07.000

Message concernant la révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

(Réforme structurelle)

du …

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous avons l'honneur de vous soumettre un projet de révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous proposons en outre de classer les interventions parlementaires suivantes:

2000	P	98.3076	Caisses de pensions. Contrôle de l'actif du bilan (N 21.3.00, [Hochreutener] – Widrig)
2002	P	02.3405	Contrôle de la prévoyance professionnelle par la Confédération (N 3.10.02, Hess Walter)
2002	P	02.3429	Deuxième pilier. Instaurer un contrôle et créer la transparence (N 3.10.02, Groupe de l'Union démocratique du centre)
2002	P	02.3453	Surveillance intégrale exercée sur les institutions de prévoyance professionnelle (N 3.10.02, Commission de la sécurité sociale et de la santé publique CN; E 28.11.02)
2003	M	02.3401	Sécurité et confiance en matière de deuxième pilier (N 3.10.02, Groupe radical-libéral; E 4.6.03)
2003	M	02.3418	Surveillance des assurances (N 3.10.02, Groupe socialiste; E 4.6.03)
2003	P	03.3430	Prévoyance professionnelle. Surveillance uniforme par la Confédération de toutes les institutions (E 18.12.03, Commission de l'économie et des redevances CE 03.035)
2006	P	06.3660	Loi sur la surveillance des marchés financiers. Evolution future (N 28.11.06, Commission de l'économie et des redevances CN [06.017])

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

…

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Le présent message présente deux projets de modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

Le premier, relatif à la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle, comprend pour l'essentiel les éléments suivants:

a. renforcement de la surveillance par la cantonalisation ou la régionalisation de la surveillance directe et délimitation claire des tâches et de la responsabilité des acteurs concernés;

b. renforcement de la haute surveillance par la création d'une commission fédérale de haute surveillance, indépendante administrativement et financièrement du Conseil fédéral, dotée d'un secrétariat indépendant mais rattaché administrativement à l'OFAS;

c. inscription de dispositions supplémentaires en matière de gouvernance.

Le second projet prévoit des mesures destinées à favoriser la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi.

Le 29 janvier 2003, le Conseil fédéral a adopté un programme 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 d'experts Optimisation). Celle-ci a remis un rapport en avril 2004 et, en août de la même année, le Conseil fédéral a décidé d'instituer une commission de suivi (commission d'experts Réforme structurelle) chargée de rédiger avant la fin 2005 un rapport, destiné à être mis en consultation, sur le renforcement de la surveillance et de la haute surveillance. Le 17 mars 2006, le Conseil fédéral a pris acte de ce rapport et a confié au Département fédéral de l'intérieur le mandat d'élaborer pour la fin juin 2006 un projet de révision de la LPP. Le projet mis en consultation se fondait en grande partie sur les recommandations de la commission d'experts Réforme structurelle. Toutefois, les paramètres tels que le taux de conversion et le taux d'intérêt minimal n'y figuraient pas, non plus que les directives en matière de placement, car ils font l'objet de projets séparés.

La procédure de consultation a montré que si tous les participants sont favorables à l'objectif d'un renforcement de la surveillance et de la haute surveillance, il n'y a pas de consensus sur la manière d'atteindre cet objectif. Compte tenu des exigences contradictoires formulées par les personnes et les organes consultés, le projet de révision reprend les grandes lignes du projet mis en consultation. La variante d'une surveillance unique pour les fondations collectives et les fondations communes, proposée lors de la consultation, est abandonnée, car elle a été rejetée par la grande majorité des participants.

Un nouvel élément a été intégré dans le projet de révision suite aux cas Swissfirst et First Swiss: il s'agit de dispositions sur des règles de comportement en matière de gestion des institutions de prévoyance (gouvernance des fonds de pension). D'une part, elles précisent les exigences en matière d'intégrité et de loyauté des responsa-

bles de caisses de pensions et, d'autre part, elles reformulent les dispositions concernant les affaires personnelles, les conflits d'intérêts, le paiement de rétrocessions et la déclaration d'avantages personnels. Il s'agit avant tout des modifications suivantes: l'interdiction des placements parallèles («parallel running»), l'obligation de transférer les rétrocessions à l'institution de prévoyance et l'examen de certaines affaires par l'organe de révision.

Le second projet de révision contient deux mesures en faveur des travailleurs âgés, destinées à faciliter leur participation au marché de l'emploi. Premièrement, les règlements pourront prévoir la possibilité pour les assurés de compenser dans une certaine mesure les réductions de salaire survenant peu avant leur retraite par une augmentation de leurs propres cotisations, afin d'éviter une réduction de leurs prestations de prévoyance. En second lieu, les salariés qui travaillent au-delà de l'âge ordinaire de la retraite doivent pouvoir rester assurés, de façon à améliorer par des cotisations à la prévoyance professionnelle les prestations qu'ils toucheront ultérieurement. Ces deux mesures sont facultatives pour les assurés.

Table des matières

Condensé **3**

I. Réforme structurelle

1 Présentation de l'objet **7**

1.1 Contexte 7

1.1.1 Crise des marchés financiers et situation financière des institutions de prévoyance 7

1.1.2 La commission d'experts Optimisation 7

1.1.2.1 Mandat de la commission d'experts Optimisation 7

1.1.2.2 Rapport de la commission d'experts Optimisation 7

1.1.2.3 Application de certaines recommandations sous forme de mesures immédiates 9

1.1.3 La commission d'experts Réforme structurelle 10

1.1.3.1 Composition et mandat de la commission d'experts Réforme structurelle 10

1.1.3.2 Rapport de la commission d'experts Réforme structurelle 11

1.1.4 Rapport du Conseil fédéral 12

1.1.5 La procédure de consultation sur le rapport du Conseil fédéral 12

1.1.6 Suite des travaux 13

1.2 Nouvelle conception de la surveillance dans la prévoyance professionnelle 14

1.2.1 Les faiblesses du système actuel 14

1.2.2 L'organe suprême 15

1.2.3 L'organe de révision et l'expert en matière de prévoyance professionnelle 16

1.2.4 Surveillance 17

1.2.5 Haute surveillance 19

1.3 Variante examinée: Surveillance des institutions collectives ou communes et des fondations de placement par une même autorité 22

1.3.1 Institutions collectives ou communes 22

1.3.2 Fondations de placement 23

1.4 Gouvernance des fonds de pension 24

1.5 Rapports avec le droit européen 24

1.6 Classement d'interventions parlementaires 24

1.7 Adaptation rédactionnelle d'autres articles 26

2 Commentaire des modifications **26**

2.1 Modification de la LPP 26

2.2 Modification de la LFLP 42

2.3 Modification du CC 42

2.4 Dispositions transitoires 42

3 Conséquences **42**

3.1 Conséquences pour la Confédération 42

3.2 Conséquences pour les cantons 45

3.3 Conséquences économiques 47

3.3.1 Données économiques 47
3.3.2 Impact du projet sur les différents groupes de la société 48
3.4 Autres effets 49

4 Rapport avec le programme de la législature 50

5 Aspects juridiques 50
5.1 Constitutionalité 50
5.2 Délégations de compétences législatives 51

II Mesures visant à faciliter la participation des travailleurs âgés au marché du travail (Participation des travailleurs âgés)

6 Contexte 52

7 Procédure 52

8 Coûts 53

9 Commentaire des modifications légales 53
9.1 Modifications de la LPP 53
9.2 Modification d'autres actes législatifs 55
9.3 Disposition transitoire 56

10 Conséquences 56
10.1 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération et les cantons 56
10.2 Conséquences économiques 57

11 Relation avec le droit européen 57

12 Bases juridiques 57

Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) (Réforme structurelle) *(Projet)* **59**

Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) (Mesures destinées à faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi) *(Projet)* **71**

Message

I. Réforme structurelle

1 Présentation de l'objet

1.1 Contexte

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

En 2002, le Conseil fédéral a décidé d'abaisser le taux d'intérêt minimal dans 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, notamment 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.

1.1.2 La commission d'experts Optimisation

1.1.2.1 Mandat de la commission d'experts Optimisation

Le Département fédéral de l'intérieur (DFI) 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. Une centralisation de cette surveillance auprès de la Confédération a notamment été envisagée pour résoudre les problèmes qui se posent du fait que la surveillance relève aujourd'hui à la fois de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), des autorités cantonales et de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP). Cette commission était présidée par le professeur Jürg Brühwiler. Ses travaux ont été achevés en avril 2004 et, le 24 août 2004, le Conseil fédéral a pris connaissance de leurs résultats et des recommandations de la commission.

1.1.2.2 Rapport de la commission d'experts Optimisation

Dans son rapport, la commission Optimisation a formulé 14 recommandations en vue de stabiliser le système ou d'optimiser le contenu de la surveillance, ainsi que deux recommandations d'ordre structurel (organisation de la surveillance et de la haute surveillance).

La surveillance de la prévoyance professionnelle, jusqu'ici d'orientation répressive, doit être complétée par des éléments prudentiels et cette activité doit être mieux harmonisée à l'échelle nationale (recommandation 1). Selon les experts, 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 seconds (recommandation 5). Les partenaires sociaux doivent être représentés paritairement au sein de l'organe suprême, alors que les assureurs-vie qui ont fondé des institutions 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 (délégation de la gestion de fortune, 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 identiques. Des règles différentes ne doivent être prévues que si cette différence est justifiée et nécessaire (recommandation 4). Afin d'institutionnaliser la gestion des risques dans le domaine des placements, il faut que l'autorité de surveillance ou de haute surveillance élabore des normes sur la manière d'établir un règlement de placement. L'autorité de surveillance compétente examine si les règlements de placement établis par les institutions de prévoyance respectent ces normes, alors que l'organe de révision s'assure que, dans la gestion ordinaire, le conseil de fondation respecte le règlement de placement approuvé (recommandation 2).

Avant d'entamer leurs activités, les institutions communes ou collectives autonomes ou semi-autonomes qui, à l'instar des assureurs-vie offrant une assurance complète, sont ouvertes à de nombreux assurés très divers, doivent disposer d'un capital minimal; 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. Le contrôle du respect des conditions prévues incombe à l'autorité de surveillance compétente (capital minimal, réserves, provisions, approbation du règlement de placement) et à l'organe de révision (respect du règlement de placement approuvé).

Les organes de contrôle et de surveillance ont en outre à respecter des exigences supplémentaires: 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 rédiger leur expertise actuarielle plus fréquemment que jusqu'ici (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 juridique, 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 pour les assurances et les institutions de prévoyance (recommandations 15 et 16). Une minorité de la commission aurait préféré que la surveillance soit centralisée 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 Optimisation en mai 2004, affirmant que la structure et le contenu de la surveillance actuelle donnaient satisfaction. Une action n'était justifiée selon elle qu'au niveau de la haute surveillance, dont le pouvoir d'intervention devait être renforcé. Le Conseil fédéral n'a cependant suivi que partiellement la Commission LPP. S'il a repris ses analyses concernant la structure, il a rejeté l'institution d'une autorité de surveillance centralisée (fédérale). Il a cependant décidé de faire rédiger un projet destiné à être mis en consultation et s'inspirant des recommandations de la commission d'experts Optimisation. Lorsque ces recommandations pouvaient être mises en œuvre sans modification de la loi, il s'agissait de prendre les mesures appropriées.

1.1.2.3 Application de certaines recommandations sous forme de mesures immédiates

Plusieurs des recommandations de la commission Optimisation ont pu être mises en œuvre rapidement, sans modifier la loi.

