorité de haute surveillance la compétence d'édicter à l'attention des experts des directives générales.

Art. 61 Autorité de surveillance

Les cantons sont les seuls responsables de la surveillance directe des institutions de prévoyance (al. 1). Cela vaut pour l'ensemble de ces institutions, qu'elles soient de droit public ou de droit privé et qu'elles soient actives au niveau régional ou national. C'est le principe du siège qui s'applique, selon lequel le canton responsable de la surveillance est celui sur le territoire duquel l'institution a son siège. Autrement dit, les institutions de prévoyance actives à l'échelle nationale et celles qui sont proches de la Confédération, qui relevaient jusqu'ici de la surveillance de la Confédération, seront désormais soumises à la surveillance du canton sur le territoire duquel elles ont leur siège. Les cantons peuvent se regrouper en régions de surveillance et confier à une autorité la surveillance de toutes les institutions de prévoyance qui ont leur siège à l'intérieur de la région. La formation d'une région de surveillance est particulièrement indiquée lorsque certains cantons ne peuvent, seuls, satisfaire aux exigences légales posées à l'autorité de surveillance (voir ci-dessous,

¹¹⁶ Art. 50 à 56a OPP 2.

al. 3) ou remplir les tâches qui leur sont confiées en lien avec la surveillance des institutions de prévoyance (voir art. 62).

Pour être à même de donner suite aux indications résultant des activités de conseil et de contrôle de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et de l'organe de révision, les autorités de surveillance doivent disposer de connaissances spécialisées en technique actuarielle et en technique de révision (*al. 2*). Elles décident de leur propre chef sous quelle forme elles veulent disposer de ces compétences : engagement de collaborateurs spécialisés ou recours à des experts externes. Mais les collaborateurs de l'autorité de surveillance doivent au minimum satisfaire aux exigences précisées dans la loi (*al. 3*).

La surveillance directe doit être exercée de façon professionnelle, efficace et systématique. Cela implique aussi une responsabilité stricte au sens de l'art. 70 LAVS, analogue au droit de recours du Fonds de garantie et à son droit au remboursement (art. 56a, al. 3, LPP) (*al. 4*). Compte tenu des risques encourus, il est vraisemblable que les cantons se regrouperont en régions de surveillance, également en raison du transfert aux cantons de la surveillance directe que la Confédération exerce actuellement sur les institutions de prévoyance actives à l'échelle nationale et gérant de ce fait, en règle générale, une fortune considérable.

Art. 62 Tâches

Al. 1 : Sur le plan de la réglementation, l'autorité de surveillance vérifie que les dispositions des statuts et des règlements soient compatibles avec le droit en vigueur (*let. a*). L'obligation d'employer la fortune de prévoyance conformément à sa destination (*let. b*) n'est aujourd'hui formulée que dans le droit des fondations (art. 84, al. 2, CC), mais non dans celui des sociétés coopératives. Elle s'appliquait jusqu'ici également aux fondations servant des prestations obligatoires ou réglementaires, mais non aux sociétés coopératives (art. 62, al. 2, LPP actuel). Cependant l'utilisation conforme de la fortune de prévoyance constitue un principe général de la prévoyance professionnelle, qui doit s'appliquer quelle que soit la forme juridique de l'institution de prévoyance. Par conséquent, l'autorité de surveillance doit pouvoir vérifier le respect de ce principe par toutes les institutions, et pas uniquement par les fondations. Elle contrôle la légalité de l'activité de l'institution de prévoyance en examinant son rapport annuel et en prenant connaissance du rapport de l'organe de révision (*let. b et c*). Si elle constate à cette occasion des insuffisances, elle est tenue de prendre des mesures propres à les éliminer (*let. d*). La *let. e* correspond à *let. e* actuelle.

Al. 2 : Etant donné que l'al. 1 généralise à toutes les institutions de prévoyance le principe de l'utilisation conforme de la fortune de prévoyance, le renvoi à l'art. 84, al. 2, CC actuellement à l'al. 2 doit être supprimé. Pour le reste, le mandat de vérification de l'autorité de surveillance est étendu à l'organisation de la fondation (organes, administration, cf. art. 83 CC), à la compétence d'exiger un bilan intermédiaire en cas de surendettement ou d'insolvabilité (art. 84a CC) et aux circonstances liées à la modification du but de la fondation (art. 86 à 86b CC).

Al. 3 : Même en cas de dissolution d'une institution de prévoyance par suite du transfert de la fortune de prévoyance à une autre entité juridique (reprise par une autre institution de prévoyance), la conformité de l'utilisation de cette fortune doit être garantie. Pour les institutions de prévoyance organisées selon le droit des fondations, la dissolution sur requête de l'autorité de surveillance est prévue (art. 89, al. 1, CC), alors qu'une société coopérative peut être dissoute sur décision prise par l'assemblée des coopérateurs et donc sans intervention de l'autorité de surveillance. L'al. 3 garantit que la dissolution d'une institution de prévoyance ou d'une institution servant à la prévoyance, quelle que soit leur forme juridique, ne puisse plus être prononcée que par l'autorité de surveillance.

Art. 62a Instruments de surveillance

Les instruments mis à la disposition des autorités de surveillance, et donc aussi 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 séparé.

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*). 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 renseignements à l'organe suprême et aux instances de contrôle (*let. a*), la plus sévère est la sanction de l'inobservation de prescriptions d'ordre ou l'engagement d'une procédure pénale (*let. i*).

Les mesures prévues par *l'al. 2*, lorsqu'elles impliquent des prestations de tiers (p. ex expertises, gestion par commissaires, etc.), occasionnent des frais supplémentaires. Ceux-ci, selon le principe de causalité, seront supportés par l'institution de prévoyance qui a donné lieu auxdites mesures (*al. 3*). Cette disposition incitera l'organe suprême de l'institution de prévoyance à en contrôler avec soin la gestion, 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.

Art. 63a Emoluments

Là où la Confédération exerce encore une surveillance directe (Fonds de garantie et Institution supplétive), celle-ci est le fait de l'autorité de haute surveillance. Le financement de cette dernière étant régi par les art. 64 al. 2 let. j et 64a, al. 5 (voir ci-dessous), l'art. 63a peut être abrogé.

Art. 64 Autorité de haute surveillance

L'al. 1 établit le principe selon lequel la prévoyance professionnelle est soumise à un système de surveillance à deux échelons : la surveillance directe, exercée par les autorités de surveillance cantonales (sauf sur l'Institution supplétive et sur le Fonds de garantie), et la haute surveillance. Dans un système d'autorégulation surveillée, l'autorité de haute surveillance joue un rôle capital. Elle fixe les « règles du jeu » du système. Tandis que les autorités de surveillance cantonales sont responsables de la surveillance des diverses institutions de prévoyance, l'autorité de haute surveillance surveille le système lui-même.

Les tâches de l'autorité de haute surveillance sont énumérées à *l'al. 2*. La *let. a* vise la surveillance de la stabilité financière du système. La haute surveillance devra procéder à un monitoring et proposer au Conseil fédéral des mesures au cas où il apparaîtrait que l'évolution de la situation économique pourrait compromettre la stabilité du système dans son ensemble. Par le passé, l'écart entre le taux d'intérêt minimal prévu par la loi pour la rémunération des avoirs de vieillesse et les performances des marchés financiers, responsable des découverts enregistrés par de nombreuses institutions de prévoyance, aurait certainement amené l'autorité de haute surveillance à proposer des mesures au Conseil fédéral.

Les *let. b à d* accordent à l'autorité de haute surveillance la compétence de reconnaître des standards professionnels, des normes de qualité et des règles déontologiques. Toutes ces règles sont élaborées par des associations professionnelles. La reconnaissance de ces règles par l'autorité de haute surveillance leur confère force obligatoire et une validité qui ne se limite pas aux associations en question. Il ne doit pas y avoir de monopole, mais pour que leurs règles puissent être reconnues, ces associations professionnelles doivent être largement représentatives. En outre, les normes et les règles reconnues par l'autorité de haute surveillance doivent être cohérentes. Il serait donc souhaitable que des normes et des règles communes soient élaborées dans les domaines où œuvrent plusieurs associations.

La reconnaissance confère force obligatoire aux standards et aux règles des associations professionnelles. Par conséquent, la reconnaissance, mais aussi le refus de reconnaître des règles ou des normes doivent être consignés dans une décision. Etant donné la portée de ces normes pour le système de la prévoyance professionnelle, les associations professionnelles ne sont pas seules à avoir un intérêt digne de protection en cas de refus de reconnaissance ; d'autres (p. ex. salariés, employeurs, bénéficiaires de rentes) en ont un en cas de décision positive. La décision doit donc être publiée de manière appropriée. Il est possible de former recours contre les décisions de l'autorité de haute surveillance auprès de la Commission fédérale de recours¹¹⁷ ou, par la suite, auprès du Tribunal administratif fédéral¹¹⁸.

