

**Réforme structurelle
de la prévoyance professionnelle**

Rapport du Conseil fédéral

Mesures pour les travailleurs âgés

Ouverture de la procédure de consultation

Table des matières

Chapitre 1	Réforme structurelle de la prévoyance professionnelle	2
Condensé		2
1	Point de départ	3
1.1	Crise des marchés financiers et situation financière des institutions de prévoyance	3
1.2	La commission d'experts Réforme structurelle	4
1.3	Mandat de la commission d'experts Réforme structurelle	4
2	Situation actuelle et nouvelle conception de la surveillance dans la prévoyance professionnelle	5
2.1	Le système actuel et ses faiblesses	5
2.2	Nouvelle conception de la surveillance	6
3	La commission d'experts Optimisation	7
3.1	Recommandations de la commission d'experts Optimisation	7
3.2	Application de certaines recommandations sous forme de mesures immédiates	9
4	Principes de la surveillance des marchés financiers, différences et similitudes entre assureurs-vie et institutions de prévoyance selon le droit en vigueur	10
4.1	L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)	10
4.2	Différences et similitudes entre assureurs-vie et institutions de prévoyance selon le droit suisse	11
5	Optimisation de la direction, du conseil et du contrôle	13
5.1	Exigences posées à l'organe suprême	13
5.2	Exigences en matière de contrôle (externe)	13
6	Optimisation de la surveillance et de la haute surveillance	14
6.1	Optimisation de la surveillance matérielle	14
6.1.1	<i>Surveillance</i>	14
6.1.2	<i>Haute surveillance</i>	17
6.2	Optimisation de la structure de surveillance	19
6.2.1	<i>Autorité de surveillance</i>	19
6.2.2	<i>Autorité de haute surveillance</i>	19
6.3	Surveillance des institutions de prévoyance particulières	21
6.3.1	<i>Compétence de la surveillance à raison du siège</i>	21
6.3.2	<i>Exceptions : Fonds de garantie et institution supplétive</i>	21
6.3.3	<i>Fondations de placement</i>	22
7	Commentaire des modifications de lois proposées	23
7.1	Modifications de la LPP	23
	<i>Art. 5 al. 2</i>	23
	<i>Art. 49 al. 2</i>	23
	<i>Art. 51, al. 6 et 7</i>	23
	<i>Art. 51a Tâches de l'organe suprême</i>	23
	<i>Art. 52 al. 1 et 4</i>	24
	<i>Art. 52a Contrôle</i>	24
	<i>Art. 52b Agrémentation des organes de révision et des réviseurs</i>	24
	<i>Art. 52c Tâches de l'Organe de révision</i>	25
	<i>Art. 52d Agrémentation des experts en matière de prévoyance professionnelle</i>	26
	<i>Art. 52e Tâches de l'expert en matière de prévoyance professionnelle</i>	27
	<i>Art. 53 Contrôle</i>	27
	<i>Art. 61 Autorité de surveillance</i>	27
	<i>Art. 61a Variante: Surveillance des institutions collectives ou communes et des fondations de placement</i>	29
	<i>Art. 62 Tâches</i>	29

Art. 63a <i>Emoluments</i>	30
Art. 64 <i>Commission de haute surveillance</i>	30
Art. 64a <i>Tâches de la Commission de haute surveillance</i>	31
Art. 64b <i>Secrétariat de la Commission de haute surveillance</i>	32
Art. 64c <i>Organisation et coûts</i>	33
Art. 65 al. 4	33
Art. 74 <i>Commission fédérale de recours</i>	34
7.2 Modifications du CC	34
7.3 Dispositions transitoires	34
8 Conséquences	34
8.1 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération et les cantons.....	34
8.1.1 <i>Conséquences financières et sur l'état du personnel</i>	34
8.1.2 <i>Effectifs et coûts actuels pour la Confédération</i>	34
8.1.3 <i>Conséquences des nouvelles structures prévues</i>	35
8.1.4 <i>Conséquences pour la Confédération</i>	35
8.1.5 <i>Conséquences pour les cantons</i>	37
8.2 Conséquences économiques	38
8.2.1 <i>Données économiques</i>	38
8.2.2 <i>Nécessité d'une intervention de l'Etat</i>	39
8.3 Impact du projet sur les différents groupes de la société	39
8.4 Possibles effets macro-économiques du projet.....	40
8.5 Effets à long terme visés par le projet	40
9 Rapport avec le programme de législature	41
10 Relations avec le droit européen.....	41
11 Bases juridiques	42
11.1 Conformité constitutionnelle	42
11.2 Délégations de compétences législatives	42
12 Bases juridiques	43
(LPP) (réforme structurelle)	43
5, al. 243	
Art. 49, al. 2, ch. 9, 14 et 15	43
Art. 51, al. 6 et 7	43
Art. 51a <i>Tâches de l'organe suprême</i>	43
Art. 52, al. 1 et 4	44
Art. 52a <i>Contrôle</i>	44
Art. 52b <i>Agrément des organes de révision et des réviseurs</i>	44
Art. 52c <i>Tâches de l'organe de révision</i>	44
Art. 52d <i>Agrément des experts en matière de prévoyance professionnelle</i>	45
Art. 52e <i>Tâches de l'expert en matière de prévoyance professionnelle</i>	45
Art. 53 <i>Contrôle</i>	45
Art. 61 <i>Autorité de surveillance</i>	45
<i>Variante autorité de surveillance unique</i>	46
Art. 62, al. 1, phrase introductive et let. a, et 2	46
Art. 62a <i>Moyens de surveillance</i>	46
Art. 63a <i>Emoluments</i>	46
Art. 64 <i>Commission de haute surveillance</i>	46
Art. 64a <i>Tâches de la Commission de haute surveillance</i>	46
Art. 64b <i>Secrétariat de la Commission de haute surveillance</i>	47
Art. 64c <i>Organisation et coûts</i>	47
Art. 65 al. 4	47
Art. 74, al. 2, let. a et 3	47
Modification du droit en vigueur.....	47
Art. 89bis, al. 6, ch. 7, 12, 13 et 14	47

Chapitre 2	Mesures pour les travailleurs âgés	49
1	Point de départ	49
2	Procédure	49
3	Coûts	49
4	Commentaires relatifs aux dispositions de lois et d'ordonnance	50
4.1	Modifications de la LPP	50
	<i>Art. 8, al. 4</i>	50
	<i>Art. 16, al. 2</i>	50
	<i>Art. 49, al. 2</i>	51
	<i>Art. 66, al. 1bis</i>	51
4.2	Modifications d'autres textes	51
	<i>Code civil</i>	51
	<i>Code des obligations</i>	51
4.3	Disposition transitoire	52
4.4	Modification de l'OPP 3	52
	<i>Art. 3, alinéa 1</i>	52
	<i>Art. 7, alinéa 3</i>	52
5	Conséquences	52
5.1	Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération et les cantons	52
5.2	Conséquences économiques	53
6	Relation avec le droit européen	53
7	Bases juridiques	53
8	Modification d'autres textes	54
	(LPP) (Participation des travailleurs âgés)	54
	<i>Art. 8, al. 4 (nouveau)</i>	54
	<i>Art. 16, al. 2 (nouveau)</i>	54
	<i>Art. 49, al. 2, ch. 1 et 2</i>	54
	<i>Art. 66, al. 1bis (nouveau)</i>	54
	Modifications du droit en vigueur	55
	<i>Art. 89 bis, al. 6, ch. 1 et 2</i>	55
	<i>Art. 331, al. 3 bis (nouveau)</i>	55
	Disposition transitoire de la modification du	55
	a. <i>Coordination de l'âge de la retraite</i>	55
	(OPP 3) (Participation des travailleurs âgés)	56
	<i>Art. 3, 1^{er} al.</i>	56
	<i>Art. 7, 3^e al.</i>	56

Chapitre 1 Réforme structurelle de la prévoyance professionnelle

Condensé

Depuis l'introduction de la prévoyance professionnelle obligatoire en 1985, les exigences à l'égard d'une surveillance efficace du 2^e pilier ont fortement augmenté, essentiellement en raison de la complexité grandissante qui caractérise le contexte juridique et, surtout, économique ; on pense en particulier à la crise des marchés boursiers et aux difficultés financières qui en ont résulté pour beaucoup d'institutions de prévoyance. Il s'est donc avéré nécessaire de procéder à une analyse critique de l'état des lieux. Dans cette optique, plusieurs études ont été menées à partir l'année 2000. La principale conclusion de ces études a été, de façon constante, qu'il convenait de renforcer et d'optimiser la surveillance dans le domaine du 2^e pilier.

*En février 2003, le Conseil fédéral a adopté 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**, ch. 3 ci-dessous). 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, des conclusions sur le renforcement de la surveillance et de la haute surveillance, destiné à être mis en consultation.*

Dans son rapport, la commission d'experts Réforme structurelle a recommandé un renforcement de la surveillance et de la haute surveillance, une cantonalisation de la surveillance directe fédérale ainsi qu'une régionalisation de la surveillance directe cantonale, telle qu'elle existe depuis le 1^{er} janvier 2006 en Suisse centrale. Selon ladite commission, 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 doit être inscrite dans la LPP. En outre, la haute surveillance ne doit plus être du ressort du Conseil fédéral, mais d'une Commission de haute surveillance, avec un secrétariat indépendant de l'OFAS bien que rattaché à lui d'un point de vue administratif. Cette commission 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, cette Commission de haute surveillance devrait veiller à ce que les autorités de surveillance cantonales procèdent toutes de la même manière, accroissant ainsi la sécurité du droit. Dans ce domaine, elle disposerait du droit de donner des directives générales aux autorités de surveillance.

Le Conseil fédéral a pris acte du rapport d'experts Réforme structurelle et s'est rallié au modèle de cantonalisation ou de régionalisation de la surveillance directe des caisses de pension proposé. Ce modèle prévoit en outre la création d'une commission indépendante de haute surveillance dont le secrétariat sera administrativement rattaché à l'OFAS. Cette commission garantira notamment la coordination entre surveillance et haute surveillance et permettra d'éviter les conflits de compétence entre ces différents niveaux.

La commission d'experts a également soumis des propositions de "dépolitisation" des paramètres de la prévoyance professionnelle car elle souhaitait que la fixation du taux d'intérêt technique et du taux de conversion soit laissée à la libre appréciation des institutions de prévoyance. Le Conseil fédéral estime cependant que ces propositions ne doivent pas être incluses dans le projet à mettre en consultation, car les paramètres soumis à la discussion par la commission sont actuellement examinés dans d'autres projets.

1 Point de départ

1.1 Crise des marchés financiers et situation financière des institutions de prévoyance

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.

En 2001 et 2002, la situation financière des institutions de prévoyance était préoccupante. Pour mettre à la 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 surveillance¹ sur la prévoyance professionnelle, des directives concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle². 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 %
Enregistrées sans garantie étatique	261	12.6	6'927	382	15.6	8'960	728	29.2
Non enregistrée 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. Des ces 301 institutions, plus de la moitié avait un degré de couverture entre 95% et 99.9%. C'est pourquoi on peut supposer que suite à la bonne année boursière 2005, le nombre des institutions en découvert pourrait s'être réduit davantage à fin 2005.

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

¹ Art. 64 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), RS 831.40.

² FF 2003 4314 ss.

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;
- **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**, Economiste, Dr. rer. pol., 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 révision³, 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.

2 Situation actuelle et nouvelle conception de la surveillance dans la prévoyance professionnelle

2.1 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 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 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.

³ 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.

⁴ Art. 53, al. 2, LPP.

⁵ Art. 53, al. 1, LPP.

⁶ Art. 61 LPP.

⁷ Art. 64 LPP.

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.

2.2 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 de l'Institution supplétive et celle des fondations de placement) et la haute-surveillance par une commission décisionnelle indépendante, dotée d'un secrétariat, géré par l'OFAS.

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 aux 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 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 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

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**.

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.

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.
- **Exigence légale** : étant 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 des critères pour la reconnaissance des experts et des organes de révision).

3 La commission d'experts Optimisation

Au début de l'année 2003 le Conseil fédéral a institué une commission d'experts chargée d'examiner le système de surveillance en place et de dire quelles mesures pouvaient être prises pour optimiser les contenus et la structure de la surveillance dans la prévoyance professionnelle. Une centralisation de cette surveillance auprès de la Confédération a notamment été envisagée pour résoudre les problèmes qui se posent aujourd'hui parce que la surveillance relève à la fois de l'OFAS, des autorités cantonales et de l'OFAP. Cette commission était présidée par le professeur Jürg Brühwiler. La commission a rendu ses travaux dans un rapport d'avril 2004 intitulé « Optimisation de la surveillance dans la prévoyance professionnelle ».

3.1 Recommandations de la commission d'experts Optimisation

Dans son rapport, 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).

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.

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).

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.

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 préférerait

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.

3.2 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'ordonnance¹⁵: 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 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.

¹⁵ Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, OPP 2, RS 831.441.1.