La recommandation 6 était fondée sur le postulat selon lequel, 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, tout 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 (ni des institutions d'associations professionnelles) puisque, de par leur genèse, il existe une relation étroite entre l'institution et l'employeur affilié, si bien que celui-ci prendra au besoin des mesures 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[1], entrées en vigueur le 1er juillet 2005, exigeant 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. La garantie d'une banque ou d'une assurance est également exigée pour le cas où l'institution serait liquidée au cours des cinq premières années. Le Conseil fédéral, suivant partiellement la recommandation 9, a décidé ensuite d'apporter une modification à l'OPP 2[2]: toutes les institutions de prévoyance comptant moins de 300 assurés (précédemment 100 assurés) créées à partir du 1er janvier 2006 devront prendre une mesure de sécurité supplémentaire. 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 sécurité de ce type. On peut donc dire

1 Directives du 10 juin 2005 sur les conditions requises pour la création d'institutions collectives ou communes, FF **2005** 4013.

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

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

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

Pour ce qui est de la recommandation 15, plusieurs 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 1er 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 est assuré exclusivement par des émoluments. Les cantons de Suisse orientale Glaris, les deux Appenzell, Saint-Gall, Grisons et Thurgovie disposeront, eux aussi, dès le 1er 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, ayant son siège à Saint-Gall. Le canton du Tessin a l'intention de conclure un contrat de collaboration avec cette institution, qui lui fournirait des services spéciaux tarifés. Des travaux législatifs sont en cours à ce propos dans les cantons impliqués. Schaffhouse a délégué la surveillance de ses fondations au canton de Zurich depuis le 1er janvier 2007. 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 similaires sont aussi en discussion en Suisse romande.

1.1.3 La commission d'experts Réforme structurelle

1.1.3.1 Composition et mandat de la commission d'experts Réforme structurelle

Si dans l'ensemble les institutions de prévoyance ont surmonté les difficultés liées aux mauvaises années boursières, il n'en demeure pas moins que le système de surveillance de la prévoyance doit être amélioré, notamment à cause des futurs risques systémiques. C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral a confié en août 2004 à une nouvelle commission d'experts, intitulée Réforme structurelle, le mandat d'élaborer un projet d'optimisation du contenu et de la structure de la surveillance de la prévoyance professionnelle. Ce projet devait se baser sur les recommandations de la commission précédente et être prêt fin 2005 pour être mis en consultation. La commission était présidée par le professeur Raymond Schmutz. Le secrétariat de la commission était assuré par l'OFAS.

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 actuel de surveillance. 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 intercantonales et, d'autre part, une haute surveil-

lance 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 agences 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 révision, parmi les organes de contrôle internes des institutions de prévoyance, celles d'un spécialiste des placements chargé de l'examen des placements effectués. Les exigences concernant la surveillance des fondations de placement devaient aussi être formulées.

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

1.1.3.2 Rapport de la commission d'experts Réforme structurelle

La commission d'experts Réforme structurelle a rendu son rapport fin 2005. Elle y recommande 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 en Suisse centrale depuis le 1er janvier 2006. Selon les experts, les autorités de surveillance cantonales doivent satisfaire à des exigences de qualité clairement formulées et, en parallèle, 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, dotée d'un secrétariat indépendant, mais rattaché administrativement à l'OFAS. Cette commission ne devrait pas être soumise à des directives du Conseil fédéral et elle devrait être indépendante sur le plan financier également. Sa tâche serait 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 devraient à l'avenir être agréés pour exercer une activité dans la prévoyance professionnelle. Enfin, la 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 serait habilitée à donner des directives générales aux autorités de surveillance.

La commission d'experts a également présenté des propositions de «dépolitisation» des paramètres de la prévoyance professionnelle, car elle est d'avis que la fixation du taux d'intérêt technique et du taux de conversion doit être laissée à l'appréciation des institutions de prévoyance.

Le rapport de la commission d'experts Réforme structurelle a été soumis à la Commission LPP lors de sa séance du 26 janvier 2006. La Commission LPP s'est largement ralliée aux recommandations de la commission d'experts.

1.1.4 Rapport du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a pris acte du rapport d'experts Réforme structurelle à l'occasion de sa séance du 7 mars 2006 et s'est dit favorable au modèle proposé de cantonalisation ou régionalisation de la surveillance directe des caisses de pensions, qui prévoit notamment la création d'une Commission de haute surveillance, indépendante, dont le secrétariat serait administrativement rattaché à l'OFAS.

Le Conseil fédéral a donné mandat au DFI d'élaborer pour la fin juin 2006, sur la base du rapport de la commission d'experts Réforme structurelle, un projet de modification de la LPP destiné à être mis en consultation. Les paramètres tels que le taux de conversion, le taux d'intérêt minimal et les directives de placement n'y étaient pas inclus, car ils étaient déjà examinés dans d'autres projets en cours.

Le Conseil fédéral a décidé en outre, le 16 juin 2006, de compléter le projet par des mesures destinées à favoriser le maintien des travailleurs âgés sur le marché de l'emploi.

1.1.5 La procédure de consultation sur le rapport du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a chargé le DFI, le 5 juillet 2006, de consulter les cantons, les partis politiques, les associations faîtières nationales des communes, des villes et des régions de montagne, les associations faîtières de l'économie et les autres milieux concernés sur la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle et sur les mesures en faveur des travailleurs âgés. La procédure de consultation a duré du 10 juillet au 31 octobre 2006.

Tous les participants approuvent sur le fond l'objectif poursuivi par le projet, à savoir le renforcement de la surveillance et de la haute surveillance, conjugué à une amélioration et à une harmonisation de la qualité de l'exécution. Mais leurs avis divergent quant à la manière d'atteindre ces objectifs. Sur les 67 destinataires qui ont répondu, 44 se sont prononcés en faveur du projet, autrement dit pour une cantonalisation ou une régionalisation de la surveillance directe; c'est notamment le cas des 26 cantons, ainsi que de trois partis, le PRD, le PEV et le PLS. Douze destinataires – dont le PS, l'UDC, le PDC et le PCS – rejettent le projet sous cette forme, et neuf participants sont partagés. Les voix critiques craignent notamment que la prévoyance professionnelle ne subisse un renchérissement excessif, considèrent que les modifications proposées ne sont qu'une étape intermédiaire, ou encore estiment qu'il serait plus judicieux de centraliser la surveillance. La question de la gouvernance est évoquée, en particulier en relation avec le cas Swissfirst. La majorité des participants favorables à la solution de la centralisation estiment qu'une surveillance à deux niveaux et la création d'une instance de haute surveillance sont inutiles. Les opinions divergent également sur la composition du personnel, l'organisation, le domaine de compétences et le financement de la Commission de haute surveillance à créer. La majorité des intervenants rejettent la variante consistant à placer toutes les fondations collectives ou communes et les fondations de placement sous l'égide d'une seule et même autorité de surveillance, certains trouvant toutefois cette solution judicieuse à tout le moins pour les fondations de placement. A cet égard, on pourrait envisager de placer ces dernières sous la surveillance de la Surveillance fédérale des marchés financiers (FINMA).

Les grandes lignes des mesures en faveur des travailleurs âgés font pour ainsi dire l'unanimité au sein des participants, qui s'accordent à dire qu'il existe un réel besoin d'assouplir les dispositions applicables à la retraite et de renforcer la participation des seniors au monde du travail. Par contre, les mesures concrètes préconisées dans le projet se heurtent à une opposition quasi générale: pour les uns, elles posent des limites trop strictes et sont trop conditionnées par la fiscalité; pour les autres, elles manquent de cohérence, ne visent pas un objectif précis et ne sont pas en prise directe avec les besoins réels.

1.1.6 Suite des travaux

Le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la procédure de consultation sur la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle le 28 février 2007. Sur la base de l'évaluation de ces résultats, il a chargé le DFI d'élaborer un projet de révision d'ici fin juin 2007. Ce projet vise à renforcer la surveillance dans la prévoyance professionnelle et à définir les règles de comportement en matière de gestion des institutions de prévoyance (gouvernance). Compte tenu des exigences contradictoires formulées par les personnes et les organes consultés, le projet de révision reprend les grandes lignes du projet mis en consultation. Celui-ci prévoit essentiellement une cantonalisation ou régionalisation de la surveillance directe des institutions du 2e pilier et la création d'une commission fédérale de haute surveillance indépendante de l'administration. La variante d'une surveillance unique pour les fondations collectives et communes, proposée lors de la consultation, est abandonnée, car elle est rejetée par la grande majorité des participants.

Le projet de révision comporte, comme nouvel élément, des dispositions sur des règles de comportement en matière de gestion des institutions de prévoyance (gouvernance). D'une part, le projet précise les exigences en matière d'intégrité et de loyauté des responsables de caisses de pensions et, d'autre part, il reformule les dispositions sur les affaires personnelles, les conflits d'intérêts, le paiement de rétrocessions et la déclaration d'avantages personnels. Il s'agit principalement des modifications suivantes: l'interdiction de placements parallèles («parallel running»), l'obligation de transférer les rétrocessions à l'institution de prévoyance et l'examen de certaines affaires par l'organe de révision.

Le projet de révision contient également une série de mesures en faveur des travailleurs âgés. Les salariés travaillant au-delà de l'âge ordinaire de la retraite doivent pouvoir améliorer par des cotisations à la prévoyance professionnelle les prestations qu'ils toucheront ultérieurement. Au vu des résultats de la consultation, ces mesures sont en partie modifiées: contrairement à ce que prévoyait le projet mis en consultation, les personnes qui présentent des lacunes de cotisations en raison de leur carrière professionnelle antérieure ne doivent pas être les seules à pouvoir profiter de la possibilité de rester assurées. En outre, ces cotisations seront soumises au principe de la parité des cotisations entre employeur et employé.

Le Conseil fédéral a chargé en outre le DFF d'étudier, en collaboration avec le DFJP et le DFI, la mise en œuvre de la soumission des fondations de placement à la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC) et de présenter le cas échéant un message à ce sujet d'ici à la mi-2008.

1.2 Nouvelle conception de la surveillance dans la prévoyance professionnelle

1.2.1 Les faiblesses du système actuel

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 professionnelle et un organe de révision[3]. Chaque institution est soumise à l'autorité de surveillance d'un canton ou à la Confédération[4], et enfin la haute surveillance est exercée par le Conseil fédéral[5]. Ce système ne doit pas être remis fondamentalement en question, mais il faut conférer à la surveillance un caractère prospectif 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 (telles que la responsabilité de l'actif du bilan ou la fixation du taux d'intérêt technique) ne sont explicitement attribuées à aucun acteur par la loi, si bien que les responsabilités respectives sont mal définies. 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 carences de la direction, les défauts des processus internes, les lacunes en termes de contrôle, le mauvais usage des fonds et les problèmes de financement ne peuvent en règle générale être constatés qu'après coup. C'est donc seulement à un stade ultérieur que des correctifs peuvent être apportés.

La haute surveillance est du ressort du Conseil fédéral[6], qui a délégué certaines tâches à l'OFAS[7]. Or, ce dernier assure aussi la surveillance directe des institutions de prévoyance actives au niveau national. Ce parallélisme des compétences a pour effet que l'OFAS n'est pas vraiment perçu à l'extérieur comme un organisme exerçant ses fonctions de manière autonome. Il convient donc de séparer ces deux types de surveillance: la surveillance directe sera à l'avenir exercée exclusivement par des autorités de surveillance cantonales ou régionales (sauf en ce qui concerne le Fonds de garantie et l'Institution supplétive) et la haute surveillance par une commission décisionnelle indépendante, dotée d'un secrétariat géré par l'OFAS. Quant à la surveillance des fondations de placement, elle sera exercée par la FINMA.