Selon la *let. e*, l'autorité de haute surveillance présente au Conseil fédéral une proposition de fixation du taux de conversion minimal (cf. ch. 8.3.2).

Les *let. f et g* règlent la relation entre l'autorité de haute surveillance et les autorités de surveillance. L'autorité de haute surveillance veille à l'uniformité de la pratique de la surveillance directe et émet à cette fin des directives à l'intention des autorités de surveillance cantonales. Ces directives sont de nature générale (*let. f*). L'autorité de haute surveillance n'a pas le pouvoir d'émettre des directives pour des cas particuliers. Si une autorité de surveillance ne se conforme pas aux directives de l'autorité de haute surveillance, sa responsabilité est certainement engagée s'il en résulte un dommage pour 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. L'autorité 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. g*, l'autorité de haute surveillance examine, dans le cadre de son mandat de garantie de la qualité, les rapports annuels de l'autorité de surveillance 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. L'autorité 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 Confédération¹¹⁹. L'autorité 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 (cf. ch. 7.1.2.2.1). 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.

Les relations de l'autorité de haute surveillance avec les experts en matière de prévoyance professionnelle et les organes de révision sont réglées aux *let. h et i*. Concernant l'agrément des experts et des organes de révision, voir le commentaire des art. 52a et 52b LPP. Comme à l'égard des autorités de surveillance, les directives que l'autorité de haute surveillance peut émettre à l'intention des experts et des organes de révision sont 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.

Selon la *let. j*, l'autorité 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 insolubles 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

¹¹⁷ Art. 74 LPP.

¹¹⁸ Art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), qui entrera en vigueur en 2007.

¹¹⁹ Art. 85, al. 3, de l'ordonnance sur l'état civil (OEC, RS 211.112.2), art. 4, al. 1, de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC, RS 221.411).

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 aussi être surveillée par une autorité fédérale. La surveillance exercée sur ces deux institutions fait l'objet d'émoluments qui doivent en couvrir les coûts. Le Conseil fédéral se voit accorder la compétence de fixer la réglementation applicable en la matière.

Art. 64a Commission de haute surveillance

La haute surveillance doit être exercée par une Commission de haute surveillance. Selon *l'al. 1*, la commission est nommée par le Conseil fédéral. C'est une commission décisionnelle permanente au sens des art. 4 et 5 de l'ordonnance sur les commissions¹²⁰. Elle est composée de cinq à sept membres, qui doivent être des spécialistes indépendants. Cette exigence d'indépendance doit être précisée au niveau de l'ordonnance. La loi dit simplement qu'ils ne doivent pas faire partie d'un organe d'une association professionnelle élaborant des standards qui seront reconnus par l'autorité de haute surveillance. La notion d'organe doit ici être comprise au sens large. Il peut s'agir non seulement d'un comité, mais aussi d'une commission spécialisée chargée d'élaborer des standards.

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 dit que la commission ne reçoit pas de directives du Conseil fédéral et qu'elle dispose de son propre secrétariat permanent.

Si elle ne reçoit pas de directives du Conseil fédéral, la commission doit néanmoins lui rendre compte. C'est pourquoi elle lui présente chaque année un rapport d'activité (*al. 4*).

La commission dispose de son propre secrétariat, indépendant de l'administration centrale de la Confédération. Etant donné que l'objectif visé est une haute surveillance forte, la commission doit pouvoir 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 l'administration de la commission, qui doit être approuvé par le Conseil fédéral (*al. 3*).

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 (*al. 5*). (Pour le financement des postes de secrétariat qui ne sont pas en relation directe avec l'activité de haute surveillance, voir les considérations faites au ch. 11.2.1. Les émoluments doivent être acquittés par les autorités cantonales de surveillance, le Fonds de garantie et l'Institution supplétive. Le Conseil fédéral édictera un règlement sur les émoluments. Les émoluments payés par les autorités de surveillance seront déterminés en premier lieu d'après le nombre d'institutions de prévoyance et la somme des capitaux de couverture qui font l'objet de la surveillance desdites autorités.

Art. 64b Secrétariat de la Commission de haute surveillance

Selon *l'al. 1*, la Commission de haute surveillance nomme la direction du secrétariat. Le directeur ou la directrice est responsable des affaires courantes de la commission. Dans le détail, ses tâches résultent du règlement sur l'organisation et l'administration de la commission.

¹²⁰ Ordonnance du 3 juin 1996 sur les commissions extra-parlementaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération, RS 172.31.

L'al. 2 dit que les collaborateurs du secrétariat sont engagés par la commission sur la base d'un contrat de droit public ; ils sont donc soumis au droit du personnel de la Confédération¹²¹.

Art. 65, al. 4 Principe

Aux termes de l'art. 6, let. a OPP1 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 création d'institutions collectives ou communes 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 ou les institutions de groupe.

Art. 65d, al. 4 Mesures en cas de découvert (Variante : Suppression du concept de taux d'intérêt minimal)

Avec la suppression du concept de taux d'intérêt minimal, la mesure prévoyant en cas de découvert une rémunération temporairement inférieure au taux minimal disparaît également. Cette disposition doit être abrogée.

Art. 66, al. 4 Répartition des cotisations

Il faut que la contribution de l'employeur et les cotisations des salariés parviennent suffisamment tôt à l'institution de prévoyance (dans le droit actuel, le dernier délai étant la fin du premier mois suivant l'année civile ou l'année d'assurance pour laquelle les cotisations sont dues). C'est pourquoi l'obligation de transférer trimestriellement ces montants est instaurée. Ainsi les institutions de prévoyance disposeront plus tôt des cotisations qui leur sont dues et leur risque d'insolvabilité diminuera. Du même coup, le risque pour le Fonds de garantie de devoir procéder à d'importants paiements en cas d'insolvabilité parce que des employeurs n'ont pas versé leur contribution diminuera aussi. Les institutions de prévoyance devront définir dans leurs règlements les modalités de perception trimestrielle des cotisations (p. ex. versement par acomptes et règlement du solde après décompte final, ou transfert trimestriel des montants effectivement dus).

Art. 71, al. 1 Administration de la fortune

Est inscrit dans la loi le principe selon lequel le placement de la fortune doit tenir compte de l'ensemble des actifs et des passifs conformément à la situation financière de l'institution ainsi qu'à la structure et à l'évolution probable de l'effectif des assurés. En d'autres termes, les institutions de prévoyance sont tenues d'opérer leurs placements sur la base d'une analyse de congruence actifs-passifs.

Sur les recommandations de la commission d'experts Réforme structurelle, les limites de placement des art. 50 à 56a OPP 2 actuels sont supprimées (cf. ch. 8.6.2), car elles procurent un faux sentiment de sécurité. Cependant, les placements auprès des employeurs affiliés continuent de n'être admissibles qu'à certaines conditions ; on distingue ici entre placements garantis et placements sans garantie. Les placements sans garantie auprès de l'employeur, pour autant que l'institution de prévoyance dispose d'un règlement sur les placements et que l'employeur soit solvable, ne sont admissibles que s'ils ne recourent pas à des capitaux de prévoyance qui servent à honorer des promesses de prestations ou d'autres engagements tels que des provisions techniques ou des passifs de régularisation. Par

¹²¹ Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers), RS 172.220.1.

ailleurs, les créances sans garantie ou les participations auprès de l'employeur ne sont admissibles qu'à hauteur de 5 % au maximum de la somme du bilan (davantage s'il s'agit de créances ou de participations négociables ayant une valeur boursière réalisable). Cette limitation ne s'applique pas à des institutions de prévoyance de droit public avec garantie étatique, car leurs règles particulières de financement valables jusqu'ici ne doivent pas rendre caduques par des limites de placement. Les placements auprès de l'employeur doivent donc être admissibles sans restriction, s'ils sont couverts au moyen d'une garantie ou d'un gage immobilier. On peut penser p. ex. à une garantie de la Confédération, d'un canton, d'une commune, d'une banque ou d'une compagnie d'assurance-vie soumise à la surveillance suisse.