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

4.1 L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN)

Sur la base du rapport de la commission Surveillance des marchés financiers¹⁶ publié en novembre 2000, 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 (AUFIN) 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. Le 1^{er} février 2006, le Conseil fédéral a adopté le message concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN)¹⁷. Le but de ce projet de loi est de regrouper les organes fédéraux de surveillance des banques, des entreprises d'assurance et des autres intermédiaires financiers au sein d'une seule autorité de surveillance. Les trois autorités actuelles que sont la Commission fédérale des banques, l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent seront ainsi réunies sous la désignation d'«Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (AUFIN).

L'AUFIN sera un établissement de droit public, financé par des taxes et des émoluments comme les trois autorités actuelles. Elle sera indépendante sur le plan institutionnel, opérationnel et financier. Elle sera aussi dotée de structures de gestion modernes comprenant un conseil d'administration, une direction et un organe de révision. L'indépendance de l'AUFIN s'accompagnera cependant d'une obligation de rendre compte et d'une surveillance politique par la Confédération.

La loi règle non seulement les questions d'organisation mais énonce aussi les principes déterminant son activité de réglementation; elle fixe en outre les règles en matière de responsabilité, harmonise les instruments de surveillance et prévoit des sanctions. Dans une certaine mesure, la LAUFIN revêt ainsi la fonction de loi faîtière des différentes lois régissant la surveillance des marchés financiers.

¹⁶ Commission présidée par le professeur Zufferey

¹⁷ FF 2006 pp. 2829 ss

Le Conseil fédéral propose pour la première fois une limitation de la responsabilité pour la surveillance des marchés financiers. Il suit ainsi une tendance internationale. L'AUFIN ne doit être responsable que si elle a violé des devoirs essentiels de fonction et si les dommages ne sont pas dus au comportement fautif d'un assujetti¹⁸.

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

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 :

¹⁸ Art. 19 LAUFIN.

- **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 francs¹⁹, 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 limite²⁰ pour autant que la loi sur le libre passage²¹ soit applicable à l'institution de prévoyance²². Pour compenser d'éventuels déséquilibres financiers, les institutions de prévoyance peuvent être en découvert pendant un certain temps²³. 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.

Comme le montrent ces explications, les contraintes auxquelles sont soumis les assureurs actifs dans le domaine de la prévoyance professionnelle sont différentes de celles qui s'appliquent aux institutions de prévoyance autonomes. Tenter d'harmoniser les règles aurait des répercussions importantes. 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 sûreté²⁴ dont la valeur doit être

¹⁹ 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 Ordonnance sur la surveillance [OS], RS 961.011).

²⁰ Art. 8 LPP, valeur 2005: 116 100 francs.

²¹ Loi sur le libre passage du 17 décembre 1993 (LFLP), RS 831.42.

²² Art. 56, al. 1, let. c, LPP.

²³ Art. 65c LPP.

²⁴ Le fonds de sûreté des assureurs-vie correspond au fonds de garantie des autres branches d'assurance.

égale, lors de la clôture des comptes, au total des obligations en cours²⁵. Les institutions de prévoyance et les assureurs-vie évoluent donc 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.

5 Optimisation de la direction, du conseil et du contrôle

5.1 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;
- 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;
- 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.

5.2 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.

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 dé-

²⁵ 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 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).

taillée 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. 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 plus, les services de contrôle cantonaux et le contrôle fédéral des finances ne peuvent plus fonctionner comme organe de contrôle (art. 33, let. b, OPP 2), car le critère de l'indépendance n'est pas respecté lorsqu'un service de contrôle cantonal ou communal révisé une institution de prévoyance cantonale. L'appartenance à une association particulière (art. 33, let. a, OPP 2) ou le fait d'avoir exercé précédemment une activité de réviseur (art. 33, let. d, OPP 2) ne devraient plus non plus permettre d'être agréé et devraient donc être supprimés, ce qui rendrait nécessaire une modification de l'art. 33 OPP 2.

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 Optimisation de la surveillance et de la haute surveillance

6.1 Optimisation de la surveillance matérielle

6.1.1 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 constitutif ou le fait d'être l'organe qui se prononce en première instance sur les litiges portant sur des questions de transparence. 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. Le double examen effectué jusqu'ici par les autorités de surveillance des institutions de pré-

voyance et par les autorités fiscales sera remplacé par un examen effectué par l'autorité de surveillance PP. La Commission Schmutz propose deux voies pour optimiser la surveillance dans la prévoyance professionnelle : d'une part, la création de concordats cantonaux et, d'autre part, un transfert aux cantons de la surveillance à exercer sur les institutions de prévoyance professionnelles actives aux plans national et international, qui relève actuellement de la Confédération.

Dans d'autres domaines encore, liés à la surveillance des marchés financiers, les structures institutionnelles ont été modifiées vu la rapidité des évolutions enregistrées sur les marchés financiers et la complexité croissante des tâches. La surveillance des banques, des compagnies d'assurances et d'autres intermédiaires financiers est mise entre les mains de la Surveillance fédérale des marchés financiers (FINMA). Celle des compagnies cantonales d'assurances a été confiée depuis longtemps déjà à l'Office fédéral des assurances privées (OFAP). Ces dernières années, les Commissions de gestion (CdG) des Chambres fédérales se sont elles aussi penchées à plusieurs reprises sur l'activité de surveillance, notamment en relation avec la Surveillance fédérale des fondations (surveillance exercée à l'échelon fédéral sur les fondations au sens classique du terme). Leurs travaux étaient étroitement liés à l'examen du rôle de la Confédération dans un cas particulier : la surveillance exercée par le DFI sur les trois fondations du docteur Rau, collectionneur d'art. L'examen de ce cas effectué par la CdG du Conseil des Etats (CdG-E) devait permettre de tirer des conclusions de portée générale sur l'exercice de la surveillance fédérale. C'est dans ce contexte que des questions ont été posées à propos de l'indépendance de l'autorité de surveillance. Dans son rapport, la CdG-E²⁶ demande au Conseil fédéral de soumettre le système actuel de surveillance des fondations à une évaluation approfondie. Celle-ci devra notamment examiner différentes autres formes possibles d'organisation de la surveillance fédérale, p.ex. commission administrative indépendante à pouvoir décisionnel, institution indépendante de droit public.

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 classique du terme. 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, d'autres regroupements régionaux s'imposent afin que les autorités de surveillance disposent d'un personnel suffisamment nombreux, ayant des qualifications appropriées. Pour optimiser la surveillance, la Commission Schmutz prévoit que les cantons opèrent un rapprochement par la création de concordats. Le choix de cette solution repose sur les constats suivants :

- l'autorité de surveillance doit disposer d'un volume minimum de surveillance et des ressources correspondantes pour pouvoir examiner si l'institution de surveillance, les experts et l'organe de révision accomplissent leurs tâches conformément à la loi ;
- les petits cantons doivent être intégrés dans une structure régionale de surveillance (concordat) de manière à ce qu'ils disposent d'un volume de surveillance minimal et des ressources ad hoc. Il faut toutefois noter que la Confédération ne peut pas obliger les cantons à conclure des concordats ;
- l'uniformité de la pratique de surveillance constitue un impératif décisif de la sécurité du droit, qui doit être garantie par une haute surveillance efficace.

²⁶ Aspects de la surveillance des fondations à l'exemple des fondations du docteur Gustav Rau; rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 7 avril 2006 (<http://www.parlament.ch/ko-au-gpk-bericht-20060407.pdf>).

Pour les institutions dont la surveillance était jusqu'ici exercée par les cantons, la régionalisation via la création de concordats se traduira par une uniformisation et une amélioration de la surveillance. Pour celles, actives au plan national, dont la surveillance était exercée par la Confédération, régionalisation signifie décentralisation. Il faut en effet tenir compte, pour ces dernières – essentiellement des institutions collectives et communes – qu'elles ont une structure différente et sont donc organisées autrement que les caisses de pension d'entreprise dont la surveillance est assumée par les cantons.

Dans les institutions collectives, un très grand nombre d'employeurs (parfois jusqu'à 30 000) représentant la plupart du temps des entreprises moyennes à très petites sont en rapport avec la fondation. Alors que les caisses de pension d'entreprise sont caractérisées par une forte identification de l'employeur et des employés à « leur » caisse, cette dimension fait défaut lorsque les employeurs sont affiliés à une grande institution collective : l'obligation d'affiliation à laquelle ils sont soumis est plutôt perçue comme une contrainte les liant à une institution anonyme. Le rapport de proximité manque entre une institution de prévoyance active dans l'ensemble du pays et les entreprises qui lui sont affiliées, c'est une caractéristique du genre. Les institutions collectives se distinguent en outre par une autre particularité, leur organisation à deux niveaux. Le niveau inférieur est occupé par les entreprises affiliées, chacune d'entre elles constituant sa propre caisse de prévoyance. Au niveau supérieur se trouve la fondation, dotée de compétences transversales concernant toutes les caisses affiliées. En pratique, on rencontre aussi des formes mixtes, entre l'institution commune et l'institution collective, des possibilités de placements au niveau de la fondation et à celui de la caisse de pension ; sans compter que compétences et responsabilités varient dans les institutions de prévoyance et leurs commissions administratives. Chaque institution de prévoyance a sa propre structure, impossible à reporter telle quelle sur les autres institutions. Cet état de fait peut déboucher sur des questions spécifiques : à titre d'exemples, le débat sur la parité au sein du conseil de fondation ou l'application du 3^e paquet dans les fondations collectives et communes. La diversité des structures fait que la surveillance ne sera pas la même si elle s'exerce p.ex. sur des caisses de pension d'entreprise disposant d'un plan de base et de deux plans destinés aux cadres ou sur des institutions collectives réunissant p.ex. 30 000 caisses dotées chacune d'un plan de base et d'un plan destiné aux cadres. Selon la dernière enquête exhaustive de l'Office fédéral de la statistique (2002), **256 institutions collectives et communes** regroupant **1 768 297 assurés** représentent **53 %** de tous les assurés du 2^e pilier. Si l'on répartit ces institutions entre les cantons ou les régions selon le critère du siège de la fondation, ces institutions seront désormais placées sous la surveillance de différentes autorités de surveillance régionales.

Vu les particularités qui caractérisent les institutions collectives et communes, celles-ci pourraient aussi relever d'une seule autorité de surveillance, par exemple celle du canton de Berne. L'examen de cette option (une seule autorité) serait indiqué, ne serait-ce que parce que les interfaces entre l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) seront encore plus nombreux qu'aujourd'hui, mais aux échelons régionaux cette fois. Les interfaces entre l'OFAS et l'OFAP découlent de leurs compétences respectives en matière de surveillance des institutions de prévoyance (OFAS) et des assureurs-vie (OFAP), dans la mesure où ces derniers sont actifs dans la prévoyance professionnelle. En effet, les dispositions légales sont fondamentalement différentes, et les mesures de surveillance prises par l'OFAP à l'encontre des assureurs-vie se répercutent sur les institutions de prévoyance via les contrats collectifs d'assurance.

En outre, dans la mesure, où les institutions collectives et communes fonctionnent toutes selon un modèle identique, leur surveillance par une seule et même autorité favoriserait une application uniforme des règles de surveillance et, partant, la sécurité du droit. Cette solution pourrait également faciliter la tâche des différents intervenants – par exemple les experts ou les réviseurs – qui n'auraient à traiter qu'avec une autorité de surveillance disposant d'une vision globale de la situation pour ce qui est de l'application des règles de sécurité. Enfin, cette solution permettrait de garantir une bonne accessibilité des assurés à l'autorité de sur-

veillance puisque ceux-ci, disséminés dans toute la Suisse, n'auraient qu'un seul interlocuteur à contacter.

6.1.2 Haute surveillance

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, lequel 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 destinées aux autorités de surveillance et prépare les décisions à leur rencontre.

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 édicté 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 communes²⁷

Le modèle actuel de haute surveillance a plusieurs défauts. Tout d'abord, 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 non plus des ressources nécessaires à l'exercice d'une haute-surveillance efficace.

Ensuite, la nouvelle autorité de haute surveillance doit mettre en œuvre un véritable système de surveillance. C'est à elle qu'il appartient de garantir que le régime de la prévoyance professionnelle dans son ensemble fonctionne de façon sûre et fiable. De leur côté, les autorités de surveillance exercent la surveillance directe sur les institutions de prévoyance et elles 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, car elle doit pouvoir traiter d'égal à égal avec les organisations professionnelles et les autorités de surveillance. C'est pourquoi les personnes engagées par l'autorité de haute surveillance doivent avoir des compétences professionnelles pointues.

²⁷ Directives du 10 juin 2005 sur les conditions à remplir pour créer des institutions collectives et communes.

Tâches de la future autorité de haute surveillance :

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.