L'autorité de haute surveillance se voit attribuer un rôle plus actif et une fonction régulatrice plus importante qu'aujourd'hui. A l'heure actuelle, l'OFAS est limité dans son action, ne pouvant adresser des directives aux autorités de surveillance que concernant des domaines techniques particuliers[8]. Seul le Conseil fédéral peut leur

3 Art. 53 LPP
4 Art. 61 LPP
5 Art. 64 LPP
6 Art. 64 LPP
7 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**.
8 Art. 4, al. 2, OPP 1

donner des directives de plus grande portée[9]. Dorénavant, la Commission de haute surveillance sera responsable de la garantie de la qualité en édictant des standards. Elle donnera des directives générales aux organes de révision et aux experts en matière de prévoyance professionnelle (les directives pour des cas particuliers étant du ressort de l'autorité de surveillance compétente). Elle veillera par ailleurs à ce que toutes les autorités de surveillance se conforment aux mêmes principes dans l'exercice de leur activité. Dans cette approche, la haute surveillance peut inciter dès le départ les différents acteurs à utiliser la marge de manœuvre qui leur reste et influer sur la manière dont ils l'utilisent.

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 en détail dans la loi. Deux points sont importants à cet égard: elles disposent du droit d'émettre des directives à l'attention des institutions de prévoyance, des experts et des organes de révision, et l'effet suspensif est en principe supprimé en cas de recours contre une décision de l'autorité de surveillance. Cette dernière mesure doit empêcher que des recours retardent tellement l'application des dispositions prises par les autorités de surveillance qu'au terme de la procédure ces dispositions ne puissent plus être appliquées.

1.2.2 L'organe suprême

L'organe suprême joue un rôle central dans la prévoyance professionnelle. L'importance de ce rôle découle du principe de la responsabilité propre de l'institution de prévoyance. 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 à sa place.

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 notamment les attributions suivantes:

- Il est responsable de la sécurité financière de l'institution de prévoyance. Il veille à ce que la fortune placée corresponde aux engagements. Pour cet examen, l'organe suprême peut avoir recours à un tiers, par exemple l'expert en matière de prévoyance professionnelle, qui doit également tenir compte de la situation des placements lorsqu'il vérifie si l'institution de prévoyance est en mesure de remplir ses engagements courants. Suivant la taille et la structure de l'institution de prévoyance, il aura aussi recours aux prestations d'un spécialiste en placements.
- Il détermine les bases techniques pertinentes.

9 Art. 64, al. 2, LPP

– 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 assume l'organisation et la surveillance de la gestion de l'institution de prévoyance; partant, il répond 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.

1.2.3 L'organe de révision et l'expert en matière de prévoyance professionnelle

Les attributions de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et de l'organe de révision ont jusqu'ici été régies principalement au niveau de l'ordonnance et le sont maintenant par la loi. A l'avenir, les experts en matière de prévoyance professionnelle et les organes de révision devront passer par une procédure d'agrémentation avant de pouvoir être actifs dans la prévoyance professionnelle.

La Commission de haute surveillance vérifie si les experts en matière de prévoyance professionnelle sont aptes à l'exercice des fonctions décrites dans la loi et pose pour cela des conditions professionnelles (formation professionnelle et expérience pratique suffisantes, connaissance des dispositions applicables) et personnelles (bonne réputation et fiabilité). Pour définir plus en détail les qualifications requises, elle peut reconnaître les règles déontologiques d'une association professionnelle. Si nécessaire, la Commission de haute surveillance fixe ces critères elle-même. Afin de garantir la qualité du travail de l'expert en matière de prévoyance professionnelle (par exemple retrait/expiration de l'agrément, déficiences répétées dans l'exercice de la fonction, etc.), un système d'information et de communication institutionnalisé entre Commission de haute surveillance, autorités de surveillance et associations professionnelles peut être prévu au niveau de l'ordonnance.

Une particularité s'applique à l'agrémentation de l'organe de révision et des réviseurs: ils ne sont admis que si l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) les a agréés au préalable en qualité d'experts-réviseurs ou d'entreprise de révision conformément à la loi sur la surveillance de la révision (LSR)[10]. De plus, les services de contrôle cantonaux (art. 33, let. b, OPP 2) ne peuvent plus fonctionner comme organe de révision pour des institutions de prévoyance cantonales ou communales, car dans ce cas le critère de l'indépendance ne serait pas respecté. 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 ces dispositions devraient donc être supprimées, ce qui rendrait nécessaire une modification de l'art. 33 OPP 2.

Il incombe à l'organe suprême de veiller à ce que les placements effectués (actifs) concordent avec les engagements (passifs). Il peut recourir pour cela aux prestations d'un spécialiste (expert en matière de prévoyance professionnelle ou spécialiste en

[10] FF **2005** 6867

placements). L'expert en matière de prévoyance professionnelle recommande à l'organe suprême, à intervalles réguliers, un taux d'intérêt technique ou des modifications des autres bases techniques. Si l'organe suprême ne suit pas sa recommandation et que cela compromettrait la sécurité de l'institution de prévoyance, il le signale à l'autorité de surveillance, qui en décide et adresse au besoin une directive à l'organe suprême.

En plus de ses tâches actuelles, l'organe de révision vérifie si les placements de l'institution de prévoyance sont effectués sur la base d'une concordance entre fortune placée et engagements.

1.2.4 Surveillance

Ces dernières années, les exigences en matière de surveillance n'ont cessé de croître. Cela tient d'une part 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 que les autorités de surveillance sont appelées à se prononcer en première instance sur les litiges en matière de transparence. Les dispositions de droit fiscal de la 1re révision de la LPP ont aussi entraîné une augmentation non négligeable de leur responsabilité. Alors que c'étaient auparavant les autorités fiscales qui fixaient en pratique les règles concernant la prévoyance exonérée d'impôts, ce sont désormais la LPP et ses ordonnances d'exécution qui régissent les principes d'adéquation, de collectivité, de planification, d'assurance, etc. L'examen des règlements effectué jusqu'ici à double par les autorités de surveillance des institutions de prévoyance et par les autorités fiscales sera remplacé par un examen unique, relevant de l'autorité de surveillance LPP.

Dans beaucoup de petits cantons, il n'existe pas aujourd'hui d'autorité s'occupant exclusivement de la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle et des fondations au sens classique du terme. Les cantons ont reconnu qu'il y avait là une lacune et ils s'efforcent d'y remédier. C'est ainsi qu'est entré en vigueur, le 1er 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 préparation; une autorité de surveillance régionale devrait y être opérationnelle à partir du 1er janvier 2008. Grâce à ces deux concordats, la majorité des petits cantons seront rattachés à une structure de surveillance régionale. De plus, la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle ayant leur siège dans le canton de Schaffhouse a été transférée au canton de Zurich dès le 1er janvier 2007. Cette évolution est extrêmement positive, mais pour que la qualité visée soit garantie, d'autres regroupements régionaux s'imposent afin que les autorités de surveillance disposent d'un personnel suffisant, ayant les qualifications appropriées. Le projet prévoit que les cantons se rapprochent par la création de concordats. Il n'existe pas, il est vrai, de base constitutionnelle qui permette à la Confédération de contraindre les cantons à passer des concordats. 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 exercer la surveillance avec professionnalisme. Le choix de cette solution repose sur les constats suivants:

- l'autorité de surveillance doit disposer d'un volume minimal de surveillance et des ressources en rapport pour pouvoir examiner si l'institution de prévoyance, l'expert 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 disposer d'un volume de surveillance minimal et des ressources ad hoc (reste que la Confédération ne peut pas obliger les cantons à conclure des concordats);
- l'uniformité de la pratique en matière de surveillance constitue un impératif essentiel de la sécurité du droit, qui doit être garantie par une haute surveillance efficace.

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

La surveillance directe des institutions de prévoyance d'envergure nationale exercée actuellement par l'OFAS sera confiée aux cantons. Autrement dit, pour toutes les institutions de prévoyance, la surveillance directe incombe désormais au canton où elles ont leur siège. La soumission des institutions d'envergure nationale à la surveillance des cantons ou des régions de surveillance a pour conséquence que les autorités compétentes devront communiquer avec les institutions soumises à leur surveillance non seulement dans la langue officielle du canton, mais aussi, au besoin, dans les autres langues officielles. Seuls le Fonds de garantie et l'Institution supplétive font exception à la règle de la surveillance exercée par le canton où l'institution a son siège, car ce ne sont pas des institutions de prévoyance au sens classique du terme. Ces deux institutions relèvent de l'autorité de haute surveillance.

Il est de la responsabilité des cantons de veiller à ce que l'autorité de surveillance dispose des compétences professionnelles et personnelles nécessaires. La responsabilité pour un éventuel dommage qui serait causé par les autorités de surveillance cantonales se détermine sur la base du droit cantonal. La responsabilité étatique cantonale est causale dans la plupart des cantons.

La réglementation fédérale sur la responsabilité proposée par la commission d'experts Réforme structurelle constituerait un empiètement dans la souveraineté cantonale sur le plan organisationnel, qui ne se justifierait qu'en présence de motifs importants. De plus, la réglementation proposée par la commission d'experts restreindrait fortement la responsabilité actuelle des cantons, la majorité d'entre eux connaissant une stricte responsabilité causale.

1.2.5 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 épaule 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 encontre.

Par ailleurs, le Conseil fédéral a délégué à l'OFAS une partie 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 la 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 1re révision de la LPP)[11];
- 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)[12];
- Directives du 10 juin 2005 sur les conditions requises pour la création d'institutions collectives ou communes[13].

La conception actuelle de la haute surveillance a plusieurs défauts. Tout d'abord, le Conseil fédéral n'est pas l'instance appropriée pour l'exercer. De par 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. Il a bien délégué une partie de ses compétences à l'OFAS, mais cette délégation n'est valable que pour des questions techniques. Et comme elle est limitée, l'OFAS ne dispose pas non plus des ressources nécessaires à l'exercice d'une haute surveillance efficiente.

Ensuite, la nouvelle autorité de haute surveillance doit garantir que l'ensemble du système de la prévoyance professionnelle 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 chaque institution respecte les dispositions

11 Cf. Message du 1er mars 2000 relatif à la 1re révision de la LPP, FF **2000** 2495.
12 FF **2004** 6383
13 FF **2005** 4013

légales et les normes adoptées 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.

L'autorité de haute surveillance doit surveiller la garantie de la qualité des réviseurs et des experts en matière de prévoyance professionnelle. A cet effet, elle peut donner force obligatoire générale à des règles déontologiques existantes, applicables aux réviseurs et aux experts en matière de prévoyance professionnelle, ou édicter elle-même des règles de ce type. Elle peut en outre donner aux réviseurs et aux experts des directives de nature générale.

Mais la haute surveillance consiste aussi à veiller à garantir la qualité des autorités de surveillance cantonales ou régionales. L'autorité de haute surveillance vérifie donc si ces autorités fournissent des prestations d'une qualité suffisante et conformes aux dispositions de la législation fédérale. Elle dispose pour cela de leurs rapports de gestion. Elle a aussi la compétence d'adresser aux autorités de surveillance des directives sur des questions techniques et de prendre des mesures pour corriger des dysfonctionnements. Si les compétences professionnelles ou personnelles d'une autorité de surveillance s'avèrent 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 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.

L'autorité de haute surveillance doit également veiller à la sécurité du droit, qui est un principe fondamental de la prévoyance professionnelle et une des conditions de cette sécurité est l'uniformité de la pratique en matière de surveillance, à savoir l'application uniforme des lois fédérales sur l'ensemble du territoire suisse. Pour obtenir cette application uniforme, l'autorité de haute surveillance a la compétence d'édicter des 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. Les compétences en matière de directives que l'OPP 1 prévoit actuellement pour l'OFAS sont transférées à l'autorité de haute surveillance.