Art. 74 Commission fédérale de recours

L'article en vigueur est complété conformément à la nouvelle répartition des tâches entre autorités de surveillance et autorité de haute surveillance : l'autorité de haute surveillance rend des décisions d'une part dans le cadre de la surveillance qu'elle exerce sur le Fonds de garantie et sur l'Institution supplétive, d'autre part en relation avec la reconnaissance ou la non-reconnaissance de standards professionnels. Ces décisions peuvent restreindre les droits du Fonds de garantie, de l'Institution supplétive et des associations professionnelles, mais aussi des employeurs, des salariés, etc. ; elles doivent donc pouvoir faire l'objet de recours devant la Commission fédérale de recours (*al. 2*). Selon le droit en vigueur, les décisions de la Commission fédérale de recours peuvent être contestées auprès du Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif. Avec l'entrée en vigueur de la révision de l'organisation judiciaire fédérale, la Commission fédérale de recours sera englobée avec d'autres commissions de recours dans le Tribunal administratif fédéral, de sorte que les décisions des autorités de surveillance ou de haute surveillance pourront être attaquées par la voie du recours de droit administratif, d'abord au Tribunal administratif fédéral, puis au Tribunal fédéral. Une fois entrée en vigueur la loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral, l'art. 74 sera caduc, mais cela ne changera rien à la qualité pour recourir.

L'al. 3 actuel est reformulé : les recours contre des décisions des autorités de surveillance ou de l'autorité de haute surveillance n'ont en principe plus d'effet suspensif conformément à l'art. 55, al. 5, PA. 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.

9.2 Modification de la LFLP

Art. 26 Exécution

Selon les recommandations de la commission d'experts Réforme structurelle, la compétence pour fixer le taux d'intérêt technique est transférée aux institutions de prévoyance (cf. ch. 8.2.3.1). Cela vaut aussi pour le domaine du libre passage. *L'al. 2* peut donc être abrogé. La compétence du Conseil fédéral de fixer le taux d'intérêt moratoire, qui figure également à l'al. 2 actuel, peut être réglée à *l'al. 1*.

9.3 Modifications du CC

Art. 89^{bis}, al. 6

Cet article est adapté aux modifications introduites au ch. 10.1. en relation avec le contrôle de l'activité de prévoyance (agrément et tâches des organes de révision et des experts en matière de prévoyance professionnelle), la surveillance (instruments de surveillance, Commission de haute surveillance) et la sécurité financière (capital de départ et garantie pour les nouvelles institutions de prévoyance).

9.4 Modifications de la LPCC

Art. 2, al. 2

Cet alinéa contient une liste non exhaustive de placements collectifs de capitaux qui ne sont pas soumis à la LPCC. Sont notamment visées, selon la let. a, les « institutions et institutions auxiliaires de la prévoyance professionnelle », autrement dit toutes les institutions qui sont soumises à surveillance en vertu de l'art. 61 LPP et qui sont constituées sous forme de personne morale. Ne sont en particulier pas soumises à la LPCC les institutions dites annexes. La seule exception est constituée par les fondations de placement. Celles-ci en effet, comparées aux fondations au sens classique, ont pour but premier le placement collectif de fortune et représentent donc également, d'un point de vue purement économique, des placements collectifs de capitaux, ce qui justifie qu'elles soient soumises à la LPCC.

Art. 13, al. 2

Quiconque administre ou conserve des placements collectifs de capitaux doit y être autorisé par l'autorité de surveillance. L'al. 2 contient une liste exhaustive de toutes les entités soumises à l'obligation d'obtenir une autorisation. Les fondations de placement, du fait qu'elles entrent dans le champ d'application de la LPCC, sont également soumises à cette obligation et doivent figurer dans cette liste.

Art. 15, al. 1

L'al. 1 précise quels sont les documents des divers placements collectifs de capitaux qui nécessitent une autorisation de l'autorité de surveillance. Dans le cas des fondations de placement, comme pour les SICAV et les SICAF et contrairement aux fonds de placement, les principes ne sont pas réglés de manière uniforme dans un seul document, en raison de la structure particulière de ces fondations et de la répartition des compétences en matière d'édiction de règlements. Ces principes sont disséminés dans plusieurs documents, principalement l'acte de fondation, le règlement de fondation et les directives de placement. Il paraît approprié de soumettre à l'approbation de l'autorité de surveillance les statuts, le règlement de fondation et les directives de placement. Les prescriptions spéciales complétant le règlement, règlement d'organisation par exemple, sont des règlements au sens large et devraient aussi être soumis à cette approbation. Etant donné la multitude de règlements spéciaux possibles, il n'est pas possible de les énumérer exhaustivement dans le projet.

Art. 51a

Al. 1 : La fondation de placement est une fondation au sens des art. 80 ss. CC, qui opère des placements collectifs de capitaux pour des institutions du 2^e et du 3^e piliers et dont les limites de placement doivent de ce fait suivre les principes du droit de la prévoyance professionnelle en matière de placements. Cette réorientation découle avant tout des principes en matière de placements introduits à l'art. 71, al. 1, LPP, alors que les prescriptions détaillées en la matière, contenues jusqu'ici dans les art. 50 à 56a OPP 2, sont abrogées et deviennent donc sans effet pour les fondations de placement. Pourront en revanche s'appliquer les dispositions spécifiques des associations professionnelles touchant les placements dans le domaine du 2^e pilier, pour autant que l'autorité de haute surveillance leur reconnaisse force obligatoire conformément à l'art. 64, al. 2, let. c, LPP (ch. 8.6.2).

Al. 2 : Pour les fondations de placement, fruits de la pratique, l'exigence d'une banque dépositaire au sens de la LPCC n'a jamais été ni courante, ni prescrite. Il n'existe aucune raison d'exiger l'abandon du statu quo. Il faut par conséquent se borner à prescrire que la fondation de placement mandate un « service de dépôt et de paiement ». Le terme de « service de dépôt » a été choisi à dessein, car des négociants en valeurs mobilières qui n'ont pas le statut de banque peuvent tout aussi bien exercer cette activité.

Al. 3 : Les conditions permettant d'autoriser également des fondations de placement à compartiments fermés seront définies au niveau de l'ordonnance.

Art. 51d

Suivant le principe « same business, same rules », les fondations de placement devraient être soumises aux mêmes prescriptions que les autres placements collectifs soumis à la LPCC. Mais comme elles servent exclusivement à des investisseurs institutionnels dans le domaine du 2^e pilier, elles doivent également respecter les prescriptions déterminantes du droit de la prévoyance professionnelle concernant les placements (voir aussi à ce sujet le commentaire de l'art. 51a, al. 1, LPCC).

Pour ces investisseurs institutionnels, la CFB aura la possibilité, sur la base de la clause générale de l'art. 10, al. 4, LPCC, de soustraire les fondations de placement à certaines dispositions de la LPCC.

Art. 51e

A moins que la LPCC n'en dispose autrement ou qu'une ordonnance du Conseil fédéral ne prévoie des dérogations, les dispositions du Code civil relatives à la fondation (art. 80 ss. CC) continuent de s'appliquer, à l'exception des dispositions relatives à la surveillance (art. 84 CC).

Art. 51f

Cette disposition codifie la pratique actuelle et prescrit de manière obligatoire la structure corporative de la fondation de placement, atypique pour une fondation au sens propre du terme.

Art. 51g

Il en va de même pour la présente disposition. Le conseil de fondation est l'organe exécutif de la fondation de placement. Il exerce – comme le conseil d'administration d'une société anonyme – la haute direction, la surveillance et le contrôle de la fondation de placement (*al. 1*). Il édicte les directives de placement. L'assemblée des fondateurs peut prévoir dans les statuts ou dans le règlement que le conseil de direction ait le pouvoir d'édicter des règlements spéciaux (*al. 3*). Le conseil de fondation peut, selon *l'al. 4*, déléguer à des tiers les décisions en matière de placement ainsi que d'autres tâches, tout en restant responsable des actes de ses mandataires comme des siens propres (par analogie avec l'art. 30).

Art. 145, al. 1

Les dispositions de la LPCC en matière de responsabilité sont également applicables aux personnes s'occupant de la création, de l'administration, de la gestion de fortune, de la révision ou de la liquidation d'une fondation de placement.

10 Dispositions légales**10.1 Modifications de la LPP****Art 5, al. 2**

² Elle ne s'applique qu'aux institutions de prévoyance inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle (art. 48). Les art. 51a, 56, al. 1, let. c et d, et 59, al. 2, ainsi que les dispositions relatives à la sécurité financière (art. 65, al. 1 et 2, 65c, 65d, al. 1, 2 et 3, let. a, 2^e phrase, et b, art. 65e, 67, 69, 71) s'appliquent également aux institutions de prévoyance soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP).

Art. 14, al. 2 et 3

² Le Conseil fédéral fixe le taux de conversion minimal tous les cinq ans, sur proposition de l'autorité de haute surveillance.