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

La garantie de la qualité est une exigence qui est aussi requise 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 et conformément aux dispositions de la législation fédérale. Elle dispose des rapports de gestion des autorités de surveillance à titre d'instruments de contrôle. Elle a aussi la compétence d'adresser des directives aux autorités de surveillance dans les matières techniques et de prendre des mesures pour corriger des dysfonctionnements. 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 au groupe de cantons dont elle dépend.

L'autorité de haute surveillance peut au besoin procéder à des audits (mesure de surveillance) 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 remplacent en aucun cas le dialogue qui doit être mené en permanence entre l'autorité de haute surveillance et l'ensemble des autorités de surveillance.

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, à savoir l'application uniforme des lois fédérales sur l'ensemble du territoire suisse, 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 en particulier et, si nécessaire, de prendre des mesures pour combler les lacunes constatées. 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 de la Commission fédérale de recours (ou du Tribunal administratif fédéral)²⁸. En outre, le Tribunal fédéral lui demande d'émettre des préavis lorsque les décisions de la Commission de recours (ou du Tribunal administratif fédéral) ont fait l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral. Dans le cas de contestations au sens de l'art. 73 LPP (voie d'action), l'OFAS garde qualité pour recourir et pour rédiger des avis à l'attention des Tribunaux fédéraux.²⁹

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

²⁸ Art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTFA) ; entrée en vigueur prévue: 2007.

²⁹ Art. 103 OJ en corrélation avec l'art. 4a OPP 1.

6.2 Optimisation de la structure de surveillance

6.2.1 Autorité de surveillance

On peut conclure du catalogue de recommandations élaboré par la Commission Brühwiler que la surveillance doit être exercée par une autorité indépendante du point de vue légal, financier et administratif. A cette condition seulement, on peut garantir un contrôle du système et une surveillance des intervenants qui soient impartiaux et non soumis aux pressions politiques (page 40, recommandation 14). La recommandation 14 de la Commission Brühwiler est valable, que la surveillance soit exercée de manière décentralisée au niveau cantonal ou au moyen de concordats suprarégionaux librement conclus, ou encore de manière centralisée au niveau de la Confédération.

Actuellement, la surveillance des institutions de prévoyance est exercée directement par des autorités cantonales de surveillance et par le centre de compétences Surveillance prévoyance professionnelle de l'OFAS (art. 61 LPP). Les institutions de prévoyance de caractère national ou international (art. 3 OPP 1) sont placées sous la surveillance du centre de compétence Surveillance prévoyance professionnelle. Il s'agit en principe d'institutions collectives ou communes actives non seulement au niveau d'une région, mais dans toute la Suisse. Toutes les autres institutions sont placées sous la surveillance des cantons. Ce sont des fondations de l'entreprise, soit des entreprises ayant leur propre support juridique pour leur prévoyance, ainsi que des caisses de pension « de groupe ».

La surveillance directe des institutions de prévoyance d'envergure nationale exercée actuellement par l'OFAS est désormais 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 insolvabilité³⁰. 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 concordats³¹. Le Conseil fédéral 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.

6.2.2 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 tant sur le plan professionnel que sur celui des contenus. L'indépendance professionnelle signifie qu'elle n'est pas soumise à des directives du

³⁰ Prescription d'une année dès que le dommage est connu, cinq ans au plus tard après survenue du dommage (art. 56a, al. 2, LPP).

³¹ 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.

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 transfèrent la charge aux institutions de prévoyance. C'est aussi pourquoi l'autorité de haute surveillance ne devrait être dotée que des services essentiels.

La commission d'experts Réforme structurelle a soupesé les avantages et les inconvénients de trois modèles de structure institutionnelle qui permettraient à la haute surveillance d'effectuer ses tâches en jouissant de l'indépendance requise. Sa préférence est allée à un modèle de haute surveillance exercée par une commission dotée de son propre secrétariat, solution qui paraît aussi judicieuse au Conseil fédéral. Une commission est une unité administrative extérieure à l'administration centrale de la Confédération dont la structure convient à la taille de la Commission. Le fait que la Commission de haute surveillance soit dotée d'un secrétariat lui permettra d'effectuer ses tâches. Des commissions de ce type existent déjà ; mentionnons par exemple la Commission fédérale des banques, la Commission fédérale des maisons de jeu ou la Commission fédérale de la communication, commissions qui, il est vrai, exercent la surveillance directe dans leurs domaines, ce qui n'est pas le cas pour la commission de haute surveillance qui doit être créée.

La particularité de ces commissions, c'est que si le Conseil fédéral ne peut pas leur imposer des directives, elles doivent pour leur part lui rendre régulièrement un rapport.³² Les commissions sont nommées par le Conseil fédéral et doivent lui soumettre leur règlement pour approbation.³³ Les dispositions légales spécifient souvent que pour pouvoir devenir membre d'une commission, il faut posséder des connaissances spécialisées. De plus, les membres d'une commission ne peuvent en règle générale pas faire office d'organe d'une entreprise soumise à la surveillance de cette même commission.

La Commission de haute surveillance sera composée de 5 à 7 personnes travaillant pour elle à titre accessoire. Comme dans les autres commissions, les membres de cette commission doivent être des « experts indépendants », choisis sur la base de leurs compétences professionnelles et non de leur appartenance à une association qu'ils représenteraient. Ils ne convient pas qu'ils fassent partie d'un organe d'une association professionnelle qui soumet à l'autorité de haute surveillance des standards que cette dernière est appelée à reconnaître ni qu'ils aient collaboré à l'élaboration de ces standards. Il va de soi que ces personnes ne doivent pas non plus appartenir à une autorité de surveillance cantonale ou être membres de la Commission LPP. Les candidatures de personnes siégeant dans un conseil de fondation ou travaillant comme experts ou comme réviseurs ne devraient pas être exclues systématiquement.

Pour les tâches opérationnelles, la commission peut s'en remettre à un secrétariat. Le règlement de gestion de la Commission de haute surveillance répartit les compétences entre celui-ci et la commission. Relèveraient de la Commission de haute surveillance les questions de stratégie et de principe, les propositions au Conseil fédéral, la reconnaissance de standards, l'adoption de directives, l'agrément (non-agrément) d'entreprises ou de personnes désireuses de travailler comme réviseurs ou experts en matière de prévoyance professionnelle et le retrait de l'agrément. Il reviendrait par contre au secrétariat de préparer et d'appliquer les décisions de la commission. Il y aurait indépendance financière parce que

³² Art. 23, al. 3, de la loi sur les banques; art. 52 de la loi sur les maisons de jeu; art. 57 de la loi sur les télécommunications (l'art. 56 de cette loi précise expressément que la commission n'est soumise à aucune directive du Conseil fédéral en ce qui concerne ses décisions).

³³ Art. 23, al. 1, de la loi sur les banques; art. 46 et 47 de la loi sur les maisons de jeu; art 56 de la loi sur les télécommunications.

l'activité de la commission serait financée par des émoluments, quel que soit le modèle d'organisation choisi.

De l'avis de la commission d'experts Réforme structurelle, la Commission de haute surveillance devrait avoir un secrétariat indépendant, administrativement rattaché à l'OFAS. 8 à 10 personnes devraient y travailler (direction comprise). Mais selon le Conseil fédéral, le secrétariat de la commission devrait forcément être géré par l'OFAS pour assurer une coordination avec des autres domaines des assurances sociales et pour qu'il n'y ait pas de conflits de compétences entre la législation et l'activité de haute surveillance. Le secrétariat doit évidemment disposer de la palette entière des compétences juridiques et techniques.

Les frais de personnel de la Commission de haute surveillance (secrétariat compris) seraient remboursés à la Confédération grâce aux émoluments de surveillance. Par contre les autres tâches assumées par le secrétariat sur mandat de la Confédération devraient être exclusivement financées par des fonds de la Confédération, et non pas par des émoluments de surveillance.

La commission signera elle-même ses décisions, si bien que l'OFAS n'apparaîtra pas dans la haute surveillance.

6.3 Surveillance des institutions de prévoyance particulières

6.3.1 Compétence de la surveillance à raison du siège

A l'avenir, la compétence de la surveillance des institutions de prévoyance sera fonction du siège. Le principe du siège s'appliquait déjà jusqu'ici pour les institutions de prévoyance soumises aux autorités de surveillance cantonales. Les institutions à caractère national ou international étaient soumises à la surveillance de la Confédération, quel que soit leur siège. Ces institutions seront désormais aussi surveillées par des autorités cantonales ou régionales, en fonction de leur siège. Parce qu'elles ont une structure particulière (cf. ch. 5.1.1), les institutions collectives et communes pourraient toutefois ne relever que d'une seule région de surveillance et ne pas être réparties selon le principe du siège.

En ce qui concerne les institutions de droit public, l'indépendance politique des autorités de surveillance par rapport aux gouvernements et parlements cantonaux n'est que partielle. Des mesures d'assainissement ne peuvent par exemple être prises qu'avec l'approbation du gouvernement cantonal et, le cas échéant, du Parlement. Si l'on voulait traiter les institutions de prévoyance de droit public de la même manière que les institutions de droit privé dans ce domaine, la forme juridique des institutions de prévoyance devrait être adaptée. Ce problème sera examiné par une commission d'experts ad hoc, chargée d'étudier le financement des institutions de prévoyance de droit public.

6.3.2 Exceptions : Fonds de garantie et institution supplétive

Selon la proposition de la commission Schmutz, la surveillance du Fonds de garantie et de l'Institution supplétive doit être 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 du pouvoir de l'Etat dans les cas d'affiliation par défaut des employeurs et de 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 entraînerait un chevauchement des échelons politiques, affirme la commission Schmutz. Cette solution a donc été rejetée. En ce qui concerne tant le Fonds de garantie que l'Institution supplétive, le cumul de la surveillance directe et de la haute surveillance considéré comme problématique par la commission Schmutz n'a pas soulevé autant d'opposition, raison pour laquelle une subordination à l'autorité de haute surveillance est

prévue. Le modèle qui prévoyait de 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 rejeté.

6.3.3 Fondations de placement

Les fondations de placement sont des organisations annexes de la prévoyance professionnelle servant au placement collectif de capitaux. Selon la commission Schmutz, les fondations de ce type, qui offrent à la prévoyance professionnelle des véhicules de placement respectant les normes LPP, ont toute leur raison d'être et doivent être maintenues. Comme il n'existe pas d'arguments fédéralistes en faveur d'une surveillance régionale, la quasi-totalité des milieux professionnels ont approuvé le maintien de la surveillance centrale des fondations de placement. A cause des différences objectives et pour des raisons pratiques, la commission a jugé inopportun de soumettre les fondations de placement aux autorités de surveillance régionales, en application du principe du siège, ou de transférer la surveillance à une seule autorité de surveillance régionale en établissant des contrats de prestations. C'est pourquoi la commission a envisagé la possibilité de réglementer la surveillance des fondations de placement en même temps que celle des placements collectifs de capitaux dans la loi sur les placements collectifs (LPCC) et de soumettre les fondations de placement à la FIMA. Dans ce domaine, les éléments suivants doivent être pris en compte :

A l'heure actuelle, les fondations de placement ne sont pas régies par la loi sur les fonds de placement (LFP)³⁴. Elles ont été expressément exclues du champ d'application de la loi fédérale sur les placements collectifs (LPCC) en préparation, sur la base de la proposition faite par le DFF le 25 novembre 2004 dans le rapport présentant les résultats de la procédure de consultation, de la décision du Conseil fédéral du 3 décembre 2004 et du message du 23. septembre 2005³⁵, contrairement à ce qui était prévu dans l'avant-projet concernant la LFP mis en consultation. Lorsqu'il a traité le projet de loi sur les placements collectifs, durant la session de mars 2006, le Conseil national n'a pas remis cette option en cause. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats n'a pas non plus adopté une autre position dans ses propositions du 28 avril 2006.

Malgré tout, le Conseil fédéral pense qu'il faudrait encore examiner la solution d'une surveillance des fondations de placement par la FINMA. Cette question étant toutefois actuellement encore ouverte, deux variantes différentes sont présentées dans la LPP :

Premièrement, la variante selon laquelle les fondations de placement sont surveillées par la Commission de haute surveillance (art. 64a, al. 3); deuxièmement, la variante qui consiste à réunir toutes les fondations de placement sous la surveillance d'une seule et unique autorité de surveillance (art. 61a).

³⁴ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (LFP), RS 951.31.

³⁵ FF 2005, p. 5993 ss.

7 Commentaire des modifications de lois proposées

7.1 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. 49 al. 2

Cet article est adapté aux modifications effectuées. Le chiffre 9 est élargi (agrémentation et tâches de l'organe de contrôle), le chiffre 14 est adapté aux nouveaux articles y relatifs et le chiffre 15 peut être biffé vu l'abrogation de l'article 63a LPP.

Art. 51, al. 6 et 7

La formation des représentants des salariés et de l'employeur est une mesure importante de garantie de la qualité de la prévoyance professionnelle. La responsabilité de cette formation doit donc être définie comme une tâche de l'organe suprême et être réglée par un nouvel art. 51a, raison pour laquelle les al. 6 et 7 sont abrogés.