Celle-ci a par ailleurs qualité pour recourir auprès du Tribunal fédéral contre des arrêts du Tribunal administratif fédéral[14]. En outre, le Tribunal fédéral lui demande d'émettre son avis lorsque des arrêts 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 du Tribunal fédéral.

Par ailleurs, l'autorité de haute surveillance exerce la surveillance directe sur le Fonds de garantie et sur l'Institution supplétive, en dérogation au principe selon lequel la surveillance est exercée par l'autorité du canton où l'institution a son siège.

[14] Art. 86 et 89 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), RS **173.110**, entrée en vigueur le 1er janvier 2007.

Le Fonds de garantie en tant que tel n'est pas une institution de prévoyance, et il assume des fonctions spéciales, notamment celles de centrale du 2e pilier et d'organisme de liaison pour les pays de l'UE et de l'AELE. L'Institution supplétive, pour sa part, est bien 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. Cette solution a donc déjà été rejetée par la commission d'experts Réforme structurelle. Le cumul de la surveillance directe et de la haute surveillance pour le Fonds de garantie comme pour l'Institution supplétive n'a pas été jugé aussi problématique, raison pour laquelle une subordination à l'autorité de haute surveillance est possible. La variante qui prévoyait de confier la surveillance de l'Institution supplétive à la surveillance fédérale des fondations et seulement celle du Fonds de garantie à l'autorité de haute surveillance a déjà été rejetée précédemment.

Pour 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 matériel. L'indépendance professionnelle signifie qu'elle n'est pas soumise à des directives du Conseil fédéral. Il va cependant de soi que le Conseil fédéral exerce une surveillance hiérarchique sur l'autorité de haute surveillance et que celle-ci doit lui rendre des comptes. Sur le plan financier également, l'indépendance est requise pour que l'autorité de haute surveillance dispose 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 une raison pour laquelle 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 et sa structure est appropriée à la taille de l'autorité de haute surveillance. Le fait que la Commission de haute surveillance soit dotée d'un secrétariat lui permettra d'accomplir ses tâches. Des commissions de ce type existent déjà; citons la Commission fédérale des banques, la Commission fédérale des maisons de jeu ou la Commission fédérale de la communication, lesquelles, il est vrai, exercent la surveillance directe dans leur domaine, ce qui n'est pas le cas de la commission de haute surveillance à créer.

La particularité de ces commissions, c'est que si le Conseil fédéral ne peut pas leur imposer des directives, elles doivent de leur côté lui rendre régulièrement un rapport. Les commissions sont nommées par le Conseil fédéral et doivent lui soumettre leur règlement pour approbation. Les dispositions légales spécifient souvent que pour pouvoir en être membre, 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 sept à neuf personnes, dont deux désignées par les partenaires sociaux. Les membres de la Commission de haute

surveillance travailleront à titre accessoire. Comme dans les autres commissions, ils devront être des «experts indépendants», choisis sur la base de leurs compétences professionnelles et non de leur appartenance à une association qu'ils représenteraient. Il ne convient pas qu'ils fassent partie d'un organe d'une association professionnelle ou d'une autorité de surveillance cantonale, ni qu'ils soient membres de la Commission LPP. En revanche, le fait de siéger dans un conseil de fondation ou de travailler comme expert ou comme réviseur ne devrait pas exclure systématiquement une candidature.

Pour les tâches opérationnelles, la commission a besoin d'un secrétariat. Le règlement de gestion de la Commission de haute surveillance répartit les compétences entre le secrétariat et la commission. Relèveraient de cette dernière les questions de stratégie et de principe, l'adoption de directives et standards, l'agrémentation (ou non-agrémentation) d'entreprises ou de personnes entendant travailler comme experts en matière de prévoyance professionnelle et le retrait de l'agrément. Au secrétariat, il reviendrait de préparer et d'appliquer les décisions de la commission. La commission serait financièrement indépendante, son activité étant financée par des émoluments. Mais pour assurer la coordination avec d'autres domaines des assurances sociales et pour qu'il n'y ait pas de conflits de compétences entre législation et activité de haute surveillance, le Conseil fédéral est d'avis que le secrétariat de la commission devrait être rattaché administrativement à l'OFAS. Le secrétariat doit bien sûr disposer de tout l'éventail 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. La commission signera elle-même ses décisions, de sorte que l'OFAS n'apparaîtra pas dans la haute surveillance.

1.3 Variante examinée: Surveillance des institutions collectives ou communes et des fondations de placement par une même autorité

1.3.1 Institutions collectives ou communes

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 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. Elles seront désormais aussi surveillées par des autorités cantonales ou régionales, en fonction de leur siège.

Etant donné la structure particulière des institutions collectives et des institutions communes, le Conseil fédéral avait proposé dans son rapport une variante consistant à les soumettre à une seule région de surveillance au lieu de fractionner cette surveillance en appliquant le principe du siège. Ce faisant, il laissait ouverte la question de savoir si cette autorité unique serait rattachée à une autorité cantonale ou régionale, à la Commission de haute surveillance ou à une autorité fédérale distincte. Les résultats de la consultation ont cependant montré qu'une dérogation au principe du siège pour certaines institutions de prévoyance n'était pas souhaitée. On a reproché à cette variante de créer une catégorie d'institutions de prévoyance supplémentaire, suscitant aussi par là des problèmes de délimitation.

1.3.2 Fondations de placement

Les fondations de placement sont des organisations annexes de la prévoyance professionnelle servant au placement collectif de capitaux. Selon la commission Réforme structurelle, les fondations de ce type, qui offrent à la prévoyance professionnelle des véhicules de placement respectant les normes OPP 2, ont toute leur raison d'être et doivent être maintenues. Du fait qu'il n'existe pas d'arguments fédéralistes plaidant en faveur d'une surveillance régionale et que la quasi-totalité des milieux professionnels ont approuvé le maintien de la surveillance centrale des fondations de placement, et aussi en raison de différences objectives et pour des motifs pratiques, la commission a jugé inopportun de soumettre les fondations de placement aux autorités de surveillance régionales, en application du principe du siège, ou d'en transférer la surveillance à une seule autorité régionale en établissant des contrats de prestations. C'est pourquoi la commission d'experts a recommandé 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)[15] et de soumettre ces fondations de placement à la FINMA.

Les fondations de placement n'étaient pas régies par l'ancienne loi sur les fonds de placement (LFP). Elles ont en outre été expressément exclues du champ d'application de la LPCC – contrairement à ce que proposait l'avant-projet de LPCC mis en consultation – 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, ainsi que de la décision du Conseil fédéral du 3 décembre 2004 et du message du 23 septembre 2005[16]. Les raisons de cette exclusion étaient les suivantes: les procédures de consultation avaient mis en évidence des problèmes juridiques fondamentaux, qui auraient considérablement retardé l'entrée en vigueur de la LPCC. De plus, par décision du 25 août 2004, le Conseil fédéral avait institué la commission d'experts Réforme structurelle, qui devait aussi se prononcer sur la surveillance des fondations de placement. Il ne fallait pas préjuger des travaux de cette commission. La position d'alors du Conseil fédéral d'exclure les fondations de placement du champ d'application de la LPCC n'a pas été remise en cause par le Conseil national lorsqu'il a traité le projet de loi sur les placements collectifs, durant la session de mars 2006; 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.

Comme cette question était encore ouverte au moment du lancement de la consultation, le Conseil fédéral a proposé dans son rapport deux variantes dans le cadre de la LPP: l'une dans laquelle la surveillance des fondations de placement relève de la Commission de haute surveillance, l'autre dans laquelle ces fondations sont soumises à la surveillance d'une autorité de surveillance unique. Aucune de ces variantes n'ayant rencontré l'approbation des participants à la consultation, le Conseil fédéral envisage à nouveau de soumettre les fondations de placement à la surveillance de la FINMA et il a pour cela chargé le DFF, par une décision du 28 février 2007, d'examiner en collaboration avec le DFJP et le DFI la mise en œuvre de la soumission des fondations de placement à la LPCC et de lui présenter le cas échéant un rapport à ce sujet d'ici mi-2008.

15 RS **951.31**
16 FF **2005** 5993

1.4 Gouvernance des fonds de pension

Quelques participants à la consultation, sous l'effet de l'impression laissée par les cas Swissfirst et FirstSwiss, ont demandé d'améliorer, dans le cadre de la réforme structurelle en cours, les dispositions en matière de gouvernance. Le Conseil fédéral, dans ses réponses à plusieurs interventions parlementaires (06.3424 Interpellation urgente Frick: Transparence et sécurité en matière de gestion des avoirs du 2e pilier; 06.3430 Interpellation urgente Gentil et 06.3427 Interpellation Groupe socialiste: Transactions Swissfirst-Bank am Bellevue. Conséquences pour les assurés LPP; 06.3441 Interpellation Groupe radical et 06.3449 Interpellation Forster-Vannini: Surveillance des caisses de pensions), s'est également exprimé en faveur de l'examen et de l'inclusion de mesures supplémentaires de gouvernance dans la réforme en cours, car il est nécessaire de renforcer les mesures introduites par la 1re révision de la LPP. De plus, l'intérêt pour la prévoyance et le besoin de contrôle s'avèrent toujours plus importants pour les assurés.

Trois motions du conseiller national Rudolf Rechsteiner (06.3456, 06.3457 et 06.3458) sont encore pendantes; en accord avec leur auteur, le Conseil fédéral attend, pour y répondre, l'adoption du message sur la réforme structurelle.

1.5 Rapports avec le droit européen

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

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

Au surplus, le présent projet de réforme structurelle est compatible avec le droit de la Communauté européenne, et le droit du Conseil de l'Europe ne comporte pas de normes auxquelles le projet est susceptible de contrevenir.

1.6 Classement d'interventions parlementaires

Nous proposons de classer 8 interventions parlementaires. La motion Widrig «Caisses de pensions. Contrôle de l'actif du bilan» (98.3076), transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 mars 2000, demande d'institutionnaliser les

spécialistes en placement dans la prévoyance professionnelle. Cette demande a été prise en compte par le présent message dans la mesure où il définit les différentes facettes de l'activité de placement pour chacun des acteurs dans ce domaine et prévoit également une collaboration des spécialistes en placement. Le postulat Hess Walter «Contrôle de la prévoyance professionnelle par la Confédération» (02.3405), qui demandait l'examen de la double surveillance et l'amélioration de la haute surveillance, peut être considéré comme réalisé avec le présent message. Les exigences du postulat «Deuxième pilier. Instaurer un contrôle et créer la transparence» (02.3429) du Groupe de l'Union démocratique du centre, qui demandait plus de transparence et une révision de la surveillance des fondations collectives, ont déjà été en majeure partie réalisées avec la 1re révision de la LPP (autonomisation des fondations collectives, organe suprême paritaire) et la question d'une autorité de surveillance spécifique pour les fondations collectives a été examinée par le présent message. Le postulat «Surveillance intégrale exercée sur les institutions de prévoyance professionnelle» (02.3453), transmis le 28 novembre 2002, exige la création d'une autorité supérieure de surveillance pour toutes les institutions de la prévoyance professionnelle, avec également des compétences en matière de politique financière et de placement. Dans son message du 1er février 2006[17] sur la surveillance des marchés financiers, le Conseil fédéral a décidé que la prévoyance professionnelle ne sera pas intégrée dans l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). L'assujettissement des fondations de placement doit cependant encore être examiné. Le point 2 de l'intervention «Sécurité et confiance en matière de deuxième pilier» (02.3401) du Groupe radical-libéral a été adopté comme motion. Il demande d'améliorer la surveillance dans le deuxième pilier et d'instaurer une structure de surveillance indépendante, extérieure à l'administration. Cette demande a été prise en compte par le présent message. La motion du Groupe socialiste «Surveillance des assurances» (02.3418), qui demande d'améliorer la surveillance des caisses de pensions et des assurances-vie collectives, a été satisfaite, d'une part, par la révision de la loi sur la surveillance des assurances (LSA) et, d'autre part, par le présent projet de révision de la LPP. Enfin, la 1re révision de la LPP (surveillance du pilier 3a), la révision de la LSA (délimitation entre la surveillance des assurances et la surveillance de la prévoyance) ainsi que la présente optimisation de la surveillance du 2e pilier ont permis de régler la question de la «Surveillance uniforme par la Confédération de toutes les institutions de prévoyance professionnelle» (03.3430) demandée par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats. Le postulat de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (06.3660), qui demandait l'examen de l'assujettissement à la loi sur la surveillance des marchés financiers des autres intermédiaires financiers tels que les caisses de pensions, était déjà satisfait pour l'essentiel, puisque le Conseil fédéral a décidé de ne pas assujettir les gérants de fortune indépendants à ladite loi. Le présent projet rend obsolète la question supplémentaire de l'assujettissement des institutions de prévoyance à la FINMA.