³ *abrogé*

Art. 15, al. 2 et 3, variante principale

² Les institutions de prévoyance décident chaque année de la rémunération des avoirs de vieillesse. Elles peuvent renoncer à une rémunération si elles sont en découvert. Le montant de l'avoir de vieillesse selon l'al. 1 reste garanti.

³ *abrogé*

Art. 15, al. 2 et 3, variante Formule

² L'avoir de vieillesse doit être rémunéré à un taux s'élevant à 70 % au moins de celui des obligations à sept ans de la Confédération, calculé sur la moyenne des sept dernières années.

³ *abrogé*

Art. 49 Compétence propre

² ...

9. l'agrément et les tâches des organes de contrôle (art. 52a à 52d),
14. la surveillance (art. 61, 62, 62a, 64 et 64a),
15. *abrogé*

Art. 51, al. 6 et 7

⁶ *abrogé*

⁷ *abrogé*

Art. 51a Tâches de l'organe suprême

¹ L'organe suprême assume la direction générale de l'institution de prévoyance, veille à l'exécution des tâches légales, détermine les principes et les objectifs stratégiques de l'institution de prévoyance, ainsi que les moyens de les atteindre. Il définit l'organisation de l'institution de prévoyance, veille à sa stabilité financière et surveille l'activité de gestion.

² L'organe suprême remplit en particulier les tâches suivantes, qu'il ne peut déléguer:

- a. définition du système de financement ;
- b. définition des objectifs en matière de prestations, des plans de prévoyance, ainsi que des principes relatifs à la répartition des fonds libres ;
- c. adoption et modification de règlements ;
- d. choix des bases techniques déterminantes ;
- e. définition de l'organisation de l'institution de prévoyance ;
- f. organisation de la comptabilité ;
- g. information des assurés ;
- h. formation initiale et formation continue des représentants des salariés et de l'employeur ;
- i. nomination et révocation des personnes auxquelles est confiée la gestion ;
- j. nomination et révocation de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et de l'organe de révision ;
- k. décision concernant la réassurance, complète ou limitée, de l'institution de prévoyance ;
- l. établissement des principes et des objectifs en matière de placement de la fortune et surveillance des processus de placement.

³ L'organe suprême peut confier à des commissions ou à certains de ses membres en particulier la préparation et l'exécution de ses décisions, ou la surveillance de certaines opérations. Il veille à ce que ses membres en soient informés de manière appropriée.

⁴ L'institution de prévoyance peut décider de verser une indemnité équitable pour la participation à des séances et à des cours de formation.

Art. 52, al. 4 (nouveau)

⁴ Les dispositions du droit de la société anonyme s'appliquent par analogie à la responsabilité de l'organe de révision.

Art. 52a Agrément des organes de révision et des experts en matière de prévoyance professionnelle (nouveau)

¹ Les organes de révision et les experts en matière de prévoyance professionnelle sont soumis à une procédure d'agrément par l'autorité de haute surveillance. Ils sont agréés s'ils sont reconnus aptes à remplir leur tâche.

² L'aptitude est reconnue sur la base des critères suivants : formation professionnelle, expérience professionnelle et connaissance des dispositions légales suisses en la matière. Sont également requises bonne réputation et fiabilité.

³ L'autorité de haute surveillance reconnaît les règles déontologiques qui définissent plus précisément l'aptitude et qui sont à prendre en compte pour une agrégation. Le cas échéant, elle définit elle-même des critères d'agrément.

⁴ L'agrément est limité à cinq ans ; elle est renouvelable.

Art. 52b Dispositions particulières relatives à l'admission d'organes de révision et de réviseurs (nouveau)

Les organes de révision et les réviseurs doivent avoir l'agrément de l'autorité de surveillance de la révision. L'autorité de haute surveillance limite son contrôle à leur expérience professionnelle et leur connaissance des dispositions en vigueur de la législation suisse en la matière.

Art. 52c Tâches de l'organe de révision (nouveau)

¹ L'organe de révision vérifie

- a. si les comptes annuels et les comptes de vieillesse sont conformes aux prescriptions légales ;
- b. si l'organisation et la gestion sont conformes aux prescriptions légales et réglementaires ;
- c. si l'activité de placement repose sur une analyse de la congruence des placements avec les engagements de l'institution de prévoyance et si les placements effectués sont conformes au règlement et aux prescriptions en matière de placements ;
- d. si les mesures destinées à garantir la loyauté dans la gestion de fortune ont été prises ;
- e. si les fonds libres et les participations aux excédents résultant des contrats d'assurance sont utilisés conformément aux dispositions légales et réglementaires ;
- f. si, en cas de découvert, l'institution de prévoyance a pris les mesures nécessaires pour rétablir une couverture complète ;
- g. si les données et informations exigées par la loi ont été communiqués à l'autorité de surveillance.

² L'organe de révision consigne chaque année ses constatations dans un rapport à l'attention de l'organe suprême de l'institution de prévoyance. Ce rapport atteste le respect des prescriptions au sens de l'al. 1, avec ou sans réserves, et contient la recommandation concernant l'approbation des comptes annuels qui doit être jointe au rapport.

³ Le rapport annuel de l'organe de révision est remis par l'organe suprême de l'institution de prévoyance à l'autorité de surveillance et à l'expert en matière de prévoyance professionnelle, et il est tenu à la disposition des assurés.

⁴ L'organe de révision commente au besoin les résultats de son contrôle sous la forme appropriée et de manière suffisamment détaillée à l'attention de l'unité de gestion et de l'organe suprême de l'institution de prévoyance.

⁵ Le Conseil fédéral règle la relation entre, d'un côté, l'organe de révision et les associations professionnelles et, de l'autre, les autorités de surveillance et l'autorité de haute surveillance.

Art. 52d Tâches de l'expert en matière de prévoyance professionnelle (*nouveau*)

¹ L'expert en matière de prévoyance professionnelle examine périodiquement :

- a. si l'institution de prévoyance offre la garantie qu'elle peut remplir ses engagements ;
- b. si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales ;
- c. si la fortune de placement correspond aux engagements de l'institution de prévoyance.

² Il soumet à l'organe suprême des recommandations :

- a. sur le niveau du taux d'intérêt technique. Celui-ci doit être fixé de manière à pouvoir être obtenu avec une grande probabilité sur une longue durée avec un portefeuille de placements à faible risque incluant des valeurs réelles;
- b. sur les mesures à introduire en cas de découvert.

³ Le Conseil fédéral règle la relation entre, d'un côté, l'expert en matière de prévoyance professionnelle et les associations professionnelles et, de l'autre, les autorités de surveillance et l'autorité de haute surveillance.

Art. 53 Contrôle

Abrogé

Art. 61 Autorité de surveillance

¹ Les cantons désignent l'autorité chargée d'exercer la surveillance sur les institutions de prévoyance, de droit privé ou de droit public, qui ont leur siège sur leur territoire. Les cantons peuvent former des régions de surveillance.

² Les autorités de surveillance doivent disposer des compétences actuarielles, juridiques et en matière de révision nécessaires pour juger si l'expert en matière de prévoyance professionnelle et l'organe de révision remplissent leurs tâches en conformité avec les dispositions légales et les normes fixées par la haute surveillance.

³ Les collaborateurs de l'autorité de surveillance doivent disposer d'une formation et d'une expérience professionnelles correspondant à leur poste, et connaître les dispositions en vigueur de la législation suisse en la matière.

⁴ Les cantons ou l'organisme responsable de l'autorité de surveillance régionale désigné par les cantons répondent des dommages causés par des actes punissables ou par une violation des prescriptions intentionnelle ou due à une négligence grave, commis par l'autorité de surveillance. Le droit à réparation s'éteint dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle l'institution de prévoyance lésée a eu connaissance du dommage, mais, dans tous les cas, de cinq ans à compter de la date de l'acte dommageable.

Art. 62 Tâches, al. 1, 2 et 3 (*nouveau*)

¹ L'autorité de surveillance s'assure que les institutions de prévoyance, les experts en matière de prévoyance professionnelle, les organes de révision ainsi que les institutions qui servent à la prévoyance se conforment aux prescriptions légales et que la fortune de prévoyance soit employée conformément à sa destination ; en particulier

- a. elle vérifie la conformité des dispositions statutaires et réglementaires avec les prescriptions légales ;

- b. elle exige de l'institution de prévoyance et de l'institution qui sert à la prévoyance un rapport annuel, notamment sur leur activité ;
- c. elle prend connaissance des rapports de l'organe de révision et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle ;
- d. elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées ;
- e. elle connaît des contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé conformément aux art. 65a et 86b, al. 2 ; cette procédure est en principe gratuite pour les assurés.