Art. 51a 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 attentes 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.³⁶

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.

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

Art. 52 al. 1 et 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 Contrôle

Cette disposition correspond à l'actuel art. 53 LPP. Il oblige l'institution de prévoyance à faire exercer un contrôle par un organe de révision et par un expert en matière de prévoyance professionnelle.

Art. 52b Agrémentation des organes de révision et des réviseurs

La loi sur la surveillance de la révision (LSR) règle l'agrémentation des sociétés de révision et des réviseurs qui fournissent des prestations en matière de révision dans des domaines réglementés par la loi. Elle vise à unifier et à améliorer la qualité desdites prestations. Les dispositions de la LSR visent toutes les formes de personnes juridiques à contrôler, y compris les fondations et les coopératives de droit privé ; elles ne s'appliquent aux institutions de prévoyance que 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, conformément à l'al. 4. Etant donné que les autres qualifications permettant d'être agréé encore prévues aujourd'hui à l'art. 33, let. a, c et d OPP 2 devraient être supprimées en grande partie, les critères d'agrémentation définis par la LSR coïncident avec ceux prévus jusqu'ici par l'art. 33, let. c, OPP 2.

Pour l'agrémentation, un contrôle professionnel supplémentaire par la haute surveillance est donc superflu. Celle-ci n'examine que les critères de l'exercice irréprochable de la profession et de la réputation intacte. Tant des entreprises que des personnes physiques peuvent être agréées. Les entreprises de révision doivent remplir les conditions prévues par l'art. 6 LSR.

³⁶ Art. 51, al. 5, LPP.

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 ;
- selon la *let. c*, la tâche de l'organe de révision est de vérifier si l'organe suprême a fondé sa politique de placement sur une analyse de la congruence entre actifs et passifs et si cette politique est conforme aux prescriptions légales et aux règlements en matière de placements ;
- 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 conformément aux dispositions légales et réglementaires, au titre de fonds libres ou de participation aux excédents, les gains obtenus après attribution aux provisions et réserves. Seule l'utilisation des participations aux excédents résultant des contrats d'assurance est aujourd'hui réglementée dans la loi (art. 68a LPP) ;
- la *let. f* reprend les obligations 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). Cette vérification s'impose 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 la terminologie de la Chambre fiduciaire, « Rapport de l'organe de contrôle sur la vérification des comptes annuels au ... »)* : l'organe suprême est informé brièvement de l'étendue de la vérification, de la méthode appliquée et du résultat du contrôle au moyen d'une attestation standardisée. Si la vérification ne donne lieu à aucune remarque particulière, il est établi que les comptes annuels, la gestion et le placement de la fortune, ainsi que (pour les institutions enregistrées) les comptes de vieillesse de l'institution de prévoyance satisfont aux prescriptions de la loi, des statuts et des règlements. Dans ces conditions, les vérificateurs recommandent en général d'approuver les comptes annuels. Beaucoup d'institutions de prévoyance remettent aux assurés la certification des comptes et les comptes annuels complets ; dans d'autres cas, les assurés reçoivent une information sommaire de la part de l'organe de gestion et peuvent obtenir sur demande une copie de la certification et des comptes annuels.
- *Rapports complémentaires* : souvent, la certification proprement dite est complétée par des procès-verbaux d'entretiens, une « management letter » et un rapport explicatif. Très fréquemment, ces différents documents sont remis à des destinataires distincts ; en d'autres termes, un membre de la direction ou de l'organe suprême ne dispose pas toujours de tous ces rapports. Les autorités de surveillance ne reçoivent pas ces rapports qui servent en premier lieu à la gestion opérationnelle, mais elles ont la possibilité de les exiger dans des cas particuliers. Les assurés n'y ont pas accès. Du fait de la restructura-

tion des tâches de contrôle, le contenu du rapport annuel ordinaire doit lui aussi être modifié. La mention des comptes annuels doit montrer que le rapport de l'organe de révision et les comptes annuels certifiés constituent un seul et même élément d'information.

Al. 3 : 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 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 d'annonce 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, ces constatations sont transmises, par l'intermédiaire de l'autorité de haute surveillance, à l'association professionnelle des organes de révision concernée, en vue d'obtenir une amélioration générale de la qualité.
- **Définition de domaines particuliers soumis à vérification** : 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 Agrémentation des experts en matière de prévoyance professionnelle

Une nouvelle règle est introduite : pour exercer dans le domaine de la prévoyance professionnelle, les experts en matière de prévoyance professionnelle doivent aussi obtenir préalablement l'agrément de l'autorité de haute surveillance. Là encore, tant des entreprises que des personnes physiques peuvent être agréées. Dans le cadre de la procédure d'agrémentation, les entreprises doivent prouver que tous leurs employés qui exerceront la fonction d'expert en matière de prévoyance professionnelle remplissent personnellement les conditions requises pour être agréé.

Outre les qualifications spécifiques exigées, telles que la formation professionnelle, l'expérience (pratique) professionnelle et la connaissance du droit en vigueur, les experts en matière de prévoyance professionnelle doivent jouir d'une réputation intacte et être dignes de confiance (*al. 2*).

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'agrémentation (*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'approuve pas une norme de qualité qui lui a été soumise, elle fixe elle-même les critères d'agrémentation et refuse par voie de décision de donner force obligatoire à la norme de qualité que lui ont soumise les associations professionnelles.

Les experts en matière de prévoyance professionnelle et les organes de révision sont agréés pour une durée de cinq ans. Durant ces cinq ans, l'autorité de haute surveillance peut retirer son 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'agrémentation ne sont plus remplies. L'agrément expire automatiquement au terme des cinq ans. Sur demande, l'autorité de haute surveillance examine si les conditions d'agrémentation sont toujours remplies et, le cas échéant, elle renouvelle l'agrément pour cinq ans.

Art. 52e 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 correspond à ses engagements. Il s'agit ici de la question de savoir qui est responsable de l'analyse de congruence entre actifs et passifs. 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 et passifs. L'expert en matière de prévoyance professionnelle doit apprécier correctement les passifs pour évaluer s'il y a adéquation 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). L'expert doit remplir en premier lieu une fonction de coordinateur, et 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. Il doit intervenir lorsque l'organe suprême ne donne pas suite auxdites recommandations. Si l'organe suprême ne suit pas ses recommandations, l'expert en informe l'autorité de surveillance.

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 64b, al. 3, let. b. 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. 53 Contrôle

L'art. 53 peut être abrogé, car ces dispositions sont remplacées par celles des nouveaux art. 52a à 52d.

Art. 61 Autorité de surveillance

Par rapport à la LPP actuelle, *l'al. 1* n'est que peu modifiée. Elle reprend la proposition de la commission «Réforme structurelle» de donner la possibilité aux cantons de former des régions de surveillance. La formation d'une région de surveillance est particulièrement indiquée lorsque certains cantons ne peuvent, faute de ressources, satisfaire seuls aux exigen-

ces légales posées à l'autorité de surveillance. Comme jusqu'à présent, cette disposition s'applique non seulement aux institutions enregistrées au sens de la LPP mais aussi à toutes les institutions dont le but est la prévoyance. Elle vise tant les institutions de droit public ou de droit privé actives au niveau régional, national ou international. C'est toujours le principe du siège qui prévaut, à savoir que le canton responsable de la surveillance est celui sur le territoire duquel l'institution de prévoyance a son siège.

L'al. 2 a donné au Conseil fédéral la compétence de fixer les conditions pour la surveillance des institutions de prévoyance ainsi que des institutions qui servent à la prévoyance qui relèvent de la Confédération. Elle doit être biffée étant donné que dans le présent projet de loi, ces institutions ne sont plus soumises à une autorité administrative fédérale mais à une surveillance cantonale ou régionale.

L'al. 3 concrétise le principe fondamental que l'autorité de surveillance, quelle soit cantonale ou régionale, doit être indépendante sur le plan légal, financier et administratif. Elle satisfait ainsi au vœu de la commission «Optimisation»³⁷. Il n'y a aucune raison si l'on exige l'indépendance de l'autorité exerçant la haute surveillance qu'il n'en soit pas de même pour ce qui est de la surveillance cantonale. Là également des risques de collusions ou des conflits d'intérêts existent au niveau des cantons. En effet, par ex, les autorités cantonales exercent la surveillance sur les institutions de prévoyance de droit public, qui, par définition, dépendent également d'un service administratif cantonal (en général le service cantonal des finances). A l'heure actuelle, les personnes chargées de la surveillance sont en principe également soumises au personnel de l'administration cantonale et, par conséquent, aux directives de cette dernière. Elles ne disposent donc pas de la liberté nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches (budget, limitation du personnel, etc). La formulation de cette disposition laisse cependant au législateur cantonal une certaine liberté d'appréciation quant aux moyens permettant de délimiter cette autonomie. En particulier, dans les domaines telles que l'obligation de rapporter sur l'exercice de la surveillance, l'approbation de la nomination des personnes responsables, la rémunération du personnel, la manière de fixer les taxes d'émolument, ainsi qu'aux formes juridiques envisageables d'autorité décentralisée. Elle instaure néanmoins, au vu du rôle et des exigences grandissantes de la surveillance dans l'application de la prévoyance professionnelle ainsi que de la nature de l'activité de surveillance relevant de la puissance publique, une norme qui définit clairement dans quel domaine doit s'exercer cette autonomie. Ainsi, il est impératif que l'autorité de surveillance ne soit pas soumise à des directives administratives ni que son personnel relève de la politique budgétaire du canton. Ce n'est qu'ainsi qu'on peut garantir un contrôle du système et une surveillance des intervenants qui soient impartiaux et non soumis à des pressions politiques.

Il s'agit par l'al. 4 de garantir les compétences professionnelles des personnes chargées de la surveillance. Elle découle également de la recommandation 14 de la commission «Optimisation» précitée. L'autorité de surveillance doit en particulier disposer des connaissances techniques nécessaires à l'évaluation de la gestion et de l'activité de placement de l'institution de prévoyance, notamment dans les domaines de la prévoyance professionnelle, du marché financier, de la gestion de fortune et de l'économie d'entreprise. Ces connaissances sont une condition posée à l'exercice d'une activité de surveillance essentiellement préventive. Elles constituent d'une certaine manière une extension des compétences nécessaires jusqu'ici. Il va également de soi que plus la tâche de vérification exercée par les autorités de surveillance est large et plus les exigences relatives aux qualifications des autorités de surveillance devront être plus élevées. Au même titre que pour les experts et les organes de contrôle qui doivent, en principe, satisfaire aux conditions fixées par la commission de haute surveillance, les exigences dans l'exercice de la surveillance devront également être clairement définies dans la réglementation cantonale.

³⁷ Cf recommandation 14 de la commission d'experts „Optimisation de la surveillance dans la prévoyance professionnelle“, Avril 2004, p. 40.

La LPP ne contient pas de disposition particulière régissant la responsabilité des autorités de surveillance. L'article 52 LPP ne concerne que les organes de l'institution de prévoyance. Ce sont par conséquent les règles ordinaires sur la responsabilité découlant des articles 41ss CO qui s'appliquent, sous réserve que les cantons n'ont pas édicté de dispositions spécifiques à cet effet. En raison de l'autonomie conférée de par la loi à l'autorité de surveillance, des nombreuses tâches qui lui sont dévolues, il sied également de délimiter la responsabilité cantonale ou de l'organisme chargé de la surveillance régionale de manière uniforme. Il ressort en premier lieu de l'al. 5 que la responsabilité primaire incombe aux cantons. Ce principe est dicté avant tout en raison du fait que l'autorité de surveillance exerce une tâche de droit public en lieu et place de la corporation de droit public dont elle découle. Elle reprend d'autre part les critères de l'article 70 LAVS et elle assure par conséquent une coordination voulue entre le premier et le deuxième pilier. Cette disposition précise en outre que le délai de prescription du droit à la réparation du dommage est de cinq ans et qu'il commence à courir dès le moment où l'institution de prévoyance lésée a eu connaissance du dommage. Elle établit ainsi une égalité de traitement avec les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle d'une institution de prévoyance, lesquelles sont soumises au même délai de prescription, conformément à l'article 52, 2^e alinéa, LPP.

Art. 61a Variante: Surveillance des institutions collectives ou communes et des fondations de placement

L'art. 61a est une variante telle que décrite au point 6.1.1. La surveillance de toutes les institutions collectives ou communes est exercée par une autorité de surveillance cantonale ou régionale existante. Cette solution ne prévoit plus la distinction entre une activité nationale ou uniquement régionale d'une institution. Si dans un cas exceptionnel, la surveillance par cette autorité ne s'avérait pas indiquée, celle-ci peut décider de ne pas surveiller cette institution et de l'attribuer à une autre autorité.