17 FF **2006** 2741

1.7 Adaptation rédactionnelle d'autres articles

La présente révision prévoit également certaines adaptations rédactionnelles qui ne concernent pas la réforme structurelle mais qui sont rendues nécessaires en raison de l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP:

- L'art. 33 LPP est abrogé.
- Les renvois dans l'art. 26, al. 3, LPP, l'art. 47, al. 2, LPP, l'art. 9, al. 2, LFLP et l'art. 19 LFLP sont corrigés.

2 Commentaire des modifications

2.1 Modification de la LPP

Art. 26, al. 3

La référence à l'art. 2, al. 1bis, LPP doit être corrigée, car cette disposition sur les bénéficiaires d'indemnités de chômage a été déplacée de l'al. 1bis à l'al. 3 avec l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP.

Art. 33 Prestations minimales pendant la période transitoire

L'art. 33 LPP peut être abrogé, puisque la décision qu'il n'y aura plus de définition des prestations minimales, prise dans le cadre du 2e paquet de la 1re révision de la LPP, l'a vidé de son sens.

Art. 47, al. 2

La référence à l'art. 2, al. 1bis, LPP doit être corrigée, car cette disposition sur les bénéficiaires d'indemnités de chômage a été déplacée de l'al. 1bis à l'al. 3 avec l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP.

Art. 49, al. 2, ch. 7, 9, 10, 14 et 15

Cet article est adapté aux modifications effectuées. Les ch. 7 (gestion paritaire et tâches de l'organe suprême) et 9 (agrémentation et tâches des organes de contrôle) sont élargis, le ch. 10 (conflits d'intérêts) est complété par la mention des dispositions régissant l'intégrité et la loyauté des responsables ainsi que les actes juridiques passés avec des proches; au ch. 14, le renvoi aux articles y relatifs (nouveaux) est adapté, et le ch. 15 peut être biffé étant donné l'abrogation de l'art. 63*a* LPP.

Art. 51, al. 6 et 7

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

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

La LPP en vigueur ne contient pas d'énumération explicite des tâches de l'organe suprême. Les obligations légales visent toujours l'institution de prévoyance elle-même. Il est cependant essentiel que la marge d'appréciation et partant la responsabilité des différents organes soient clairement réglées. Il convient donc de regrouper dans un nouvel article les tâches et les responsabilités de l'organe suprême.

L'*al. 1* énonce les tâches de l'organe suprême sous forme de principes. L'organe suprême détermine les principes et les objectifs stratégiques de l'institution de prévoyance. Ceux-ci portent en premier lieu sur le système de financement, les objectifs en matière de prestations et les plans de prévoyance, ainsi que les principes et les objectifs relatifs au placement de la fortune. L'organe suprême décide des principes de la politique de placement sur la base de la capacité de risque de l'institution de prévoyance. Il définit l'organisation de l'institution de prévoyance et les moyens permettant d'atteindre les objectifs. De plus, il est responsable de l'accomplissement des tâches que la loi confie à l'institution de prévoyance.

L'organe suprême a la possibilité de déléguer certaines tâches. Il est cependant des tâches de gestion essentielles qu'il ne peut déléguer, mais doit remplir lui-même. L'*al. 2* les énumère. Elles comprennent la définition du système de financement (organisation de ce système et fixation des cotisations), des objectifs en matière de prestations (primauté des cotisations ou primauté des prestations), des plans de prévoyance (revenu assuré, bonifications de vieillesse, types de prestations) et des principes relatifs à l'affectation des fonds libres (rapport entre l'indexation des rentes et l'amélioration des expectatives de prestations pour les assurés actifs, conditions des réductions de cotisations), l'édiction et la modification de règlements, l'approbation des comptes annuels, le choix des bases techniques déterminantes (par exemple bases CFA, VZ Zurich, LPP 200x) et du taux d'intérêt technique, la définition de l'organisation de l'institution de prévoyance (aussi pour éviter les conflits d'intérêts), l'organisation de la comptabilité (en particulier le reporting et le controlling), la garantie de l'information des assurés (actifs et rentiers), celle de la formation initiale et de la formation continue des représentants des salariés et de l'employeur, la nomination et la révocation des personnes chargées de la gestion (également dans le cas d'une administration externe, en tenant compte des dispositions sur l'intégrité et la loyauté), la prise de décision en matière de réassurance (assurance complète, assurance-risque, assurance stop-loss, etc.) et touchant le réassureur, la définition des principes et des objectifs tant en matière de placement de la fortune (rendements cibles, exercice des droits de vote, etc.) que d'exécution et de surveillance des processus de placement (choix et révocation des gestionnaires de fortune, garantie de leur loyauté par des mesures appropriées), de même que le contrôle périodique de la concordance entre la fortune placée et les engagements de l'institution de prévoyance. Ces tâches sont valables aussi bien pour l'organe paritaire d'une caisse de pension d'entreprise que pour l'organe suprême d'une institution collective ou commune. Une réserve ne s'impose que pour les institutions de prévoyance de droit public, lorsque les collectivités publiques concernées fixent les dispositions correspondantes dans une loi. Ces dispositions sont aussi applicables par analogie aux institutions de prévoyance constituées sous forme de coopérative.

L'*al. 3* règle quelles tâches l'organe suprême peut déléguer et à qui au sein de ce même organe. Il n'est pas obligé d'accomplir toutes ses tâches lui-même et de mobiliser son effectif complet. Il peut en particulier confier la préparation ou

l'exécution de ses décisions à certains de ses membres, individuellement ou collectivement. Mais c'est lui qui reste responsable au premier chef de la prise des décisions et des conséquences qui en résultent en responsabilité civile. Toutefois, lorsque des tâches sont déléguées, les autres membres de l'organe suprême doivent être régulièrement informés. Cette obligation est double: d'un côté, les délégués doivent fournir des informations, mais de l'autre, l'organe suprême est tenu d'exiger ces informations.

Il convient de rappeler le devoir général de diligence de l'organe suprême selon l'art. 55 CO (cura in eligendo, instruendo et custodiendo) en particulier en cas de délégation d'affaires à des tiers: lors du choix des personnes ou institutions mandatées, l'organe suprême doit contrôler la formation, l'expérience, la bonne réputation, l'application et la fiabilité de celles-ci ainsi que la garantie d'une activité irréprochable. Cela implique aussi la prise en considération d'éventuels conflits d'intérêts. L'organe suprême doit instruire convenablement les personnes qu'il engage ou qu'il mandate. Il doit également surveiller les personnes ou institutions mandatées (internes ou externes). Il y a lieu de déterminer précisément l'étendue et l'intensité de ce devoir de surveillance. Par exemple, l'étendue et l'intensité de la surveillance seront plus grandes à l'égard des gérants de fortune, si ceux-ci ne sont soumis ni à la surveillance des banques, ni à la surveillance des assurances. Dans les institutions de prévoyance les plus grandes, il peut se justifier de confier cette tâche à une instance de contrôle interne, indépendante (service «compliance»). Il incombe également à l'organe suprême de veiller à une bonne organisation de l'institution de prévoyance.

L'*al. 4* correspond à l'actuel art. 51, al. 7, à ceci près qu'il est impératif que l'organe suprême décide du versement d'une indemnité équitable.

Art. 51b (nouveau) Intégrité et loyauté des responsables

Jusqu'ici, seul l'art. 48*h* OPP 2 contenait certaines exigences concernant les aptitudes des gestionnaires de fortune. Il est vrai que l'actuel art. 51, al. 6, LPP (qui devient l'art. 51*a*, al. 2, let. i) prévoit l'obligation de garantir la formation initiale et la formation continue des membres de l'organe suprême, mais une disposition générale relative aux qualités des personnes qui assument la gestion ou l'administration de l'institution de prévoyance ou une partie de celle-ci fait défaut. Il n'est cependant toujours pas prévu de définir certaines connaissances ou formations préalables comme conditions à l'exercice de fonctions dirigeantes, en particulier pour les membres de l'organe suprême, car dans un système où la composition de ce dernier est paritaire, de telles conditions en matière de qualité seraient difficiles à imposer comme préalable à une candidature.

L'*al. 1* se borne par conséquent à prévoir que les personnes chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'administrer sa fortune doivent jouir d'une bonne réputation et offrir toutes les garanties d'une activité irréprochable. Des formulations analogues se trouvent déjà dans d'autres lois en lien avec la surveillance financière (notamment art. 3, al. 2, let. c, LB[18]; art. 14, al. 1, let. a, LPCC[19]; art. 12, al. 1, let. a, LMJ[20]; art. 40 LCC[21] en corrélation avec l'art. 4, al. 1, OLCC[22]); de ce fait, une pratique en la matière existe déjà.

Cette disposition donne aux autorités de surveillance la possibilité de relever de leurs fonctions d'éventuels «moutons noirs» de la branche. La bonne réputation et la garantie d'une activité irréprochable se réfèrent à l'exercice des tâches de la personne. Pour dénier la bonne réputation d'une personne, il faut être en présence d'un délit d'une certaine gravité, par exemple un délit d'ordre financier commis par la personne dans le cadre de ses fonctions. Par contre, de simples contraventions, liées par exemple à la circulation routière, ne sont pas, a priori, de nature à remettre en question la bonne réputation d'un gérant ou d'un administrateur.

L'*al. 2* énonce une chose qui au fond devrait aller de soi: les organes et les employés d'une institution de prévoyance doivent toujours faire passer les intérêts de cette dernière avant leurs intérêts personnels. Des mandataires externes, comme un gérant ou un gestionnaire de fortune, doivent eux aussi prendre les mesures organisationnelles qui s'imposent pour éviter des conflits d'intérêts entre eux ou d'autres clients et l'institution de prévoyance, excluant ainsi les désavantages qui pourraient en résulter pour cette dernière (principe de l'égalité de traitement). L'organe suprême a l'obligation de veiller à ce que ces principes soient observés.