² Elle exerce aussi pour les fondations les attributions prévues par les art. 83, 84a, 85 et 86 à 86b du Code civil suisse.

³ Elle dissout, sur demande ou d'office, l'institution de prévoyance ou l'institution qui sert à la prévoyance, lorsqu'il est prouvé que celle-ci ne peut plus remplir son but.

Art. 62a Instruments de surveillance (nouveau)

¹ Pour remplir ses tâches, l'autorité de surveillance se fonde sur les rapports des experts et des organes de révision et elle examine s'ils sont concluants.

² En outre, elle peut notamment :

- a. demander en tout temps à l'organe suprême de l'institution de prévoyance, à l'expert en matière de prévoyance professionnelle ou à l'organe de révision des renseignements ou la remise de documents pertinents ;
- b. émettre à l'attention de l'organe suprême, de l'organe de révision ou de l'expert en matière de prévoyance professionnelle des directives dans des cas particuliers ;
- c. demander des rapports et ordonner des expertises ;
- d. annuler des décisions de l'organe suprême ;
- e. ordonner des mesures de substitution ;
- f. mettre en demeure, avertir ou révoquer l'organe suprême de l'institution de prévoyance ;
- g. ordonner la gestion de l'institution de prévoyance ou de l'institution servant à la prévoyance par un organe officiel ;
- h. nommer ou révoquer un organe de révision ou un expert en matière de prévoyance professionnelle ;
- i. sanctionner l'inobservation de prescriptions d'ordre conformément à l'art. 79 ou engager une procédure pénale conformément aux art. 75 à 77.

³ Les coûts des mesures de droit de la surveillance sont à la charge de l'institution qui les a occasionnées.

Art. 63a

Abrogé

Art. 64 Autorité de haute surveillance

¹ La haute surveillance sur les autorités de surveillance est exercée par la Commission de haute surveillance.

² L'autorité de haute surveillance :

- a. contrôle la stabilité financière de la prévoyance professionnelle et soumet au besoin au Conseil fédéral les mesures nécessaires pour assurer cette stabilité ;
- b. reconnaît force obligatoire aux standards professionnels servant à définir les paramètres actuariels ;
- c. reconnaît force obligatoire aux normes de qualité d'associations professionnelles ;
- d. reconnaît les règles déontologiques qui garantissent que les personnes chargées des activités de vérification et de contrôle les exercent de manière irréprochable ;
- e. présente au Conseil fédéral une proposition concernant la fixation du taux de conversion minimal ;

- f. assure que les autorités de surveillance exercent leur activité de manière uniforme et peut émettre des instructions à cette fin ;
- g. examine les rapports annuels des autorités de surveillance et peut procéder à des inspections auprès des autorités de surveillance ;
- h. décide de l'agrément ou de la radiation d'experts en matière de prévoyance professionnelle, d'organes de révision et de réviseurs. Elle tient un registre des personnes physiques et des entreprises agrément . Ce registre est public et publié sur Internet. Le Conseil fédéral règle les effets de l'agrément et le contenu du registre ;
- i. peut émettre des directives générales à l'intention des experts et des organes de révision ;
- j. surveille le Fonds de garantie et l'Institution supplétive. Elle perçoit pour cela des émoluments. Le Conseil fédéral règle les détails.

Art. 64a Commission de haute surveillance (nouveau)

¹ Le Conseil fédéral nomme une Commission de haute surveillance composée de cinq à sept membres ; il en désigne la présidence et la vice-présidence. Les membres doivent être des spécialistes indépendants et ne pas faire partie d'un organe d'une association professionnelle élaborant des standards reconnus par l'autorité de haute surveillance.

² Pour prendre ses décisions, la commission ne reçoit de directives ni du Conseil fédéral ni du Département. Elle dispose d'un secrétariat permanent, auquel elle peut déléguer des compétences.

³ La commission édicte un règlement concernant son organisation et son administration, qui doit être approuvé par le Conseil fédéral.

⁴ La commission présente chaque année au Conseil fédéral un rapport d'activité. Elle entre en contact avec le Conseil fédéral par l'intermédiaire du Département fédéral de l'intérieur.

⁵ Les frais de la commission sont couverts par des émoluments administratifs perçus auprès des autorités de surveillance. Le Conseil fédéral règle les détails.

Art. 64b Secrétariat de la Commission de haute surveillance (nouveau)

¹ La commission nomme le directeur ou la directrice de son secrétariat. Son choix doit être approuvé par le Conseil fédéral. Le directeur ou la directrice est l'organe supérieur d'exécution et remplit toutes les tâches qui, selon le règlement concernant l'organisation et l'administration, sont de son ressort.

² Les collaborateurs du secrétariat sont engagés par la commission sur la base d'un contrat de droit public.

Art. 65, al. 4 (nouveau)

Le Conseil fédéral détermine, pour les institutions de prévoyance destinées à plusieurs employeurs qui ne sont pas étroitement liés entre eux sur le plan économique ou financier, un capital de prévoyance initial et des prestations de garantie.

Art. 65d, al. 4 (Variante suppression du concept de taux d'intérêt minimal)

⁴ abrogé

Art. 66, al. 4

⁴ Il transfère trimestriellement à l'institution de prévoyance sa cotisation ainsi que les cotisations des salariés pour l'année civile ou l'année d'assurance en cours.

Art. 71, al.1

¹ Les institutions de prévoyance administreront leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement suffisant, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités. Le placement de la fortune est déterminé en

tenant compte de l'ensemble des actifs et des passifs conformément à la situation financière de l'institution ainsi que de structure et de l'évolution probable de l'effectif des assurés.

Art. 74, al. 2, let. a et al. 3

² Celle-ci connaît des recours formés contre :

- a. les décisions des autorités de surveillance et de l'autorité de haute surveillance, y compris celles fondées sur l'art. 62, al. 1, let. e ;

³ La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative¹²² s'applique à la procédure devant la commission de recours, avec les dérogations suivantes :

- a. en dérogation à l'art. 63 de ladite loi, la procédure contre les décisions fondées sur l'art. 62, al. 1, let. e , de la présente loi est en principe gratuite pour les assurés ;
- b. en dérogation à l'art. 55, al. 1, de ladite loi, un recours contre une décision de l'autorité de surveillance n'a pas d'effet suspensif. La commission de recours peut conférer au recours, pour des motifs suffisants, un effet suspensif.

10.2 Modification de la LFLP

Art. 26 Exécution

Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution et réglemente les formes admissibles du maintien de la prévoyance. Il fixe le taux d'intérêt moratoire.

10.3 Modifications du CC

Art. 89^{bis}, al. 6

⁶ Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité sont en outre régies par les dispositions suivantes de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité sur :

....

- 7. les organes de révision et les experts en matière de prévoyance professionnelle (art. 52a, 52b, 52c et 52d),

.....

- 12. la surveillance (art. 61, 62, 62a, 64 et 64a),

- 13. *abrogé*

10.4 Modifications de la LPCC

Les modifications qui suivent représentent les principaux points à modifier ou à ajouter aux articles de la LPCC. Il n'est pas exclu qu'après l'adoption définitive du projet de LPCC par le Parlement, d'autres articles doivent encore être complétés en relation avec les fondations de placement.

Art. 2 Champ d'application

² Ne sont en particulier pas soumis à la présente loi:

- a. les institutions et institutions auxiliaires de la prévoyance professionnelle, à l'exception des fondations de placement;
- g. les associations et les fondations au sens du Code civil, à l'exception des fondations de placement.

Art. 13 Obligation d'obtenir une autorisation

² Doivent demander une autorisation:

- g. la fondation de placement.

¹²² RS 172.021.

Art. 15 Obligation d'obtenir une approbation

¹ Les documents suivants sont soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance :

- f. l'acte de fondation, le règlement de fondation et les directives de placement.

Chapitre 3 : Fondations de placement**Section 1 : Dispositions générales****Art. 51a Définition et but**

¹ La fondation de placement est une fondation au sens des art. 80 ss. du Code civil du 10 décembre 1907,

- a. dont le but est le placement collectif de capitaux ;
- b. à laquelle ne peuvent participer que des institutions de prévoyance professionnelle exonérées d'impôts;
- c. dont la politique et les limites de placement sont conformes aux dispositions applicables de la législation du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité.

² La fondation de placement mandate un service de dépôt et de paiement. Elle peut lui assigner d'autres tâches.

³ Le Conseil fédéral peut également autoriser des fondations de placement fermées. Les art. 9, al. 2, 102, 102, 106 et 198 s'appliquent à ces dernières, pour autant que le Conseil fédéral n'en dispose pas autrement.