Art. 62 Tâches

L'al.1, par rapport à l'ancienne teneur, donne une nouvelle tâche à l'autorité de surveillance, qui consiste à veiller à ce que les experts en matière de prévoyance professionnelle ainsi que les organes de révision se conforment aux prescriptions légales. L'autorité de surveillance ne prend donc plus simplement connaissance des rapports de l'organe de contrôle ou de l'expert, conformément à la lettre c de cette disposition. En outre, conformément à l'article 62, 1^{er} alinéa, lettre d, LPP, si elle constate des insuffisances, elle est tenue de prendre des mesures propres à les éliminer.

L'obligation d'employer la fortune de prévoyance conformément à son but n'est aujourd'hui formulée que dans le droit des fondations (art. 84, al. 2, CC). D'autre part, pour ce qui est des institutions de prévoyance sous forme de fondation, qui est la forme la plus utilisée dans la pratique, l'article 89bis CC précise au 6^e alinéa que les articles 61 et 62 LPP s'appliquent aussi à la prévoyance hors-obligatoire. De même, dans le cadre de la prévoyance plus étendue, le nouvel article 49, 2^e alinéa, ch. 16 LPP, suite à la 1^{ère} révision LPP, se réfère également aux dispositions de la LPP sur la surveillance. En revanche, même si la société coopérative n'est guère utilisée dans la prévoyance professionnelle, pour les institutions de prévoyance qui, selon l'article 48, 2^e alinéa, LPP, ont opté pour cette forme juridique, il convient de s'assurer, en l'absence de disposition particulière afférente au droit de la société coopérative, à ce que la fortune de prévoyance reste affectée à son but. La modification proposée permet donc à l'autorité de surveillance de veiller au respect de ce but, indépendamment de la forme juridique de l'institution de prévoyance.

En pratique, avant l'inscription au registre du commerce d'une institution de prévoyance, le préposé requiert de l'autorité de surveillance compétente une approbation formelle de conformité à la loi des statuts et règlements. Le complément apporté au lettre a ne fait donc que concrétiser ce qui existe déjà dans la pratique. Il renforce ainsi légalement le pouvoir

d'examen de l'autorité de surveillance aussi aux statuts de l'institution de prévoyance. A noter que la notion de statuts s'applique aussi bien à la fondation qu'à l'acte constitutif de la société coopérative conformément aux articles 830ss CO.

Le nouvel al. 1 généralise à toutes les institutions de prévoyance le principe de l'utilisation conforme de la fortune de prévoyance. Il n'est donc plus nécessaire de prévoir, comme dans la teneur actuelle de cette disposition, un renvoi expresse à l'article 84 alinéa 2 CCS.

L'al. 2 se réfère également aux articles 86a et 86b CC. Ces dispositions du CC sont nouvelles et elles n'avaient pas encore force obligatoire lors de l'entrée en vigueur de la 1^{ère} révision LPP. Elles viennent compléter les circonstances liées à la modification du but de la fondation en rapport avec le rôle de l'autorité de surveillance.

Art. 62a 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*). C'est aussi la raison pour laquelle l'article 62, 1^{er} alinéa, lettre c, LPP fixe expressément le principe qu'il appartient à l'autorité de surveillance de prendre connaissance des rapports de l'organe de révision et de l'expert. Si elle les juge concluants, elle n'a pas besoin de prendre d'autres mesures. En cas de doute, elle peut ordonner une ou plusieurs des mesures énumérées à *l'al. 2*. Celles-ci sont classées selon la gravité de l'intervention dans le domaine de compétence des organes concernés. La plus clémente est le droit qu'a l'autorité de surveillance de demander des 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. A noter également que la formulation de cette disposition permet de mettre les coûts supplémentaire de surveillance non seulement à la charge des institutions de prévoyance au sens strict mais aussi à l'encontre des institutions qui servent à la prévoyance.

Art. 63a Emoluments

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

Art. 64 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 commissions³⁸. Elle est compo-

³⁸ Ordonnance du 3 juin 1996 sur les commissions extra-parlementaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération, RS 172.31.

sée de cinq à sept membres, qui doivent être des spécialistes indépendants. Cette exigence d'indépendance sera 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.

La commission dispose de son propre secrétariat. Etant donné que l'objectif visé est une haute surveillance forte, la commission doit se concentrer sur les questions fondamentales et déléguer les affaires courantes à son secrétariat. Les affaires pouvant être déléguées et la manière dont est réglé le droit de signer sont précisées dans un règlement concernant l'organisation et la gestion de la commission, qui doit être approuvé par le Conseil fédéral (Art. 64c).

Art. 64a Tâches de la Commission de haute surveillance

Alors que les autorités de surveillance cantonales exercent la surveillance sur les diverses institutions de prévoyance, l'autorité de haute surveillance a la responsabilité de surveiller le système lui-même.

L'al. 1, *let. a et b*, règle 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 et émet à cette fin des directives à l'intention des autorités de surveillance cantonales. Elle porte également son attention à ce que les autorités de surveillance désignées par les cantons examinent le respect des dispositions liées au domaine fiscal de la LPP, notamment de l'OPP2, dans les règlements de prévoyance et assurent l'uniformité de leurs applications dans tous cantons. Cet examen est essentiel pour les autorités fiscales. Ces directives peuvent être de nature générale ou ne s'adresser qu'à une autorité de surveillance donnée. L'autorité de haute surveillance n'est cependant pas habilitée à émettre des directives pour des cas particuliers. Au cas où une autorité de surveillance ne se conforme pas aux directives de 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. b*, 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 cantonale et s'adresse à l'instance dont dépend cette autorité si elle fait des constatations qui l'amènent à douter de la qualité de l'autorité de surveillance. 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 Confédération³⁹. 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. 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.

³⁹ 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).

La *let. c* vise la Surveillance de la stabilité financière du système. La haute surveillance a la compétence de procéder à un monitoring et de faire propositions au Conseil fédéral concernant les mesures en vue de garantir la stabilité de la prévoyance professionnelle.

Les *let. d à f* 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 est donc souhaitable que des normes et des règles communes soient élaborées dans les domaines où œuvrent plusieurs associations. Tant la reconnaissance que le refus de reconnaître des règles ou des normes doivent être consignés dans une décision.

Les relations de l'autorité de haute surveillance avec les experts en matière de prévoyance professionnelle et les organes de révision sont réglementées à les *let. g et i*. Les directives que l'autorité de haute surveillance peut émettre à l'intention des experts et des organes de révision sont seulement de nature générale. On peut penser par exemple à des directives concernant les domaines particuliers à contrôler une année donnée lors de la révision des institutions de prévoyance.

Si elle ne reçoit pas de directives du Conseil fédéral, la commission doit néanmoins lui rendre des comptes. C'est pourquoi elle lui présente chaque année un rapport d'activité (*al. 2*).

Selon l'*al. 3*, 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 insolvable et le versement de subsides aux institutions de prévoyance dont la structure d'âge est défavorable, il fait office de centrale pour les avoirs oubliés et d'organisme de liaison dans le cadre de l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et la CE. Le Fonds de garantie assume clairement des tâches fédérales et doit donc être soumis à la surveillance d'une instance fédérale. Ensuite, l'Institution supplétive est bien une institution de prévoyance, mais elle assume aussi des tâches de droit public, puisqu'elle est chargée de veiller à ce que les employeurs se conforment à l'obligation de s'affilier. Dans ce domaine, elle rend aussi des décisions fondées sur le droit fédéral. C'est pourquoi elle doit elle aussi être surveillée par une autorité fédérale. Par ailleurs, la surveillance des fondations de placement doit également être rattachée à la Commission de haute surveillance (voir les considérations exposées au ch. 6.3.3.).

Art. 64b Secrétariat de la Commission de haute surveillance

L'*al. 1* prévoit que le secrétariat est tenu par l'OFAS. C'est la solution la plus raisonnable pour des motifs de coordination et pour éviter des conflits de compétences. Elle permet aussi de garantir le maintien du lien entre les trois piliers qui déterminent le système de la prévoyance. Le secrétariat est géré et dirigé par l'OFAS.

D'après l'*al. 3*, le secrétariat est chargé des affaires courantes. Dans le détail, ses tâches résultent du règlement concernant l'organisation et la gestion de la commission.

Les tâches du secrétariat sont notamment les suivantes :

- Il vérifie les comptes annuels des autorités de surveillance et procède aux audits en cas de besoin.
- Il prépare les affaires de la commission, lui soumet des propositions et exécute ses décisions. En particulier, il prépare à l'intention de la commission des directives en vue d'assurer l'uniformité de la pratique de la surveillance et il rend des décisions sur la reconnaissance de normes de qualité et de standards professionnels, ainsi que sur l'agrément de réviseurs et d'experts en matière de prévoyance professionnelle. Il forme en outre des recours contre des décisions de la Commission fédérale de recours⁴⁰ (et, par la suite, du Tribunal administratif fédéral⁴¹) et il rédige des avis à l'intention des plus hautes cours fédérales lorsque des recours ont été déposés contre des décisions de la Commission fédérale de recours (ou du Tribunal administratif fédéral).
- Il est en contact direct avec les acteurs du système, les tiers et les autorités, il leur donne son avis et les conseille sur des questions liées aux tâches de la Commission de haute surveillance. Il est chargé en outre de la publication des communications spécialisées en la matière.

Ne font en revanche pas partie des tâches du secrétariat de la Commission de haute surveillance la préparation et la mise en œuvre de projets de loi ou d'ordonnance, les recours et les avis dans le cadre de la procédure prévue par l'art. 73 LPP (contestations), la collaboration avec des organisations internationales, la tenue du secrétariat de la Commission LPP ; il ne lui appartient pas non plus de répondre à des questions posées par des associations, des avocats ou des assurés sur des thèmes sans rapport avec les tâches de la commission ou de préparer l'adaptation des paramètres techniques.

Art. 64c Organisation et coûts

La commission édicte un règlement concernant son organisation et sa gestion; ce règlement doit être approuvé par le Conseil fédéral (al.1).

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. 2). Doivent payer des émoluments les autorités cantonales de surveillance, le Fonds de garantie et l'Institution supplétive, ainsi que les fondations de placement. 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, en ce qui concerne la surveillance directe selon l'art. 64a, al. 3, LPP, sur la base de la fortune et éventuellement du nombre de compartiments d'investissement. Le Conseil fédéral édictera un règlement sur les émoluments.

Art. 65 al. 4

Aux termes de l'art. 6, let. a, OPP 1, l'institution de prévoyance doit établir qu'elle dispose de garanties pour sa situation financière. Le Conseil fédéral a précisé cette disposition dans ses directives du 10 juin 2005 sur les conditions requises pour la 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 régie dans

⁴⁰ Art. 74 LPP.

⁴¹ Art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), qui entrera en vigueur en 2007.

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. 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. 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. L'art. 74 sera modifié après l'entrée en vigueur de la loi sur le Tribunal administratif fédéral.

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.

7.2 Modifications du CC

L'article 89^{bis} est adapté aux modifications apportées en rapport avec le contrôle de l'activité de prévoyance (agrémentation et tâches des organes de révision et des experts en matière de prévoyance professionnelle), la surveillance (instruments de surveillance, Commission de haute surveillance) et la sécurité financière (capital de départ et garantie pour les nouvelles institutions de prévoyance).

7.3 Dispositions transitoires

L'abandon de la surveillance fédérale sur les institutions de prévoyance à caractère national ou international et la reprise de cette surveillance par des autorités cantonales ou régionales nécessitent d'abord un renforcement de l'infrastructure des autorités en question. C'est pourquoi un délai transitoire de trois ans est prévu pour ce passage de témoin.

8 Conséquences

8.1 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération et les cantons

8.1.1 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.

8.1.2 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 ⁴² (12 postes selon liste du personnel autorisé)	240
Total	2'031

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 ³⁹ (18 postes selon liste du personnel autorisé)	360
Sous-total	2'920
./. Recettes (Emoluments de surveillance ⁴³)	2'200
Total	720

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

8.1.3 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 directe⁴⁴.

8.1.4 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

⁴² 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 20'000 fr. par poste de l'effectif autorisé.

⁴³ Selon budget 2005.

⁴⁴ Toutes catégories confondues, les institutions actuellement sous surveillance fédérale directe représentent un total légèrement supérieur à 200.

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 :

**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 ⁴⁵	290
Charges salariales du secrétariat permanent (8 postes ⁴⁶)	1'280
Charges d'employeur pour le secrétariat permanent ⁴⁷	160
Charges liées aux places de travail du secrétariat	160
Total	1'890

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.

⁴⁵ 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 fr. au titre des salaires, 7'000 à 8'000 fr. au titre des charges sociales d'employeur, et 5'000 à 6'000 fr. pour les frais. Le poste à plein temps du président est estimé à 160'000 fr.

⁴⁶ Estimation fondée sur une moyenne de 160'000 fr. par collaborateur compte tenu des exigences et des profils nécessaires.

⁴⁷ Estimation fondée sur une moyenne de 20'000 fr. par collaborateur.