Art. 51c (nouveau) Actes juridiques passés avec des personnes proches

Selon l'*al. 1*, il faut éviter que l'institution de prévoyance passe des actes juridiques dans des conditions défavorables, c.-à-d. susceptibles de lui causer un dommage. Une interdiction générale de passer certains actes juridiques, considérés comme délicats, avec des personnes proches ne serait toutefois pas réalisable en l'absence d'états de faits suffisamment précis. Il est fréquent que, dans deux situations pratiquement identiques, il soit souhaitable de conclure l'affaire dans le premier cas mais nécessaire d'y renoncer dans le second. Ce problème de différenciation se pose notamment pour les actes juridiques passés avec l'employeur: si par exemple l'institution de prévoyance conclut un contrat de gestion de fortune avec l'employeur ou son chef financier, il peut en résulter des synergies et le savoir-faire interne peut être utilisé; mais d'un autre côté, il y a risque que l'employeur exige des frais de gestion trop élevés. Un problème similaire se pose en cas de vente immobilière: lorsqu'un employeur ne peut pas vendre un immeuble ou qu'il a un besoin urgent de liquidités, il peut arriver qu'une institution de prévoyance intervienne et acquière l'immeuble. Si le prix d'acquisition correspond au prix usuel du marché, l'affaire ne prête pas le flanc à la critique. Par contre, si la transaction n'est pas conforme aux conditions habituelles du marché, c.-à-d. si l'institution de prévoyance a acheté l'immeuble à un prix trop élevé, il en résulte pour elle un certain risque; en d'autres termes, l'intérêt de l'employeur a été surévalué. Toutefois, une telle acquisition ne doit pas a priori être interdite ou invalidée: si elle permet de sauver l'entreprise et qu'en fin de compte les assurés en profitent aussi, il ne serait guère possible d'imposer la nullité d'une telle opération.

L'état de faits amenant à considérer un acte juridique comme délicat doit être formulé de manière relativement ouverte et un examen du cas particulier doit être prévu. Un tel examen incombe à l'organe de révision. Contrairement à ce qui avait été

18 RS **952.0**
19 RS **951.31**
20 RS **935.22**
21 RS **221.214.1**
22 RS **221.214.11**

proposé initialement, le présent message ne prévoit pas un examen préalable des actes juridiques passés avec les proches. En effet, une telle procédure serait lourde, coûteuse et préjudiciable à la sécurité du droit.

Pour ces motifs, les actes juridiques passés avec des membres de l'organe suprême, avec l'employeur affilié ou avec des personnes physiques ou morales chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'administrer sa fortune, ainsi qu'avec des personnes physiques ou morales proches des personnes précitées, doivent, aux termes de l'*al. 2*, être annoncés à l'organe de révision au moment de la remise des comptes annuels; ce dernier devra examiner, au cas par cas, si les relations contractuelles sont équilibrées. Sont considérés comme proches les conjoints, les parents, ainsi que les sociétés contrôlées économiquement par les personnes citées.

Si l'organe de révision constate qu'un acte juridique passé avec des proches est abusif ou ne se conforme pas aux conditions usuelles du marché, il devra en informer l'autorité de surveillance compétente, laquelle prendra les mesures nécessaires (*al. 3*).

Art. 52, al. 1 et 4 (nouveau)

Cette disposition règle la responsabilité de l'organe de révision et correspond à l'art. 53, al. 1bis, en vigueur. Il convient, pour des raisons de systématique, de l'ajouter aux autres dispositions relatives à la responsabilité, c.-à-d. à l'art. 52.

Art. 52a (nouveau) Vérification

Cette disposition correspond matériellement à l'actuel art. 53, al. 1 et 2, LPP. Il oblige l'institution de prévoyance à faire exercer un contrôle par un organe de révision et par un expert en matière de prévoyance professionnelle.

Al. 2: L'organe de direction de l'institution de prévoyance – et non pas l'organe de révision – est responsable d'informer l'autorité de surveillance et les experts LPP du résultat de la révision. L'autorité de surveillance pourra, comme jusqu'ici, exiger la remise du rapport complémentaire destiné en premier lieu à la gestion opérationnelle, si cela s'avère nécessaire pour la surveillance de l'institution dans le cas particulier et, le cas échéant, pour celle de l'organe de révision. Le principe selon lequel les assurés ne reçoivent pas automatiquement le rapport de révision mais peuvent le demander en tout temps est maintenu pour des raisons de praticabilité.

Art. 52b (nouveau) Agrémentation des organes de révision dans la prévoyance professionnelle

La loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision (LSR)[23] 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 dans la mesure où la LPP renvoie à la LSR.

23 FF **2005** 6867

Selon l'*al. 1*, pour qu'une personne ou une entreprise puisse exercer une activité de révision dans le domaine de la prévoyance professionnelle, il faut qu'elle obtienne l'agrément en tant qu'expert-réviseur conformément à la LSR. Comme les autres qualifications permettant d'être agréé encore prévues aujourd'hui à l'art. 33, let. a, c et d OPP 2 devraient être supprimées en grande partie, les critères d'agrément définis par la LSR coïncident avec ceux prévus jusqu'ici par l'OFAS en vertu de l'art. 33, let. c, OPP 2, si bien que l'on peut renoncer à des conditions d'agrément supplémentaires. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire de tenir un registre spécifique, puisque l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision tiendra un registre central.

Sur la base de l'*al. 2*, le Conseil fédéral se réserve cependant le droit de fixer par voie d'ordonnance des conditions d'agrément supplémentaires pour la révision d'institutions particulières comme les institutions collectives, les institutions communes, les fondations de libre passage et les institutions du pilier 3a

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

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

- les let. a et b correspondent aux actuels art. 53, al. 1, LPP et 35, al. 1, let. a et b, OPP 2. La vérification des comptes de vieillesse selon la LPP (compte témoin) est inscrite dans la loi;
- la let. c assigne à l'organe de révision la tâche de vérifier si l'organe suprême s'est assuré de manière appropriée que la fortune de placement correspond aux engagements de l'institution de prévoyance, compte tenu du type et de la taille de cette dernière, et si la politique de placement est conforme aux prescriptions légales et réglementaires en matière de placements;
- la let. d reprend l'obligation actuellement définie à l'art. 35, al. 1, let. c, OPP 2 en rapport avec la loyauté dans la gestion de fortune. Avec l'extension prévue des dispositions des art. 48*f* à 48*h* OPP 2 en matière de loyauté, l'organe de révision doit aussi vérifier si l'organe suprême contrôle suffisamment le respect de ces dispositions;
- la let. e renvoie à l'obligation d'utiliser conformément aux dispositions légales et réglementaires, au titre de fonds libres ou de participation aux excédents, les gains obtenus après attribution aux provisions et réserves. Seule l'utilisation des participations aux excédents résultant des contrats d'assurance est aujourd'hui réglementée dans la loi (art. 68*a* LPP);
- la let. f reprend les obligations qui découlent pour l'organe suprême des mesures en cas de découvert prévues par l'art. 65*d* LPP. L'organe de révision doit vérifier en particulier s'il existe un règlement en vue de résorber le découvert dans un délai approprié, règlement tenant compte de la situation particulière de l'institution de prévoyance, notamment de la structure de ses placements et de ses engagements, ainsi que de l'évolution probable de l'effectif de ses assurés et de ses bénéficiaires de rentes (art. 65*d*, al. 2). Cette vérification s'impose notamment dans les cas prévus à l'art. 65*d*, al. 3, lorsque des cotisations ou des contributions d'assainissement sont prélevées auprès de l'employeur et des salariés ou des bénéficiaires de rentes;

– la let. g exige la vérification du respect de toutes les obligations d'informer. La LPP prévoit qu'en diverses situations, plusieurs acteurs sont tenus d'aviser l'autorité de surveillance, en particulier l'expert en matière de prévoyance professionnelle, lorsque la situation de l'institution de prévoyance exige une intervention rapide, que son mandat expire ou que l'organe suprême a fixé un taux d'intérêt technique différent de celui qu'il proposait. Par ailleurs, les comptes annuels doivent être remis avec le rapport de révision, de même que les règlements et d'autres documents. L'organe de révision doit vérifier que toutes ces communications ont eu lieu dans les délais.

– la let. h exige la vérification des actes juridiques visés à l'art. 51*c* LPP.

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

– Certification des comptes (ou, selon la terminologie de la Chambre fiduciaire, «Rapport de l'organe de contrôle sur la vérification des comptes annuels au …»): l'organe suprême est informé brièvement de l'étendue de la vérification, de la méthode appliquée et du résultat du contrôle au moyen d'une attestation standardisée. Si la vérification ne donne lieu à aucune remarque particulière, il est établi que les comptes annuels, la gestion et le placement de la fortune, ainsi que (pour les institutions enregistrées) les comptes de vieillesse de l'institution de prévoyance, satisfont aux prescriptions de la loi, des statuts et des règlements. Dans ces conditions, les vérificateurs recommandent en général d'approuver les comptes annuels. Beaucoup d'institutions de prévoyance remettent aux assurés la certification des comptes et les comptes annuels complets; dans d'autres cas, les assurés reçoivent une information sommaire de la part de l'organe de gestion et peuvent obtenir sur demande une copie de la certification et des comptes annuels.

– Rapports complémentaires: souvent, la certification proprement dite est complétée par des procès-verbaux d'entretiens, une «management letter» et un rapport explicatif. Très fréquemment, ces différents documents sont remis à des destinataires distincts; en d'autres termes, un membre de la direction ou de l'organe suprême ne dispose pas toujours de tous ces rapports. Les autorités de surveillance ne reçoivent pas ces rapports qui servent en premier lieu à la gestion opérationnelle, mais elles ont la possibilité de les exiger dans des cas particuliers. Les assurés n'y ont pas accès. Du fait de la restructuration des tâches de vérification, le contenu du rapport annuel ordinaire doit lui aussi être modifié. La mention des comptes annuels doit montrer que le rapport de l'organe de révision et les comptes annuels certifiés constituent un seul et même élément d'information.

Al. 3: Afin que, selon les cas, les informations fournies soient suffisamment détaillées, la possibilité d'établir des rapports complémentaires est inscrite dans la loi. Il serait toutefois excessif d'exiger que de tels rapports soient fournis dans tous les cas. Pour le reste, il doit être garanti à l'avenir que l'ensemble des membres de l'organe suprême soient informés en détail du contenu et du résultat du contrôle effectué par l'organe de révision. Comme jusqu'ici, l'organe de révision doit pouvoir discuter des résultats à l'échelon approprié avec les représentants de la gestion opérationnelle, mais tous ses rapports écrits doivent être mis à la disposition de l'organe suprême.

L'*al. 4* concerne la relation entre les organes de révision, les associations professionnelles, les autorités de surveillance et la Commission de haute surveillance. Les aspects suivants sont concernés:

- Système institutionnalisé d'annonce entre autorités de surveillance et associations professionnelles des organes de révision: si, dans l'exercice de leur activité, les autorités de surveillance constatent des manquements liés aux opérations de vérification des organes de révision, ces constatations sont transmises, par l'intermédiaire de la Commission de haute surveillance, à l'association professionnelle des organes de révision concernée, en vue d'obtenir une amélioration générale de la qualité.
- Définition de domaines particuliers soumis à vérification: la Commission de haute surveillance doit pouvoir définir des domaines particuliers que les organes de révision auront à vérifier dans des délais déterminés, afin d'assurer une prise en compte généralisée de thèmes d'actualité, ou l'analyse de l'application de nouvelles dispositions de loi ou d'ordonnance (par exemple la mise en œuvre de la parité dans l'organe suprême après l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP).

Art. 52d (nouveau) Agrémentation des experts en matière de prévoyance professionnelle

Une nouvelle règle est introduite: pour exercer dans le domaine de la prévoyance professionnelle, les experts en matière de prévoyance professionnelle doivent aussi obtenir préalablement l'agrément de la Commission de haute surveillance (*al. 1*). Là encore, tant des entreprises que des personnes physiques peuvent être agréées. Dans le cadre de la procédure d'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 agréés.