Art. 51d Placements autorisés et limites de placement

Outre les directives de placement des art. 53 ss., 58 ss. et 68 ss., les principes en matière de placements de la législation du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité s'appliquent par analogie.

Art. 51e Rapports avec le Code civil

¹ Pour autant que la présente loi n'en dispose pas autrement, les dispositions du droit des fondations s'appliquent à la fondation de placement, à l'exception des dispositions relatives à la surveillance (art. 84 CC).

² Le Conseil fédéral peut déclarer que d'autres dispositions du droit des fondations ne s'appliquent pas, pour autant que le sens et le but de la fondation de placement l'exigent ou le permettent.

Section 2 : Organisation**Art. 51f Assemblée des fondateurs**

¹ L'organe suprême de la fondation de placement est l'assemblée des fondateurs.

² L'assemblée des fondateurs a les attributions intransmissibles suivantes :

- a. élire le conseil de fondation ;
- b. élire l'organe de révision ;
- c. approuver les requêtes en modification de l'acte de fondation adressées à l'autorité de surveillance ;
- d. approuver le règlement de fondation complétant l'acte de fondation, ainsi que d'éventuels règlements spéciaux ;
- e. approuver la requête en dissolution, fusion ou scission de la fondation de placement adressée à l'autorité de surveillance ;
- f. donner décharge au conseil de fondation ;
- g. approuver les comptes annuels et les rapports de l'organe de révision.

Art. 51g Conseil de fondation

¹ Le conseil de fondation exerce la haute direction, la surveillance et le contrôle de la fondation de placement.

² Le conseil de fondation a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes :

- a. déterminer la politique d'affaires et la politique de placement des compartiments ;
- b. prendre les décisions d'importance déterminante afférentes au placement et à la gestion des compartiments ;
- c. assumer les tâches de haute direction, de surveillance et de contrôle.

³ Le conseil de fondation édicte les directives de placement. L'acte de fondation et le règlement de fondation peuvent lui conférer le pouvoir d'édicter des règlements spéciaux complétant les statuts.

⁴ Le conseil de fondation peut déléguer à des tiers les décisions afférentes aux placements ainsi que d'autres tâches. Il est responsable des actes de ses mandataires comme des siens propres.

Art. 145 Principe

¹ Toute personne qui viole ses obligations, répond envers la société, les investisseurs ainsi que les créanciers de la société des dommages ainsi causés, à moins qu'elle ne prouve qu'elle n'a commis aucune faute. Peut être rendue responsable toute personne s'occupant de la fondation, de l'administration, de la gestion de fortune, de la révision ou de la liquidation dans:

- i. une fondation de placement ;

10.5 Disposition transitoire

La Confédération confiera à l'autorité de surveillance compétente selon l'art. 61, al. 1, dans un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente modification de loi, les institutions de prévoyance actives à l'échelle nationale qui sont soumises à sa surveillance jusqu'à ladite entrée en vigueur.

11 Conséquences financières et sur l'état du personnel

Le présent chapitre examine les conséquences du projet au plan financier. Il est fondé sur l'état initial (actuel) des structures et distingue les effets des changements prévus pour la Confédération d'une part, et pour les cantons d'autre part.

11.1 Effectifs et coûts actuels pour la Confédération

Dans la structure actuelle, aussi bien la Haute surveillance que la surveillance fédérale directe sont localisées à 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 qui sont entièrement assumés par la Confédération. Ces coûts se présentent comme suit :

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 fr.
Salaires annuels (pour un total de 10,7 de postes occupés actuellement)	1'518
Charges sociales (employeur)	273
Coûts des places de travail ¹ (12 postes selon liste du personnel autorisé)	240
Total	2'031

¹ Le coût des places de travail comprend l'ensemble des charges annuelles liées aux locaux, à l'informatique et au mobilier. Ils correspondent en moyenne à fr. 20'000.- par poste de l'effectif autorisé.

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 franc.

Charges de la surveillance fédérale directe

Nature des charges (état en 2005)	Montant en milliers fr.
Salaires annuels (pour un total de 15,4 postes occupés actuellement)	2'200
Charges sociales (employeur)	360
Coûts des places de travail ¹ (18 postes selon liste du personnel autorisé)	360
Sous-total	2'920
./. Recettes (Emoluments de surveillance ²)	2'200
Total	720

¹ Le coût des places de travail comprend l'ensemble des charges annuelles liées aux locaux, à l'informatique et au mobilier. Ils correspondent en moyenne à fr. 20'000.- par poste de l'effectif autorisé.

² Selon budget 2005

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.

11.2 Conséquences des nouvelles structures prévues

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 (sur la base des tâches définies à l'article 64 LPP nouveau), respectivement 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 directe¹²³.

11.2.1 Conséquences pour la Confédération

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 millions 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 :

¹²³ Toutes catégories confondues, les institutions actuellement sous surveillance fédérale directe représentent un total légèrement supérieur à 200.

**Charges de la Commission fédérale de haute surveillance
et de son secrétariat permanent**

Nature des charges	Montant en milliers fr.
Indemnités pour les membres de la Commission ¹	290
Charges salariales du secrétariat permanent (8 postes ²)	1'280
Charges d'employeur pour le secrétariat permanent ³	160
Charges liées aux places de travail du secrétariat	160
Total	1'890

¹ 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 au titre des salaires, 7'000 à 8'000 au titre des charges sociales d'employeur, et 5'000 à 6'000 pour les frais. Le poste à plein temps du président est estimé à 160'000 fr.

² Cette estimation est fondée sur une moyenne de 160'000.- par collaborateur compte tenu des exigences et des profils nécessaires.

³ Cette estimation est fondée sur une moyenne de 20'000.- par collaborateur.

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 secrétariat permanent, d'où des recettes de l'ordre de 160'000 francs (à raison de fr. 20'000.- 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 (législation, traitement des affaires du Parlement et du Conseil fédéral, 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.

Le bilan global provisoire pour la Confédération pourrait ainsi se présenter comme suit :

Economies pour la Confédération

Nature	Montant en milliers fr.
Suppression des charges non salariales 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

11.2.2 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 ;

Le tableau ci-dessous donne une vue d'ensemble de ces différentes charges :

1.	Commission de haute surveillance et secrétariat permanent	Charges(en milliers de fr.)	
1.1	Indemnités pour les membres de la Commission ¹	290	
1.2	Charges salariales du secrétariat permanent (8 postes affectés spécifiquement aux activités de haute surveillance) ²	1'280	
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	1'890
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 ³	2'200	
2.2	Charges d'employeur pour les 15,4 postes ³	360	
2.3	Coûts des 15,4 places de travail ³	308	2'868
	Total global		4'758

¹ 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 au titre des salaires, 7'000 à 8'000 au titre des charges sociales d'employeur, et 5'000 à 6'000 pour les frais. Le poste à temps plein du président est estimé à fr. 160'000.-

² Cette estimation est fondée sur une moyenne de 160'000.- par collaborateur compte tenu des exigences et des profils nécessaires.

³ Par analogie aux coûts actuels.

Il ressort du tableau ci-dessus que pour permettre de couvrir l'ensemble des charges, des émoluments devraient être perçus

- Après des organismes régionaux et cantonaux de surveillance, du Fonds de garantie et de l'institution supplétive à hauteur de 1,89 millions de francs pour assurer le fonctionnement de la commission de haute surveillance et de son secrétariat ;
- Après des institutions de prévoyance actives au plan 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 8134 en 2002), 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.

La vision globale 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 directe. 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 2001¹²⁴ 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 siège¹²⁵. 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 et des différences trop grandes d'augmentations des coûts répercutés sur les institutions concernées.