Compte tenu des transferts de charges qu'elles induiront, les nouvelles structures de surveillance se traduiront globalement par des économies pour la Confédération, comme l'indique le tableau ci-dessous :

Economies et recettes supplémentaires pour la Confédération

Nature	Montant en milliers 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

8.1.5 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 récapitule l'ensemble des différentes charges :

1.	Commission de haute surveillance et secrétariat permanent	Charges (en milliers de fr.)	
1.1	Indemnités pour les membres de la Commission ⁴⁸	290	
1.2	Charges salariales du secrétariat permanent (8 postes affectés spécifiquement aux activités de haute surveillance) ⁴⁹	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	<u>1'890</u>
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 ⁵⁰	2'200	
2.2	Charges d'employeur pour les 15,4 postes	360	
2.3	Coûts des 15,4 places de travail	308	<u>2'868</u>
	Total global		4'758

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

- Auprès des organismes régionaux et cantonaux de surveillance, du Fonds de garantie et de l'institution supplétive à hauteur de 1,89 millions de francs pour assurer le fonctionnement de la commission de haute surveillance et de son secrétariat ;
- Auprès 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.

⁴⁸ 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 fr. au titre des salaires, 7'000 à 8'000 fr. au titre des charges sociales d'employeur, et 5'000 à 6'000 fr. pour les frais. Le poste à temps plein du président est estimé à 160'000 fr.

⁴⁹ Estimation fondée sur une moyenne de 160'000 fr. par collaborateur compte tenu des exigences et des profils nécessaires.

⁵⁰ Par analogie aux coûts actuels.

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 8'134 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 2001⁵¹ 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 siège⁵². 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.
- Une variante additionnelle évoquée dans le Rapport consisterait à attribuer la surveillance directe des institutions actives au plan national et international à une entité (cantonale ou régionale) unique de surveillance. Ladite variante se traduirait par le transfert à ladite entité de l'ensemble des charges liées aux postes de travail requis et aux charges qui leur sont liées. Dans cette hypothèse, le volume des charges à prévoir ne serait en principe pas modifié pour ce qui est des charges salariales et des charges liées aux places de travail. En revanche, il apparaît clairement que la création d'une telle entité comportant 15,4 postes de travail (par analogie à la situation actuelle) nécessiterait des frais de localisation et de locaux supplémentaires, les collaborateurs n'étant pas répartis entre plusieurs autorités de surveillance directe existantes mais regroupés dans la nouvelle entité à créer. A priori, on peut écarter l'hypothèse que cette dernière puisse être localisée dans les locaux d'une autre autorité régionale ou cantonale de surveillance.

8.2 Conséquences économiques

8.2.1 Données économiques

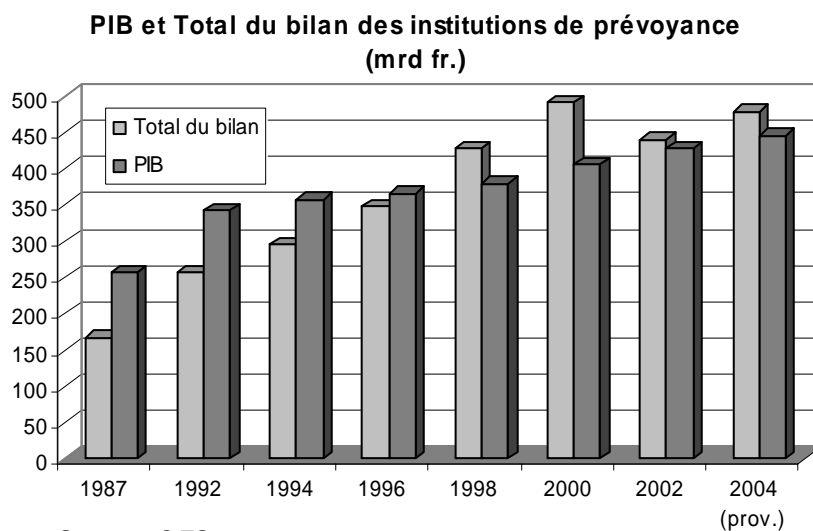
Selon les données publiées par l'OFS, la prévoyance professionnelle dans son ensemble concernait en 2002 un total de 3,31 millions personnes actives assurées auprès de 8'134 institutions de prévoyance.

⁵¹ 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).

⁵² Les cantons de Berne, Zurich et Bâle-Ville seront particulièrement concernés.

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 atteint 475 milliards en 2000. Le recul a été brutal à la suite du choc boursier des années 2001 et 2002, avec une baisse à 423,1 milliards. Le redressement intervenu sur les marchés en 2003 se traduit dans les chiffres (encore provisoires) de 2004, avec un total du bilan qui s'est établi à 479 milliards. Le tableau ci-dessous montre l'évolution comparée du bilan global des institutions de prévoyance et du PIB.



8.2.2 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 (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.

8.3 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 résultant des changements structurels prévus en matière de haute surveillance et de surveillance directe ont été décrits plus haut. Il convient encore de rappeler que le projet prévoit également de renforcer les exigences de qualité non seulement à l'échelle des organes de gestion des institutions de prévoyance, mais aussi en ce qui concerne les tâches et responsabilités des experts et des organes de révision. On peut à cet égard s'attendre à ce que les renforcements visés ne soient pas neutres au plan des coûts et se traduisent plutôt par des charges supplémentaires pour les institutions de prévoyance. Les principaux éléments suivants peuvent être mentionnés à ce titre:

- La transposition à l'échelle de la loi des dispositions actuelles de l'OPP 2 relatives à la sécurité et à la répartition des risques, au rendement et aux liquidités auront pour effet de confirmer et renforcer les responsabilités fondamentales de l'organe paritaire de gestion. Or, la complexité grandissante de la gestion des institutions de prévoyance a déjà engendré une tendance confirmée à externaliser certaines tâches, en particulier en ce qui concerne les stratégies de placement. Dans bon nombre d'institutions de prévoyance, la prise de décisions stratégiques (allocations d'actifs) intervient à l'échelon de l'organe suprême de gestion, ce dernier étant 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 combinées⁵³.
- La (ré)affirmation dans la loi du principe central des analyses de congruence entre actifs et passifs (ALM) en tant qu'élément-clé de la définition de la stratégie de placement concourt également à renforcer le recours à des compétences externes à titre onéreux.
- Le renforcement des tâches et responsabilités des experts et des organes de révision pourrait également se traduire par une augmentation des coûts facturés aux institutions de prévoyance. Dans la mesure où les interventions des experts et des organes de révision ne font pas l'objet de tarifs publiés, il n'est pas possible de déterminer une augmentation de coûts précise.

Il y a dès lors lieu de s'attendre à des suppléments de coûts liés aux exigences accrues en matière de gestion des institutions de prévoyance. Comme pour les transferts de charges résultant des nouvelles structures de surveillance, il faut s'attendre à ce que les institutions de prévoyance les reportent en partie sur les assurés et employeurs.

8.4 Possibles effets macro-économiques du projet

Les reports de charges explicités ci-dessus pourraient avoir des effets négatifs sur les revenus disponibles tant des actifs que des employeurs. Ces effets négatifs pourraient se répercuter défavorablement sur la consommation et les investissements et se traduire par une diminution des recettes au titre des impôts fédéraux, cantonaux et communaux sur les revenus. Bien qu'il ne soit pas possible de quantifier ces effets, il convient d'en relativiser la portée dans la mesure où le projet vise davantage à renforcer et systématiser le recours à des instruments de gestion existants plutôt qu'à en introduire de nouveaux. L'accroissement des charges pour les assurés et employeurs devrait dès lors rester limité. 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 augmentations de coûts.

Il n'est par ailleurs pas exclu que le projet renforce en partie la tendance déjà confirmée de la concentration dans la prévoyance professionnelle. Les statistiques successives publiées par l'OFS sur les caisses de pension montrent en effet une diminution continue de leur nombre⁵⁴. Compte tenu des caractéristiques du phénomène de concentration, on peut s'attendre à de nouvelles diminutions du nombre d'assurés dans les institutions de petite taille, respectivement à de nouvelles augmentations dans les institutions de grande taille. Ce processus devrait également contribuer à limiter les frais de gestion par assuré.

8.5 Effets à long terme visés par le projet

Les renforcements prévus 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.

⁵³ Cf Lusenti Patners, « Placements des investisseurs institutionnels suisses 2002–2003 », p.64.

⁵⁴ Depuis 1987, le nombre des institutions de prévoyance a diminué de moitié.

- 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 mieux géré 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 financiers⁵⁵ 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.

9 Rapport avec le programme de législature

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

10 Relations avec le droit européen

Dans le cadre des accords bilatéraux avec l'Union européenne, la Suisse a repris le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Ce règlement vise uniquement la prévoyance vieillesse légale et non pas la prévoyance surobligatoire. En outre, il ne concerne que la coordination des différents régimes d'assurances sociales, l'aménagement de ces régimes demeurant de la compétence des états.

D'autre part, la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle a été réglementée dans une directive séparée⁵⁶, la Directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle. Cette directive ne fait toutefois pas partie de l'acquis communautaire repris par la Suisse. De plus, elle ne s'appliquerait que pour la prévoyance surobligatoire et non dans le domaine obligatoire.

Au surplus, le droit européen – à savoir le droit de la Communauté européenne et le droit du Conseil de l'Europe - ne comporte pas de normes auxquelles le présent projet est susceptible de contrevenir.

⁵⁵ Bien que la part des placements des institutions de prévoyance à l'étranger soit en progression régulière, le volume de leurs placements en Suisse correspondait à plus de 292 milliards en 2002 (soit 66,5 % du total des placements).

⁵⁶ JOUE 2003, L 235/10 ss.

11 Bases juridiques

11.1 Conformité constitutionnelle

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

11.2 Délégations de compétences législatives

L'article 97, 1^{er} alinéa, LPP donne déjà au Conseil fédéral la base légale nécessaire en vue d'arrêter la réglementation et les dispositions propres à la mise en œuvre de la prévoyance professionnelle. Le présent projet prévoit de déléguer expressément au Conseil fédéral les compétences suivantes dans le cadre de la LPP:

- art. 52c, al. 5, LPP : délégation de régler la relation entre l'organe de révision et les associations professionnelles avec les autorités de surveillance et l'autorité de haute surveillance;
- art. 52e, al. 3, LPP: délégation de régler la relation entre l'expert en matière de prévoyance professionnelle et les associations professionnelles avec les autorités de surveillance et l'autorité de haute surveillance;
- art. 64a, al. 3, LPP: dispositions d'exécution permettant de couvrir les coûts administratifs afférents au fonctionnement de la commission de haute surveillance et de son secrétariat;
- art. 64c, al. 2, LPP: compétence d'édicter des prescriptions quant à la couverture des frais résultant de la surveillance du fonds de garantie et de l'institution supplétive par la commission de haute surveillance.

12 Bases juridiques

Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalides

(LPP) (réforme structurelle)

Modifications du ...

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu le message du Conseil fédéral du ...

arrête:

I

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalides (LPP)⁵⁷ est modifiée comme suit:

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)⁵⁸.

Art. 49, al. 2, ch. 9, 14 et 15

² Lorsqu'une institution de prévoyance étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, seules s'appliquent à la prévoyance plus étendue les dispositions régissant:

9. agrément et tâches des organes de contrôle (art. 52a à 52e),
14. surveillance (art. 61 à 64b),
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 Il remplit les tâches suivantes, qui sont intransmissibles et inaliénables:

- 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. définition des bases techniques déterminantes;
- e. définition de l'organisation de l'institution de prévoyance;

⁵⁷

RS 831.40

⁵⁸

RS 831.42

- 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 Il peut répartir entre ses membres, pris individuellement ou groupés en comités, la charge de préparer et d'exécuter ses décisions ou de surveiller certaines affaires. Il veille à ce que ses membres soient convenablement informés.

⁴ Il peut décider que ses membres perçoivent de l'institution de prévoyance une indemnité équitable pour la participation à des séances et à des cours de formation.

Art. 52, al. 1 et 4

¹ Les personnes chargées de l'administration ou de la gestion de l'institution de prévoyance et les experts en matière de prévoyance professionnelle répondent du dommage qu'ils lui causent intentionnellement ou par négligence.

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

Art. 52a Contrôle

¹ L'institution de prévoyance désigne un organe de révision qui vérifie chaque année la gestion, les comptes et les placements.

² L'institution de prévoyance chargera un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle de déterminer périodiquement:

- a. si l'institution de prévoyance offre en tout temps 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.

³ L'al. 2, let. a, ne s'applique pas aux institutions de prévoyance soumises à la surveillance des assurances.

Art. 52b Agrément des organes de révision et des réviseurs

¹ Les organes de révision et les réviseurs en matière de prévoyance professionnelle doivent être agréés par la Commission de haute surveillance (art. 64).

² Pour pouvoir obtenir l'agrément de la Commission de haute surveillance, les organes de révision et les réviseurs doivent être agréés en qualité d'experts-réviseurs ou d'entreprise de révision conformément à la loi fédérale sur la surveillance de la révision⁵⁹.