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

Les critères professionnels et personnels sont généralement précisés par les associations professionnelles, qui élaborent des normes de qualité définissant plus précisément les critères d'agrémentation (*al. 3*). La Commission de haute surveillance confère force obligatoire aux normes de qualité dont elle approuve le contenu. Plusieurs associations professionnelles peuvent être compétentes pour l'élaboration d'une norme de qualité. Si elles ne peuvent se mettre d'accord sur une norme, ou si la Commission de haute surveillance n'approuve pas une norme de qualité qui lui a été soumise, elle fixe elle-même les critères d'agrémentation.

Les experts en matière de prévoyance professionnelle sont agréés pour une durée de cinq ans. Durant ces cinq ans, la Commission de haute surveillance peut retirer son agrément si elle apprend, par exemple par une communication des associations professionnelles ou de l'autorité de surveillance, que dans un cas donné les conditions d'agrémentation ne sont plus remplies. L'agrément expire automatiquement au terme des cinq ans. Sur demande, la Commission de haute surveillance examine si les conditions d'agrémentation sont toujours remplies et, le cas échéant, elle renouvelle l'agrément pour cinq ans (*al. 4*).

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

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

Aux termes de l'*al. 2*, l'expert soumet à l'organe suprême ses recommandations sur le niveau du taux d'intérêt technique et sur les autres bases techniques. L'expert a une fonction consultative.

Selon l'*al. 3*, l'expert doit intervenir lorsque l'organe suprême ne donne pas suite à ses recommandations. Si l'institution de prévoyance ne suit pas ses recommandations et que la sécurité de celle-ci s'en trouve compromise, il doit en informer l'autorité de surveillance. Celle-ci décidera alors de la suite à donner.

L'*al. 4* accorde au Conseil fédéral la compétence de réglementer les rapports entre l'expert et les autorités de surveillance ou la Commission de haute surveillance. Cette disposition doit être mise en relation avec les nouveaux art. 62*a*, al. 2, let. b, et 64*a*, al. 1, let. f. La première de ces dispositions accorde à l'autorité de surveillance la compétence de donner à l'expert des directives dans des cas particuliers, la seconde reconnaît à la Commission de haute surveillance la compétence d'édicter à l'attention des experts des directives générales.

Art. 53 Contrôle

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

Art. 53a Dispositions d'exécution

Une disposition contenant une clause générale va dorénavant figurer au niveau de la loi (art. 51*b*) pour éviter des conflits d'intérêts et c'est la raison pour laquelle l'art. 53*a* a été adapté sur le plan rédactionnel (l'actuelle let. b peut être biffée). Les actuels art. 48*f* et 48*g* OPP 2 doivent être complétés de la manière suivante:

Une interdiction du parallel running sera également mentionnée à la let. c de l'art. 48*f*, al. 2, OPP 2, c.-à-d. qu'il ne sera plus permis d'effectuer des opérations de placement en parallèle avec des transactions pour le compte de l'institution de prévoyance. La pratique a démontré qu'il n'est pas toujours facile de distinguer le front running du parallel running et qu'il n'y a pas toujours de raison évidente pour qu'un gestionnaire de fortune comprenne qu'il ne doit pas traiter en même temps ses affaires privées et celles de l'institution de prévoyance. Il devrait lui-même clairement distinguer quand il répond de sa gestion à l'égard de l'employeur ou du mandant et quand il traite pour son propre compte.

L'art. 48*f*, al. 3, OPP 2 énonce le principe selon lequel les personnes et institutions chargées de gérer et d'administrer l'institution de prévoyance ou de placer et d'administrer la fortune de prévoyance doivent lui restituer tous les avantages financiers obtenus de tiers en rapport avec l'exercice de ces activités. Ne sont pas concernés par cette disposition les cadeaux bagatelle et les cadeaux occasionnels d'usage.

Ce principe est déjà concrétisé dans le cadre du mandat (art. 400, al. 1, CO) et du contrat de travail (art. 321*b*, al. 1, CO) et est ainsi repris explicitement dans la présente réglementation. Par ailleurs, un arrêt du Tribunal fédéral (ATF *132* III 460) l'a récemment confirmé. Ce devoir de restitution doit être de nature impérative, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être modifié par d'autres dispositions contractuelles expresses.

L'art. 48*g* OPP 2 (avantages financiers personnels: annonce) est complété en ce sens que les personnes et institutions chargées de gérer et d'administrer l'institution de prévoyance ou de placer et d'administrer la fortune de prévoyance doivent transmettre chaque année à l'organe paritaire une déclaration écrite confirmant qu'elles ont respecté l'art. 48*f* OPP 2. Les personnes et institutions auxquelles s'appliquent la loi sur les banques n'ont pas besoin de fournir une telle déclaration écrite.

L'organe suprême examinera les données fournies dans la déclaration. Il va vérifier l'exactitude de ces dernières par un échantillonnage qui doit être adapté à la grandeur et à la structure de l'institution de prévoyance. L'organe supprême de grandes institutions de prévoyance qui possèdent déjà un mécanisme de contrôle interne peut lui déléguer cette tâche. Il est également possible que l'organe suprême confie à un organe externe le soin de contrôler les données contenues dans la déclaration.

Les personnes concernées par cet examen ne doivent communiquer à l'organe de contrôle compétent leur situation de fortune que dans la mesure où cela est nécessaire pour confirmer l'exactitude de la véracité de leur déclaration.

Art. 61 Autorité de surveillance

Par rapport à la LPP actuelle, la modification apportée à l'*al. 1* est purement rédactionnelle. Comme jusqu'à présent, cette disposition s'applique non seulement aux institutions enregistrées au sens de la LPP mais aussi à toutes les institutions dont le but est la prévoyance. Elle vise tant les institutions de droit public que de droit privé actives au niveau régional, national ou international. C'est toujours le principe du siège qui prévaut, à savoir que le canton responsable de la surveillance est celui sur le territoire duquel l'institution de prévoyance à son siège.

L'*al. 2* donnait jusqu'ici au Conseil fédéral la compétence de fixer à quelles conditions les institutions de prévoyance et les institutions qui servent à la prévoyance sont soumises à la surveillance de la Confédération. Cette disposition doit être abrogée, puisque le présent projet de loi prévoit que ces institutions ne sont plus soumises à une autorité administrative fédérale mais à une surveillance cantonale ou régionale.

La nouvelle version de l'al. 2 donne aux cantons la possibilité de former une autorité régionale de surveillance, en particulier lorsqu'un canton ne dispose pas à lui seul des ressources suffisantes pour remplir les exigences légales en matière de surveillance.

L'*al. 3* concrétise le principe fondamental selon lequel l'autorité de surveillance, quelle soit cantonale ou régionale, doit être indépendante sur les plans légal, financier et administratif. Elle satisfait ainsi au vœu de la commission «Optimisation». Il n'y a aucune raison si l'on exige l'indépendance de la Commission de haute surveillance qu'il n'en soit pas de même pour ce qui est de la surveillance cantonale. En effet, des risques de collusions ou des conflits d'intérêts existent aussi au niveau des cantons. Par exemple, les autorités cantonales exercent la surveillance sur les institutions de prévoyance de droit public, qui, par définition, dépendent également d'un

service administratif cantonal (en général le service cantonal des finances). A l'heure actuelle, les personnes chargées de la surveillance sont en principe également soumises au personnel de l'administration cantonale et, par conséquent, aux directives de cette dernière. Elles ne disposent donc pas de la liberté nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches (budget, limitation du personnel, etc.). La 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 tels que l'obligation de rapporter sur l'exercice de la surveillance, l'approbation de la nomination des personnes responsables, la rémunération du personnel, la manière de fixer les taxes d'émolument, ainsi qu'aux formes juridiques envisageables d'autorité décentralisée. Néanmoins, compte tenu de l'importance et des exigences croissantes de la surveillance dans l'application de la prévoyance professionnelle ainsi que de la nature de l'activité de surveillance relevant de la puissance publique, elle instaure une norme qui définit clairement dans quel domaine doit s'exercer cette autonomie. Ainsi, il est impératif que l'autorité de surveillance ne soit pas soumise à des directives administratives et que son personnel ne dépende pas de la politique budgétaire du canton. Ce n'est qu'ainsi qu'on peut garantir que la surveillance des acteurs du système soit impartiale et non soumise à des pressions politiques.

La responsabilité des autorités de surveillance ne sera pas réglée expressément par une disposition de la LPP. L'art. 52 LPP se réfère uniquement aux organes de l'institution de prévoyance. La responsabilité pour un dommage éventuel qui serait causé par les autorités de surveillance cantonales est déterminée par le droit cantonal. La responsabilité étatique cantonale est causale dans la plupart des cantons.

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

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

En pratique, avant l'inscription au registre du commerce d'une institution de prévoyance, le préposé requiert de l'autorité de surveillance compétente une approbation formelle de conformité à la loi des statuts et règlements. Le complément apporté à la let. a ne fait donc que concrétiser ce qui existe déjà en pratique. Il renforce ainsi légalement le pouvoir d'examen de l'autorité de surveillance et l'étend aux statuts de l'institution de prévoyance. A noter que la notion de statuts s'applique aussi bien à la fondation qu'à l'acte constitutif de la société coopérative au sens des art. 830 ss CO.

L'obligation d'employer la fortune de prévoyance conformément à sa destination n'est aujourd'hui formulée que dans le droit des fondations (art. 84, al. 2, CC). Pour ce qui est des institutions de prévoyance sous forme de fondation, qui est la forme la plus utilisée en pratique, l'art. 89bis, al. 6, ch. 12, CC précise que les art. 61 et 62 LPP s'appliquent aussi à la prévoyance hors-obligatoire. De même, dans le cadre de la prévoyance plus étendue, le nouvel art. 49, al. 2, ch. 16, LPP, suite à la 1re révision de la LPP, se réfère également aux dispositions de la LPP sur la surveillance. En revanche, même si la société coopérative n'est guère utilisée dans la prévoyance

professionnelle, pour les institutions de prévoyance qui, selon l'art. 48, al. 2, LPP, ont opté pour cette forme juridique, il convient de s'assurer, en l'absence de disposition particulière afférente au droit de la société coopérative, que la fortune de prévoyance reste affectée conformément à sa destination. La modification proposée permet donc à l'autorité de surveillance de veiller au respect de cette conformité, quelle que soit la forme juridique de l'institution de prévoyance. Dans sa nouvelle teneur, l'al. 1 généralise à l'ensemble des institutions de prévoyance le principe de l'utilisation de la fortune de prévoyance conformément à sa destination. Il n'est donc plus nécessaire de renvoyer explicitement à l'art. 84, al. 2, CC.

L'*al. 2* se réfère également aux art. 85, 86*a* et 86*b* CC. Ces dispositions, nouvelles, n'avaient pas encore force obligatoire lors de l'entrée en vigueur de la 1re révision de la LPP. Elles viennent compléter les circonstances liées à la modification du but de la fondation en rapport avec le rôle de l'autorité de surveillance.

Art. 62a Moyens de surveillance

Les instruments mis à la disposition des autorités de surveillance et de la haute surveillance en ce qui concerne le Fonds de garantie et l'Institution supplétive sont regroupés et décrits plus en détail dans un article distinct.

Les instruments les plus importants et, en règle générale, les premiers utilisés par une autorité de surveillance sont les rapports de l'expert et de l'organe de révision (*al. 1*). C'est aussi la raison pour laquelle l'actuel art. 62, al. 1, let. c, qui subsiste, prévoit expressément qu'il appartient à l'autorité de surveillance de prendre 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 (let. i). En cas de violation présumée des dispositions pénales des art. 75 à 77 LPP, qui portent sur des délits poursuivis d'office, l'autorité de surveillance a naturellement le droit de dénoncer le cas.