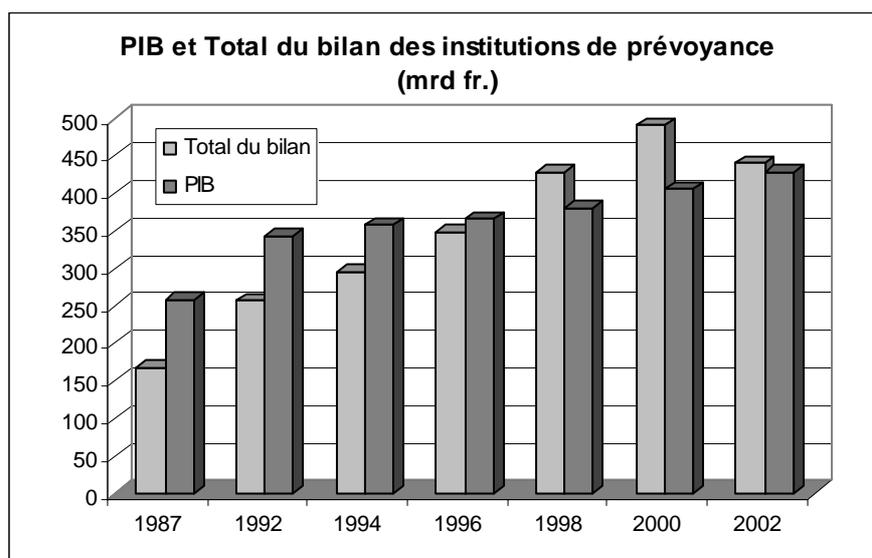
12 Conséquences économiques

12.1 Données économiques

Selon les données publiées par l'OFS, la prévoyance professionnelle dans son ensemble concernait en 2002 un total de 3,31 millions personnes actives assurées auprès de 8'134 institutions de prévoyance.

Le volume global des cotisations payées par les employés et employeurs a atteint un total de 29,8 milliards de francs (versements initiaux non compris), alors que le volume global des prestations servies s'est établi à 21,7 milliards.

L'évolution du total du bilan de la prévoyance professionnelle a culminé en 2000, à hauteur de 475 milliards. Le recul a été brutal à la suite du choc boursier des années 2001 et 2002, avec une baisse à 423,1 milliards. Le poids de la prévoyance dans l'économie suisse est reflété par le tableau ci-dessous, qui met en comparaison l'évolution du bilan global et le PIB.



¹²⁴ Cf. Rapport du groupe de travail « Surveillance et Haute surveillance dans la prévoyance professionnelle » du 12 décembre 2001. L'enquête auprès des cantons avait montré que le nombre de postes de travail dédiés à la surveillance directe (y compris surveillance des fondations classiques) oscillait entre 0,45 (moyenne pour les cantons à dotation faible) et 7,26 (moyenne pour les cantons à dotation plus forte).

¹²⁵ Seront particulièrement concernés les cantons de Berne, Zurich et Bâle-Ville.

Source : OFS

Le poids économique de la prévoyance professionnelle, et sa place dans le système des assurances sociales, font comprendre qu'un projet lui apportant des améliorations significatives nécessite de préciser la dimension des modifications projetées et les conséquences économiques que l'on peut en attendre.

12.2 Nécessité d'une intervention de l'Etat

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 fondamentaux de la prévoyance, renforcement des rôles et responsabilités 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.

12.2.1 Paramètres de la prévoyance

Le projet apporte plusieurs modifications fondamentales aux paramètres centraux de la prévoyance. Les conséquences possibles de cette première série d'adaptations sont examinées ci-après.

12.2.1.1 Taux d'intérêt technique et taux de conversion

Sur ces deux points, le projet prévoit :

- de donner à l'organe suprême de gestion la liberté et la responsabilité de fixer le taux technique ;
- que la future Commission de haute surveillance procédera à un examen périodique du taux de conversion et proposera tous les cinq ans son adaptation au Conseil fédéral, qui se prononcera après consultation de la Commission fédérale LPP.

Ces deux mesures participent du souci de fonder le fonctionnement de la prévoyance sur des paramètres actualisés et adaptés.

En ce qui concerne le taux technique, il est aujourd'hui communément admis qu'un nombre important d'institutions de prévoyance utilise un taux d'intérêt technique trop élevé, voisin de 4%. Le mécanisme proposé pourra dès lors se traduire par un recentrage autour de valeurs de l'ordre de 3,5%.

Pour ce qui est du taux de conversion, l'objectif est principalement de garantir que l'accroissement de la longévité, qui a pour effet de d'augmenter la durée du service des rentes, soit pris en compte dans une juste mesure afin d'éviter un déséquilibre dans le financement. En ce sens, le projet s'inscrit dans la même logique que les récentes décisions de la Commission fédérale LPP et du Conseil fédéral¹²⁶ visant une diminution accélérée du taux de conversion par rapport au calendrier introduit par la 1^{ère} révision de la LPP.

S'agissant des conséquences de ces deux premières mesures, il faut en premier lieu s'attendre à ce que les institutions de prévoyance procèdent, comme indiqué plus haut, à des ajustements des taux techniques vers le bas. Le taux technique a deux fonctions principales: il traduit l'espérance du rendement espéré sur le long terme, et il permet de calculer la valeur des engagements futurs¹²⁷. Une correction à la baisse du taux technique se traduit

¹²⁶ Cf communiqué de presse OFAS du 16 novembre 2005 (<http://www.bsv.admin.ch/aktuell/presse/2005/f/05111602.htm>).

¹²⁷ Ce qui explique la relation avec la détermination des cotisations et le taux de conversion. En cas d'allongement du service des rentes (longévité accrue), le capital nécessaire augmente.

notamment par une baisse de la rémunération du capital servant à payer les rentes en cours. Dans ce cas, le capital de couverture peut devenir insuffisant. L'insuffisance de financement des engagements peut nécessiter des mesures correctrices pour redresser le degré de couverture, ce qui équivaut à une augmentation de charges pour les actifs au profit des rentiers. Il faut donc s'attendre à ce que le projet conduise à des augmentations de charges pour les salariés et les employeurs. Cela dit, les taux techniques utilisés ne faisant pas actuellement l'objet d'un relevé statistique exhaustif, il n'est pas possible de dire précisément combien d'institutions seront concernées, et encore moins ce que seront les variations du taux au cas par cas. La même observation vaut pour la distinction entre capitaux de couverture pour les assurés actifs et capitaux de couverture des rentes en cours, qui actuellement sont des données agrégées¹²⁸.

Pour ce qui est des prévisibles ajustements à la baisse des taux de conversion, il faut s'attendre à ce que les institutions de prévoyance pour lesquelles les ajustements seront les plus importants doivent procéder à un rééquilibrage de leur financement. Un tel rééquilibrage peut intervenir sous la forme d'augmentations de cotisations, de diminutions de prestations (rentes futures plus basses), ou encore de non-indexation des prestations là où les bases réglementaires le permettent (diminution indirecte des rentes en cours). Dans l'optique d'un maintien de la valeur des rentes futures, et de la valeur des rentes pour les assurés actifs (en primauté des prestations), il faut s'attendre essentiellement à ce que les assurés actifs voient leurs cotisations augmenter, ce qui diminuera d'autant leurs salaires nets, et par conséquent leur revenu disponible.

La même réflexion peut être formulée en ce qui concerne les entreprises. Les employeurs assumant généralement une part de cotisations allant au-delà de la règle de répartition paritaire des cotisations, on peut s'attendre à un effort accru. Il est toutefois difficile d'en estimer le volume global, le critère déterminant étant dans chaque cas fonction de l'ampleur de la correction et du rythme de son application. Pour les institutions de prévoyance dont la situation est la plus favorable, la possibilité subsistera de s'écarter (vers le haut) de la valeur minimale proposée par la Commission fédérale de haute surveillance au Conseil fédéral. Au titre de la stabilité et de la fiabilité de la prévoyance, l'intérêt du projet réside dans la périodicité quinquennale de l'examen du taux de conversion, ce qui aura pour effet, en cas de nécessaire correction, d'en réduire l'ampleur.

12.2.1.2 Taux minimal

12.2.1.2.1 Suppression du concept de taux d'intérêt minimal

Cette mesure préconisée par le projet est indissociable du principe incitatif qui l'accompagne. Le rôle incitatif découle de la tâche confiée à la Commission fédérale de haute surveillance de procéder à un relevé des rémunérations accordées sur les avoirs de vieillesse et de publier une valeur de référence. Ce mécanisme ex post a pour effet de rendre visibles et directement comparables les performances des institutions de prévoyance et ainsi de les mettre en concurrence directe.

La fixation institutionnalisée d'un taux correspondant à un rendement minimal à réaliser obligatoirement comporte des risques au plan économique. La fixation d'un taux trop élevé peut contraindre les institutions de prévoyance à se lancer dans des stratégies de placement qui ne correspondent ni à leur capacité de risque réelle, ni aux réserves de fluctuations dont elles disposent. Au titre d'autres effets négatifs d'un taux trop élevé, on peut encore mentionner l'impossibilité pour les institutions de prévoyance disposant de faibles réserves d'augmenter la part qui serait nécessaire, ainsi qu'un effet de fermeture du marché de la prévoyance dans la mesure où des institutions nouvellement créées ne pourraient constituer

¹²⁸ A la suite de l'entrée en vigueur de la norme comptable RPC 26, la statistique des Caisses de pension de l'OFS, qui sera profondément modifiée dès 2006, devrait permettre de disposer à l'avenir de données désagrégées.

un niveau suffisant de réserves. Le potentiel d'apparition de découverts serait d'autant plus grand et conduirait en définitive à faire supporter les risques aux assurés (actifs et bénéficiaires de rentes au titre de l'actuelle législation sur les mesures d'assainissement¹²⁹) et aux employeurs.