³ L'agrément est limité à cinq ans; il est renouvelable.

⁴ Pour renouveler son agrément, la Commission de haute surveillance se borne à contrôler que la profession est exercée de manière irréprochable et que la réputation est intacte.

Art. 52c Tâches de l'organe de révision

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 l'adéquation des placements aux 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 du contrat 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 communiquées 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 ou le refus des comptes annuels qui doit être jointe au rapport.

⁵⁹ RS 935.71

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, les organes de révision et leurs associations professionnelles et, de l'autre, les autorités de surveillance et la Commission de haute surveillance.

Art. 52d Agrément des experts en matière de prévoyance professionnelle

¹ Les experts en matière de prévoyance professionnelle doivent être agréés par la Commission de haute surveillance.

² L'agrément repose sur les critères suivants:

- a. formation professionnelle et expérience professionnelle;
- b. connaissance des plus récentes dispositions légales suisses en la matière;
- c. réputation intacte et fiabilité.

³ La Commission de haute surveillance déclare contraignantes les règles déontologiques qui définissent plus précisément l'aptitude et qui sont à prendre en considération pour un agrément. Le cas échéant, elle définit elle-même des critères d'agrément.

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

Art. 52e Tâches de l'expert en matière de prévoyance professionnelle

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

- a. si l'institution de prévoyance offre en tout temps 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 entre autres à l'organe suprême des recommandations:

- a. sur le niveau du taux d'intérêt technique;
- b. sur les mesures à prendre en cas de découvert.

Si l'organe suprême ne suit pas ses recommandations, l'expert en informe l'autorité de surveillance.

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

Art. 53 Contrôle

Abrogé

Titres précédant l'art. 61

Titre troisième: Surveillance et haute surveillance

Chapitre 1: Surveillance

Art. 61 Autorité de surveillance

¹ Les cantons désignent l'autorité chargée d'exercer la surveillance sur les institutions de prévoyance et sur les institutions qui servent à la prévoyance ayant leur siège sur son territoire. Les cantons peuvent former des régions de surveillance.

² *Abrogé*

³ L'autorité chargée d'exercer la surveillance conformément à l'al. 1 doit être indépendante sur le plan légal, financier et administratif.

⁴ Les cantons ou l'organisme chargé de la surveillance régionale doivent veiller à ce que les autorités de surveillance disposent des compétences requises pour accomplir leurs tâches conformément à la loi.

⁵ Les cantons ou l'organisme responsable de la surveillance régionale répondent des dommages causés par des actes punissables ou par une violation des prescriptions intentionnelle ou due à une négligence grave, commise par l'autorité de surveillance. Le droit à réparation s'éteint dans un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle l'institution de prévoyance lésée a eu connaissance du dommage.

Variante autorité de surveillance unique

Art. 61a Surveillance des institutions collectives ou communes et des fondations de placement

Les institutions collectives ou communes ainsi que les fondations de placements sont subordonnées à une seule autorité de surveillance. La commission de haute surveillance peut décider, dans des cas exceptionnels, de ne pas attribuer une telle institution ou fondation sous cette surveillance mais de l'attribuer à une autre autorité de surveillance.

Art. 62, al. 1, phrase introductive et let. a, et 2

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;

² Elle exerce aussi pour les fondations les attributions prévues par les art. 85 et 86 à 86b du code civil suisse.

Art. 62a Moyens de surveillance

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 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 ou certains de ses membres;
- 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. Les coûts liés à la nomination ou à la révocation selon l'alinéa 2, lettre h, sont à la charge de l'organe de révision ou de l'expert concerné.

Art. 63a Emoluments

Abrogé

Titre précédant l'art. 61

Chapitre 2: Haute surveillance

Art. 64 Commission de haute surveillance

¹ Le Conseil fédéral nomme une Commission de haute surveillance (commission) 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 règles déontologiques déclarées contraignantes par la commission.

² Pour prendre ses décisions, la commission ne reçoit de directives ni du Conseil fédéral ni du Département fédéral de l'intérieur. Dans son règlement, la commission peut déléguer certaines compétences au secrétariat.

³ Les frais de la commission sont couverts par des émoluments administratifs perçus auprès des autorités de surveillance. Le Conseil fédéral règle les modalités.

Art. 64a Tâches de la Commission de haute surveillance

¹ La commission exerce la haute surveillance sur les autorités de surveillance. Elle accomplit notamment les tâches suivantes:

- a. elle garantit que les autorités de surveillance exercent leur activité de manière uniforme; elle peut émettre des directives à cette fin;
- b. elle examine les rapports annuels des autorités de surveillance; elle peut procéder à des inspections auprès des autorités de surveillance;
- c. elle contrôle la stabilité financière de la prévoyance professionnelle et soumet au besoin au Conseil fédéral les mesures nécessaires pour assurer cette stabilité;

- d. elle peut reconnaître force obligatoire aux standards professionnels;
- e. elle peut reconnaître force obligatoire aux normes de qualité d'associations professionnelles;
- f. elle peut déclarer généralement contraignantes les règles déontologiques qui garantissent que les personnes chargées des activités de vérification et de contrôle les exercent de manière irréprochable;
- g. elle 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 agréées; ce registre est public et publié sur Internet; le Conseil fédéral règle les effets de l'agrément et le contenu du registre;
- h. elle peut émettre des directives générales à l'intention des experts en matière de prévoyance professionnelle et des organes de révision.

² La commission présente chaque année au Conseil fédéral un rapport d'activité. Elle se met en rapport avec le Conseil fédéral par l'intermédiaire du département.

³ Elle surveille toutes les fondations de placement, ainsi que le Fonds de garantie et l'Institution supplétive.

Art. 64b Secrétariat de la Commission de haute surveillance

¹ La commission dispose d'un secrétariat permanent.

² Le secrétariat est géré et dirigé par l'OFAS.

³ Il remplit toutes les tâches qui, selon le règlement concernant l'organisation et la gestion de la commission, sont de son ressort.

Art. 64c Organisation et coûts

¹ La commission édicte un règlement concernant son organisation et sa gestion; ce règlement doit être approuvé par le Conseil fédéral.

² Les coûts de la commission et du secrétariat sont couverts par une taxe annuelle perçue auprès des autorités de surveillance ainsi que par des émoluments pour les décisions et les prestations de service. La taxe annuelle est évaluée en premier lieu d'après le nombre d'institutions de prévoyance surveillées et la somme des capitaux de couverture et, en ce qui concerne la surveillance directe selon l'art. 64a, al. 3, LPP, sur la base de la fortune et éventuellement du nombre de compartiments d'investissement. Le Conseil fédéral règle les détails.

Art. 65 al. 4

4 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. 74, al. 2, let. a et 3

² Celle-ci connaît des recours formés contre:

- a. les décisions des autorités de surveillance et de la Commission de haute surveillance;

³ La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁶⁰ s'applique à la procédure devant la commission de recours, avec les dérogations suivantes

- a. La procédure contre les décisions fondée sur l'art. 62, al. 1, let. e, de la présente loi est en principe gratuite pour les assurés;
- b. Un recours contre une décision de l'autorité de surveillance n'a effet suspensif que si la commission de recours le décide sur requête d'une partie.

II

Modification du droit en vigueur

Le code civil est modifié comme suit:

Art. 89bis, al. 6, ch. 7, 12, 13 et 14

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:

....

⁶⁰ RS 172.021.

7. l'agrément et les tâches de l'organe de révision (art. 52a à 52d),
12. la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 64b),
13. abrogé
14. la sécurité financière (art. 65, al. 1, 3 et 4, art. 66, al. 4, art. 67 et 69),

III

Dispositions transitoires relatives à la modification du ...

Dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente modification de loi, la Confédération confie à l'autorité de surveillance compétente selon l'art. 61, al. 1, la surveillance des institutions de prévoyance actives à l'échelle nationale qui sont soumises à sa surveillance au moment de l'entrée en vigueur.

IV

Référendum et entrée en vigueur

¹ La présente loi est soumise au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Chapitre 2 Mesures pour les travailleurs âgés

1 Point de départ

En raison du vieillissement démographique, la participation des travailleurs âgés au marché du travail devient de plus en plus importante, et cela dans notre pays également. La prévoyance professionnelle prend elle aussi une part toujours plus importante dans le système de prévoyance vieillesse des travailleuses et des travailleurs, en particulier depuis l'introduction de la LPP. Il est donc essentiel qu'à l'avenir, les réglementations relatives à la prévoyance professionnelle – tant obligatoire que surobligatoire - soient organisées de manière à éviter que des personnes soient poussées à cesser toute activité lucrative. Au contraire, pour autant que la législation en matière de prévoyance professionnelle le permette, il conviendrait de mettre en place des mesures d'incitation afin que toute personne qui en a la possibilité puisse continuer à exercer son activité lucrative au-delà de l'âge de retraite ordinaire de l'AVS. Cela étant, il ne faut pas oublier que la poursuite de l'activité dépend largement de la situation de l'économie et du marché de l'emploi. En outre, du point de vue personnel, la santé et la satisfaction au lieu de travail sont, à côté des aspects financiers, des facteurs importants.

2 Procédure

Dans le cadre de travaux interdépartementaux, différentes mesures concernant l'encouragement de la participation des travailleurs âgés au marché du travail ont été esquissées. Elles devraient être réexaminées du point de vue de leur caractère réalisable et concrétisées. Pour la prévoyance professionnelle, une flexibilisation de l'âge de la retraite, en particulier une possibilité d'ajournement découlant de la loi, s'est avérée nécessaire. En outre, des possibilités de prolonger la couverture de l'ancien salaire devraient être créées lors d'une diminution de salaire au cours des dernières années d'activité lucrative ; il conviendrait aussi d'assurer le salaire au-delà de l'âge de la retraite. La flexibilisation de l'âge de la de la retraite doit être réalisé dans le cadre de la 11ème révision de l'AVS étant donné que l'âge de la retraite est étroitement lié avec le 1er pilier. Les autres mesures doivent être réalisées dans le cadre d'une révision de la LPP.

Pour éviter une pluralité de révisions partielles de la même loi, la transposition de ces mesures dans le domaine de la prévoyance professionnelle est rattachée aux travaux actuels sur la réforme structurelle.

3 Coûts

Il est difficile d'évaluer les coûts dans la situation actuelle du marché du travail où les demandeurs d'emplois âgés sont le plus souvent confrontés à de grosses difficultés étant donné que le volume des travailleurs qui vont poursuivre leur activité lucrative au-delà de la retraite va finalement dépendre des particularités du marché du travail. Dans un premier temps, la procédure de consultation va permettre de donner un aperçu sur les besoins et réticences concernant les mesures proposées. Dans la mesure du possible, l'accent portera également sur une analyse approfondie entre les coûts et les besoins.

4 Commentaires relatifs aux dispositions de lois et d'ordonnance

4.1 Modifications de la LPP

Art. 8, al. 4

Pour les personnes dont le salaire baisse quelque peu pour des raisons liées à leur âge, soit qu'elles réduisent leur temps de travail, soit qu'elles ne soient plus tenues de répondre à des exigences aussi élevées que jusque-là, les règlements doivent pouvoir prévoir la possibilité de maintenir durant un certain temps le niveau de prévoyance atteint. Cela permettrait des formes souples et progressives de passage à la retraite avec des solutions adaptées aux besoins et aux possibilités des travailleurs et des entreprises. De telles solutions pourraient inciter les travailleurs âgés à rester plus longtemps dans le monde du travail, car une réduction de salaire n'entraînerait pas automatiquement une baisse de la prestation de vieillesse ; du coup, il deviendrait plus intéressant pour eux de continuer à travailler sous une forme adaptée à leurs souhaits et à leurs possibilités que de prendre leur retraite. Cette possibilité ne doit cependant pas aboutir à une quasi-dissolution du principe énoncé à l'art. 1, al. 2. La loi fixe par conséquent des limites tant au laps de temps pendant lequel ce maintien est possible qu'à la part de salaire excédant le nouveau salaire AVS effectif qu'il est possible d'assurer dans le 2^e pilier. Les institutions de prévoyance ne sont pas tenues d'introduire cette possibilité ni d'atteindre intégralement ces limites. Mais elles ne peuvent pas les dépasser (cf. art. 49, al. 2, LPP et art. 89^{bis}, al. 6, CC). Le règlement peut prévoir que les cotisations nécessaires au financement de cette prévoyance supplémentaire soient exclusivement à la charge de la personne assurée (cf. art. 66, al. 1^{bis}, LPP et art. 331, al. 3^{bis}, CO).

Art. 16, al. 2

Les personnes qui, à l'âge ordinaire de la retraite, n'ont pas encore acquis le droit à la totalité des prestations prévues par le plan de prestations de leur institution de prévoyance doivent pouvoir compenser la différence en continuant de travailler. De façon comparable au droit que celles qui entrent dans une institution de prévoyance peu avant l'âge de la retraite ont de combler les lacunes éventuelles en rachetant des prestations (cf. art. 9, al. 2, 1^{re} phrase, LFLP), ces personnes doivent pouvoir compléter leur prévoyance par des bonifications de vieillesse supplémentaires versées pendant l'ajournement de leur retraite. Les personnes dont la prévoyance a présenté jusqu'alors des lacunes dues aux aléas de leur parcours professionnel (formations, tâches familiales, salaires inférieurs touchés par le passé, etc.) auront ainsi la possibilité d'améliorer leur prévoyance davantage que par le simple effet de l'ajournement de la prestation de vieillesse, mais sans dépasser les limites des prestations réglementaires.

Comme pour le rachat de prestations, ce droit à des bonifications de vieillesse supplémentaires n'existe que dans les institutions de prévoyances qui fixent leurs prestations dans un plan de prestations, ce qui est le cas la plupart du temps. De plus, ce droit n'existe que tant que le niveau maximal des prestations prévues par le règlement à l'âge ordinaire de la retraite pour le gain assuré n'a pas été atteint. Si la personne assurée a déjà droit à des prestations de ce niveau et que l'ajournement continue, il ne peut plus y avoir de bonifications de vieillesse supplémentaires, mais le droit à l'intérêt minimal sur l'avoir de vieillesse légal perdure.

Les bonifications de vieillesse se montent à 9 % du salaire coordonné obtenu après 65 ans.

L'institution de prévoyance doit fixer le montant des cotisations des employeurs et des salariés, ainsi que leur quotité (art. 66, al. 1). Les cotisations servant au financement de ces bonifications de vieillesse supplémentaires doivent pouvoir échapper au principe du financement paritaire. Sinon, les personnes qui combler leurs lacunes de prévoyance en continuant de travailler risqueraient de devenir financièrement moins intéressantes pour les employeurs – à cause des cotisations d'employeur à verser en plus – que les personnes ayant déjà acquis le

droit à l'intégralité des prestations. Un tel effet contredirait le sens même des mesures encourageant la participation des travailleurs âgés. C'est pourquoi l'art. 66 est complété par une nouvelle disposition permettant d'exclure de la part due par l'employeur les cotisations servant au financement de ces bonifications supplémentaires. Il reste naturellement possible de prévoir une participation de l'employeur à ces cotisations également. Mais comme dans ce cas il en résulte pour lui une participation plus importante que ce qu'exige la loi, son accord est indispensable. Pour que cette mesure s'applique aussi aux institutions pratiquant exclusivement le régime surobligatoire, la même possibilité d'exception au principe du financement paritaire est prévue dans le CO également (art. 331, al. 3^{bis}).

Art. 49, al. 2

Ch. 1

La possibilité de continuer d'assurer le salaire obtenu jusque-là doit pouvoir servir à encourager la participation des travailleurs âgés. Il est donc judicieux qu'elle ne soit pas limitée au domaine obligatoire de la LPP. D'un autre côté, il ne faudrait pas vider de son sens l'art. 1, al. 2 (salaire AVS comme plafond). La disposition d'exception de l'art. 8, al. 4, doit donc s'appliquer, limites incluses, dans la prévoyance plus étendue également. Le ch. 1 est complété en conséquence.

Ch. 2

Etant donné que le droit à des bonifications de vieillesse supplémentaires dépend de l'existence de lacunes par rapport à l'objectif de prestations *réglementaires*, il est nécessaire d'inclure l'art. 16, al. 2, dans la liste de l'art. 49, al. 2. L'art. 13a doit être introduit par la 11^{ème} révision AVS et concerne la retraite à la carte. Dans le projet actuel, seule l'énumération entre parenthèse est complétée par « et l'art. 16, al. 2 ».

Art. 66, al. 1bis

Cette disposition autorise une exception au principe du financement paritaire (cf. commentaire des art. 8, al. 4, et 16, al. 2).

4.2 Modifications d'autres textes

Code civil

Art. 89^{bis}, al. 6, ch. 1 et 2

Les mesures proposées pour encourager la participation des travailleurs âgés auront plus de chances d'être efficaces si elles peuvent aussi être appliquées dans les institutions de prévoyance actives dans le domaine surobligatoire uniquement. Il faut cependant que les plafonds prévus soient valables dans ce domaine également, raison pour laquelle les dispositions correspondantes doivent être mentionnées dans cette liste aussi. (Pour l'énumération entre parenthèse, voir le commentaire relatif à l'art. 49, al. 2, ch. 2, LPP.)

Code des obligations

L'art. 331, al. 3, CO énonce le principe du financement paritaire pour les institutions de prévoyance pratiquant exclusivement le régime surobligatoire. Les exceptions à ce principe doivent donc être définies ici aussi.

4.3 Disposition transitoire

Les dispositions proposées pour mettre en œuvre les mesures visant à encourager la participation des travailleurs âgés ne pourront être efficaces que si l'âge de la retraite, et en particulier son assouplissement, est lui aussi adapté aux nouveaux objectifs. Ainsi, le droit légal de compléter l'avoir de vieillesse par des bonifications de vieillesse après l'âge ordinaire de la retraite suppose implicitement que la personne assurée a également le droit d'ajourner sa prestation de vieillesse de quelques années, pendant la poursuite de son activité professionnelle. Il est donc indispensable que le Conseil fédéral procède aux adaptations nécessaires si cet assouplissement de l'âge de la retraite LPP n'est pas introduit par la 11^e révision de l'AVS, ou si cette dernière n'entre pas en vigueur avant la présente modification de loi.

4.4 Modification de l'OPP 3

Art. 3, alinéa 1

(versement des prestations)

Il y a lieu d'éviter à l'avenir, dans le cadre des mesures visant à encourager la participation des travailleurs âgés sur le marché du travail, que des personnes soient automatiquement contraintes de renoncer à l'exercice d'une activité lucrative lorsqu'elles atteignent l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS. Des modifications correspondantes sont dès lors également justifiées pour le pilier 3a.

Les personnes qui poursuivent leur activité lucrative doivent également pouvoir bénéficier de la possibilité d'ajourner le droit aux prestations de vieillesse du pilier 3a jusqu'à la fin de leur activité, mais au plus tard jusqu'à 5 ans dès qu'elles ont atteint l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS. Cette réglementation est ainsi calquée sur celle découlant de l'ordonnance sur le libre passage (cf. art. 16 OLP) et à la possibilité d'ajournement du 1^{er} pilier (cf. art. 39 LAVS).

Art. 7, alinéa 3

(déduction des cotisations)

Les personnes qui poursuivent une activité lucrative au-delà de l'âge de la retraite ordinaire de l'AVS doivent également pouvoir continuer à verser des cotisations, fiscalement privilégiées, du pilier 3a après cet âge. En vertu du 1^{er} alinéa, la déduction des cotisations ne vaut que pour les personnes actives. Le nouvel alinéa 3 permet à présent de bénéficier de cette possibilité de déduction jusqu'à 5 ans au plus dès l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS. Ce délai de 5 ans correspond également à la possibilité d'ajournement pour les prestations de vieillesse du 1^{er} pilier, pour celles des institutions de libre passage du 2^e pilier et maintenant pour les prestations de vieillesse du pilier 3a (cf. commentaire pour l'article 3, alinéa 1).

5 Conséquences

5.1 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération et les cantons

En raison des dispositions légales minimales l'employeur ne doit pas contribuer au financement des bonifications après l'âge de la retraite et à la continuation de l'assurance du dernier salaire assuré. Ces modifications n'engendreront donc pas de coûts supplémentaires pour la Confédération et les cantons en tant qu'employeur. Par contre, elles permettront de créer des solutions flexibles en vue de garder des collaborateurs si dans le futur ce besoin se manifeste.

Les pertes sur le plan fiscal sont actuellement très difficiles à estimer. En outre, elles seraient éventuellement amoindries en raison de la prolongation de l'activité lucrative. Cet aspect sera approfondi dans le cadre des travaux sur les analyses ultérieures relatives aux coûts et bénéfices.

5.2 Conséquences économiques

Présentement, les conséquences économiques ne peuvent être chiffrées. La possibilité offerte aux travailleurs de prolonger leur activité lucrative sur le marché du travail et, par la même occasion, de permettre à l'avenir de mieux tenir compte des forces de travail, peut entraîner des effets positifs au plan économique.

6 Relation avec le droit européen

Il n'y a pas de relation avec le droit européen.

7 Bases juridiques

Les présentes modifications de la LPP se basent sur l'article 113 de la Constitution fédérale. Celui-ci, à l'alinéa 1, donne la compétence au législateur d'édicter des dispositions en matière de prévoyance professionnelle.

8 Modification d'autres textes

Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(LPP) (Participation des travailleurs âgés)

Modifications du ...

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du ...
arrête:

I

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalides (LPP)⁶¹ est modifiée comme suit:

Art. 8, al. 4 (nouveau)

⁴ Lorsque le salaire de la personne assurée diminue d'un tiers au plus après que celle-ci ait atteint l'âge de 60 ans, le règlement peut prévoir la possibilité de continuer d'assurer sa prévoyance au même niveau que précédemment et ce jusqu'à ce qu'elle atteigne l'âge ordinaire de la retraite, mais pendant cinq ans au plus. Le maintien de la prévoyance au niveau antérieur exclut le droit au retrait anticipé d'une prestation de vieillesse correspondante.

Art. 16, al. 2 (nouveau)

² Dans les institutions de prévoyance qui fixent leurs prestations dans un plan de prestations, les personnes qui ajournent entièrement ou partiellement le paiement de leur prestation de vieillesse se voient créditer dès l'âge de 65 ans des bonifications de vieillesse à un taux de 9 %, tant que leur droit aux prestations ne dépasse pas la prestation entière à laquelle le salaire assuré leur donnerait droit à l'âge ordinaire de la retraite.

Art. 49, al. 2, ch. 1 et 2

² Lorsqu'une institution de prévoyance étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, seules s'appliquent à la prévoyance plus étendue les dispositions régissant :

1. la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et du salaire ou du revenu assuré (art. 1 et art. 8, al. 4),
2. la retraite à la carte et les bonifications de vieillesse supplémentaires en cas d'ajournement de la prestation de vieillesse (art. 13a, al. 3 et 8, et art. 16, al. 2),

Art. 66, al. 1bis (nouveau)

^{1bis} Lors de la vérification de la répartition des contributions entre l'employeur et les salariés, les cotisations suivantes peuvent être exceptées :

- a) les cotisations servant à financer la prévoyance qui, conformément à l'art. 8, al. 4, va au-delà de la prévoyance correspondant au salaire AVS actuel ;
- b) les cotisations servant à financer les bonifications de vieillesse créditées conformément à l'art. 16, al. 2.

Modifications du droit en vigueur

Le code civil est modifié comme suit:

Art. 89 bis, al. 6, ch. 1 et 2

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 1982⁶² sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité :

1. la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et du salaire ou du revenu assuré (art. 1 et art. 8, al. 4),
2. la retraite à la carte et les bonifications de vieillesse supplémentaires en cas d'ajournement de la prestation de vieillesse (art. 13a, al. 3 et 8, et art. 16, al. 2),

Le code des obligations est modifié comme suit:

Art. 331, al. 3 bis (nouveau)

^{3bis} La vérification de ce que la somme des cotisations versées par l'employeur soit au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés peut ne pas prendre en compte :

- a) les cotisations servant à financer la prévoyance qui, conformément à l'art. 8, al. 4, va au-delà de la prévoyance correspondant au salaire AVS actuel ;
- b) les cotisations servant à financer les bonifications de vieillesse créditées conformément à l'art. 16, al. 2.

III

Disposition transitoire de la modification du...

a. Coordination de l'âge de la retraite

Si la 11^e révision de l'AVS n'entre pas en vigueur au plus tard en même temps que la présente modification de loi, le Conseil fédéral procède aux adaptations nécessaires touchant l'âge de la retraite et le versement anticipé ou l'ajournement de la prestation de vieillesse.

**Ordonnance sur les déductions admises fiscalement
pour les cotisations versées à des formes
reconnues de prévoyance**

(OPP 3) (Participation des travailleurs âgés)

Modification du ...

*Le Conseil fédéral
arrête:*

I

L'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance ⁶³ est modifiée comme suit:

Art. 3, 1^{er} al.

¹ Les prestations de vieillesse peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS (art. 21, al.1 de la LF du 20 déc. 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, LAVS⁶⁴). Elles sont échues lorsque l'assuré atteint l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS. Lorsque l'assuré prouve qu'il continue d'exercer une activité lucrative, le versement des prestations peut être différé jusqu'à 5 ans au plus dès l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS.

Art. 7, 3^e al.

³ Les cotisations à des formes reconnues de prévoyance peuvent être versées jusqu'à 5 ans au plus tard dès l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS (art. 21, al.1, LAVS).

⁶³ **RS 831.461.3**

⁶⁴ RS 831.10