A l'inverse, un taux minimal obligatoire trop bas peut avoir un effet incitatif négatif, les institutions de prévoyance se limitant à réaliser le seuil légal de rendement exigé. Mais le principal risque lié à un taux minimal trop faible réside dans la réduction de la valeur des rentes futures, phénomène qui interviendrait dans tous les cas où la valeur du taux serait inférieure à celle de l'inflation. Dans ce cas, les avoirs de vieillesse augmenteraient moins rapidement que la dévaluation subie en raison de l'inflation. Si un tel décalage de prolongeait dans la durée, ce serait alors l'objectif de la prévoyance qui serait compromis.

Les effets économiques de la suppression du taux minimal peuvent être appréciés selon deux échelles temporelles :

Dans une optique à court terme, il serait imaginable que les institutions de prévoyance encore en situation de découvert, respectivement que celles qui ne disposeraient pas de réserves suffisantes, modifient les mesures prises antérieurement. La possibilité d'appliquer un taux d'intérêt nul sur la totalité de l'avoir de vieillesse pourrait ainsi se substituer à d'autres mesures telles que les cotisations d'assainissement par exemple. De même, on peut imaginer que la rétribution des avoirs de vieillesse soit diminuée au profit de la reconstitution plus rapide de réserves de fluctuations, de manière à restaurer plus rapidement une capacité de risque permettant des placements à rendements plus élevés. De telles mesures auraient temporairement des effets négatifs sur l'évolution des avoirs de vieillesse, mais diminueraient les effets négatifs que comportent des prélèvements supplémentaires sur les revenus.

Dans une optique à plus long terme, le retour à une capacité de risque suffisante pour permettre des placements à rendements plus élevés devrait permettre de mieux que compenser les effets de périodes à rémunération faible ou nulle des avoirs de vieillesse. Le contexte de concurrence accrue résultant de l'obligation pour l'organe de paritaire de gestion d'indiquer dans son rapport annuel l'intérêt crédité (et de le motiver), associée à la publication d'un benchmark par la Commission fédérale de haute surveillance, devrait aller dans le même sens.

12.2.1.2.2 Formule de calcul du taux minimal

La variante complémentaire préconisée par le projet réside dans une formule qui soit compatible à la fois pour les institutions de prévoyance autonomes et pour les assureurs vie. Ce souci de compatibilité explique le recours à une formule fondée sur des paramètres très prudents¹³⁰, conduisant à une exigence de rendement minimal faible. Dans une logique économique et financière pure, la référence à des paramètres purement mathématiques et financiers transparents augmente la marge de manœuvre disponible pour la stratégie de placements. Une part plus faible de la fortune « immobilisée » dans les compartiments à faible risque afin d'assurer une garantie à un seuil véritablement minimal permet en effet d'investir une part plus importante dans les compartiments à rendements plus élevés (pour autant que la capacité de risque et les réserves disponibles le permettent). Dans ce sens, cette variante du projet devrait permettre sur la durée des rendements allant au-delà du seuil minimal obligatoire, avantage auquel il convient d'associer les effets des normes relatives à la transparence et à l'attribution des excédents.

¹²⁹ Situation dans laquelle les institutions enveloppantes ont précisément la faculté d'appliquer, dans des conditions précises, un taux d'intérêt inférieur au taux minimal légal, ce qui a conduit à considérer parfois que la notion de garantie contenue dans le taux minimal légal était en partie fictive.

¹³⁰ Rappelons que la formule proposée correspond à 70% des moyennes mobiles sur 7 ans des rendements des obligations de la Confédération à 7ans.

12.2.2 Compétences et responsabilité de l'organe de gestion

Le renforcement prévu des compétences et des responsabilités à l'échelon des organes paritaires de gestion des institutions de prévoyance se traduira vraisemblablement par de faibles augmentations de coûts. Ces augmentations résulteront principalement de deux facteurs :

- Le premier est lié à la complexité grandissante de la gestion des institutions de prévoyance, qui 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 de gestion. Ce dernier est de plus en plus souvent assisté par une commission des placements. Si la gestion des placements 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 combinées¹³¹. La suppression des limites actuelles en matière de catégories de placements augmentera la marge manœuvre des institutions de prévoyance. 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 confirmer les responsabilités fondamentales de l'organe paritaire de gestion.
- Le second résulte de 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.

12.2.3 Renforcement du rôle des experts et des organes de contrôle

Une grande part des fonctions qui échoient selon le projet aux experts et aux organes de contrôle sont aujourd'hui déjà parties intégrantes des catalogues de leurs tâches respectives. Le projet renforce leur rôle, notamment au plan des exigences en matière de formation et d'expérience professionnelle. On peut s'attendre à des suppléments limités des coûts facturés par les intéressés. Dans la mesure où les interventions des experts et des organes de contrôle ne font pas l'objet de tarifs publiés, il n'est pas possible de déterminer une augmentation de coûts précise. D'un autre côté, on peut compter que l'efficacité des renforcements prévus apportera une sécurité accrue à la prévoyance, ce qui exercera un effet compensatoire sur les éventuelles augmentations de coûts.

12.3 Impact du projet sur les différents groupes de la société

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 propres au contexte des institutions de prévoyance (assurés actifs, employeurs et bénéficiaires de rentes) ont été décrits plus haut.

En ce qui concerne les institutions de prévoyance, il est possible que le renforcement global des exigences, respectivement des fonctions de haute surveillance, de surveillance directe et de contrôle rendent plus complexe la tâche des organes de gestion. On ne peut dès lors pas exclure que le projet renforce en partie une tendance déjà confirmée dans la prévoyance professionnelle, à savoir la concentration. Les statistiques successives publiées par l'OFS sur les caisses de pension montrent en effet une diminution continue de leur nombre¹³². Compte tenu des caractéristiques du phénomène de concentration, on peut s'attendre à de

¹³¹ Cf Lusenti Patners, « Placements des investisseurs institutionnels suisses 2002 – 2003 », p.64.

¹³² Depuis 1987, le nombre des institutions de prévoyance a diminué de moitié.

nouvelles diminutions du nombre d'assurés dans les institutions de petite taille, respectivement à de nouvelles augmentations dans les institutions de grande taille.

12.4 Possibles effets macro-économiques du projet

Les éléments explicités ci-dessus en matière de charges supplémentaires auront comme on l'a vu des effets négatifs sur les revenus disponibles tant des actifs, que des employeurs et des bénéficiaires de rentes. Il faut par conséquent s'attendre à ce que ces effets cumulés se répercutent négativement sur la consommation et les investissements. Une autre conséquence indirecte en sera une diminution des recettes au titre des impôts fédéraux, cantonaux et communaux sur les revenus. Il n'est guère possible de quantifier ces effets.

Des remarques supplémentaires s'imposent à cet égard :

- Parmi les effets générateurs de charges supplémentaires, l'essentiel d'entre eux n'auront que des conséquences temporaires. Seules les nouvelles structures de haute surveillance et la cantonalisation de la surveillance directe auront des répercussions durables en termes de coûts, lesquelles seront répercutées par le biais d'émoluments d'une part sur les organismes régionaux de surveillance directe, d'autre part sur les institutions de prévoyance. On peut donc s'attendre à ce titre à un renchérissement global de la prévoyance.
- Les possibles effets négatifs sur la consommation et la croissance doivent être relativisés à un double titre. En premier lieu de par leur caractère temporaire, dus aux effets initiaux d'ajustements que le projet engendrera. En deuxième lieu au titre de modifications susceptibles d'intervenir dans les propensions à épargner et à investir. Des éléments tels que la perspective de diminution de prestations ou la disparition de garanties peuvent favoriser des comportements d'épargne supplémentaire participant de réflexes compensatoires.
- Le développement d'une épargne supplémentaire aurait pour effet de mettre à disposition davantage de capitaux sur les marchés financiers, ce qui conduirait à freiner la désormais prévisible hausse (contrôlée) des taux d'intérêts.

12.5 Effets à long terme visés par le projet

Les renforcements prévus, de même que l'ancrage sur des paramètres objectifs et actualisés visent à stabiliser la prévoyance et la fiabiliser. Ces éléments sont certes importants pour les assurés, mais ils sont également déterminants pour les entreprises et pour la place financière.

- 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.