Les mesures prévues par l'*al. 2*, lorsqu'elles impliquent des prestations de tiers (p. ex. expertises, gestion par des commissaires, etc.), occasionnent des frais supplémentaires. Ceux-ci, selon le principe de causalité, seront supportés par l'institution de prévoyance qui a donné lieu à ces mesures (*al. 3*). Cette disposition incitera l'organe suprême à contrôler avec soin la gestion de l'institution de prévoyance, s'il veut éviter de tomber sous le coup de mesures de l'autorité de surveillance influant sur les coûts et restreignant sa marge de manœuvre dans l'utilisation de la fortune de prévoyance. A noter encore que la formulation de cette disposition permet de mettre les coûts de surveillance supplémentaires à la charge non seulement des institutions de prévoyance au sens strict mais aussi des institutions qui servent à la prévoyance.

Art. 63

La disposition sur la surveillance du Fonds de garantie et de l'Institution supplétive figure désormais à l'art. 64*a*, al. 3, de sorte que l'art. 63 peut être abrogé.

Art. 63a

Là où la Confédération exerce encore une surveillance directe (Fonds de garantie et Institution supplétive), celle-ci est le fait de la Commission de haute surveillance. Le financement de cette dernière étant régi par l'art. 64*c*, l'art. 63*a* 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*, cette dernière est nommée par le Conseil fédéral. C'est une commission décisionnelle permanente au sens des art. 4 et 5 de l'ordonnance sur les commissions[24]. Elle est composée de sept à neuf membres, qui doivent être des spécialistes indépendants. Cette exigence d'indépendance sera précisée au niveau de l'ordonnance. Les partenaires sociaux disposeront chacun d'un représentant.

Par ailleurs, l'exigence d'indépendance est difficilement compatible avec l'exigence de spécialisation, celle-ci reposant forcément sur une expérience pratique. Le Conseil fédéral devra donc gérer cette exigence d'indépendance de manière pragmatique.

L'*al. 2* stipule que la commission ne reçoit pas de directives du Conseil fédéral et qu'elle dispose de son propre secrétariat permanent. Etant donné que l'objectif visé est une haute surveillance forte, la commission doit se concentrer sur les questions fondamentales et déléguer les affaires courantes à son secrétariat. Les affaires pouvant être déléguées et la manière dont est réglé le droit de signer sont précisées dans un règlement concernant l'organisation et la gestion de la commission, qui doit être approuvé par le Conseil fédéral (art. 64*a*, al. 1, let. g).

En ce qui concerne la responsabilité de la Commission de haute surveillance, l'*al. 3* renvoie à la loi sur la responsabilité[25], qui prévoit que la responsabilité incombe à la Confédération. Cette responsabilité de la Confédération pour le comportement de la Commission de haute surveillance doit toutefois être restreinte. La commission est en effet chargée d'une quantité de tâches de surveillance exigeantes. Son activité représente donc pour la Confédération un risque de responsabilité important.

Afin de réduire ce risque au minimum, l'*al. 4* prévoit une restriction: la responsabilité de la Confédération n'est pas engagée pour l'ensemble du comportement de la Commission de haute surveillance et de son secrétariat, mais uniquement lorsque ces derniers ont violé des devoirs de fonction essentiels; elle ne doit pas être engagée non plus pour des fautes commises par ceux qui sont soumis à la haute surveillance de la commission.

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, la Commission de haute surveillance a la responsabilité de surveiller le système lui-même.

L'*al. 1, let. a et b*, règle la relation entre la Commission de haute surveillance et les autorités de surveillance. La Commission de haute surveillance veille à l'uniformité de la pratique et émet à cette fin des directives à l'attention des autorités de surveil-

24 RS **172.31**
25 RS **170.32**

lance cantonales. Elle porte également son attention à ce que ces dernières examinent le respect des dispositions liées au domaine fiscal de la LPP, notamment de l'OPP 2, dans les règlements de prévoyance et assurent l'uniformité de leurs applications dans tous les cantons. Cet examen est essentiel pour les autorités fiscales. Ces directives peuvent être de nature générale ou ne s'adresser qu'à une autorité de surveillance donnée. La Commission de haute surveillance n'est cependant pas habilitée à émettre des directives pour des cas particuliers. Au cas où une autorité de surveillance ne se conforme pas aux directives de la Commission de haute surveillance, sa responsabilité est certainement engagée s'il en résulte un dommage pour une institution de prévoyance. Mais ce serait le cas échéant à l'institution de prévoyance de faire valoir, dans une procédure de recours, la non-conformité d'une prescription de l'autorité de surveillance aux directives en question. La Commission de haute surveillance pourrait s'adresser à l'instance à laquelle est subordonnée l'autorité de surveillance si cette dernière contrevient à ses directives. Selon la let. b, la Commission de haute surveillance examine, dans le cadre de son mandat de garantie de la qualité, les rapports annuels de l'autorité de surveillance cantonale et s'adresse à l'instance dont dépend cette autorité si elle fait des constatations qui l'amènent à douter de la qualité de l'autorité de surveillance. La Commission de haute surveillance a aussi la possibilité de procéder à des inspections auprès des autorités de surveillance. Cette possibilité est également prévue dans d'autres domaines dans lesquels la haute surveillance est exercée par la Confédération. La Commission de haute surveillance dispose ainsi d'un instrument efficace pour vérifier sur place, au besoin, dans le cadre d'un audit étendu, l'activité des autorités de surveillance. Elle doit consigner les résultats de cet audit dans un rapport qu'elle portera à la connaissance de l'instance dont dépend l'autorité de surveillance.

La *let. c* accorde à la Commission de haute surveillance la compétence d'élaborer des standards. Il est nécessaire d'introduire une base légale pour ce faire. Lors de l'élaboration des standards, les cercles intéressés seront entendus.

Les *let. d et e* régissent l'admission des experts en matière de prévoyance professionnelle et la tenue d'un registre des experts.

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

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

Selon l'*al. 3*, la Commission de haute surveillance exerce la surveillance sur le Fonds de garantie et sur l'Institution supplétive. Les raisons pour lesquelles cette surveillance ne doit pas être cantonalisée sont les suivantes: d'abord, le Fonds de garantie n'est pas une institution de prévoyance; outre ses tâches principales, le paiement de prestations dues par des institutions devenues insolvables et le versement de subsides aux institutions de prévoyance dont la structure d'âge est défavorable, il fait office de centrale pour les avoirs oubliés et d'organisme de liaison dans le cadre de l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et la CE. Le Fonds de garantie assume clairement des tâches fédérales et doit donc être

soumis à la surveillance d'une instance fédérale. Ensuite, l'Institution supplétive est bien une institution de prévoyance, mais elle assume aussi des tâches de droit public, puisqu'elle est chargée de veiller à ce que les employeurs se conforment à l'obligation de s'affilier. Dans ce domaine, elle rend aussi des décisions fondées sur le droit fédéral. C'est pourquoi elle doit elle aussi être surveillée par une autorité fédérale.

Art. 64b Secrétariat de la Commission de haute surveillance

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

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

Les tâches du secrétariat sont notamment les suivantes:

- Il vérifie les comptes annuels des autorités de surveillance et procède aux audits en cas de besoin.
- Il prépare les affaires de la commission, lui soumet des propositions et exécute ses décisions. Il forme en outre des recours contre des décisions du Tribunal administratif fédéral et il rédige des avis à l'attention des cours suprêmes fédérales lorsque des recours ont été déposés contre des arrêts du Tribunal administratif fédéral.
- Il est en contact direct avec les acteurs du système, les tiers et les autorités, il leur donne son avis et les conseille sur des questions liées aux tâches de la Commission de haute surveillance. Il est chargé en outre de la publication des communications spécialisées en la matière.

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

Art. 64c 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. Le montant des émoluments payés par les autorités de surveillance sera déterminé en premier lieu d'après le nombre d'institutions de prévoyance et la somme des capitaux de couverture qui feront l'objet de la surveillance desdites autorités. En ce qui concerne la surveillance

directe du Fonds de garantie et de l'Institution supplétive, le montant des émoluments sera déterminé sur la base de la fortune et éventuellement du nombre de compartiments d'investissement. La commission perçoit également des émoluments pour ses décisions et prestations de service. Compétence est donnée au Conseil fédéral d'édicter un règlement sur les émoluments.

Art. 65, al. 4

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[26] en ce sens qu'il exige d'elles un capital de départ (ch. 41) et une garantie (ch. 42). Ces directives sont destinées aux autorités de surveillance, mais elles ont aussi des conséquences pour les institutions collectives ou communes en cours de fondation. C'est pourquoi il doit être explicitement mentionné dans la LPP que le Conseil fédéral peut poser des exigences minimales de nature financière. La mise en œuvre doit être réglée dans l'OPP 1. La nouvelle réglementation concerne les institutions de prévoyance destinées à plusieurs employeurs qui ne sont pas étroitement liés entre eux sur le plan économique ou financier. Il faut entendre par là les institutions collectives ou communes, autonomes ou semi-autonomes, mais non les caisses de pensions d'entreprise ni les institutions de groupe.

Art. 74, al. 3

Le 1er janvier 2007, la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF[27]) et la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF[28]) sont entrées en vigueur. La LTAF a, dans un premier temps, abrogé l'art. 74 LPP, mais l'article a été réintroduit par une ordonnance de l'Assemblée fédérale[29]. Avec l'entrée en vigueur de la révision de l'organisation judiciaire fédérale, la Commission fédérale de recours est englobée avec d'autres commissions de recours dans le Tribunal administratif fédéral, de sorte que les décisions des autorités de surveillance ou de la Commission de haute surveillance peuvent être attaquées d'abord au Tribunal administratif fédéral, puis au Tribunal fédéral.

L'al. 3 actuel est reformulé: les recours contre des décisions des autorités de surveillance ou de la Commission de haute surveillance n'ont en principe plus d'effet suspensif. L'effet suspensif peut néanmoins être rétabli, dans des cas particuliers, s'il existe pour cela des motifs solides. Cela représente un renversement du fardeau de la preuve.

Art. 76, par. 6 (nouveau)

L'art. 76 est complété par la disposition suivante: celui qui aura mené des affaires non autorisées pour son propre compte, aura contrevenu à l'obligation de déclarer en

26 FF **2005** 4013
27 RS **173.32**
28 RS **173.110**
29 Ordonnance de l'Assemblée fédérale du 20 décembre 2006 concernant l'adaptation d'actes législatifs aux dispositions de la loi sur le Tribunal fédéral et de la loi sur le Tribunal administratif fédéral (RO **2006** 5599).

fournissant des indications inexactes ou incomplètes, ou desservi grossièrement de toute autre manière les intérêts de l'institution de prévoyance sera punissable pénalement.

2.2 Modification de la LFLP

Art. 9, al. 2

L'art. 9, al. 2, LFLP se réfère à l'art. 79*a* LPP. Or, depuis la 1re révision de la LPP, la disposition sur le rachat se trouve à l'art. 79*b* LPP; le renvoi figurant à l'art. 9, al. 2, LFLP doit donc être corrigé.

Art. 19

L'art. 19 LFLP se réfère à l'art. 23, al. 3, LFLP. Or, la 1re révision de la LPP a déplacé cette disposition sur la procédure en cas de liquidation partielle ou totale à l'art. 53*d*, al.3, LPP. Le renvoi doit être corrigé en conséquence.

2.3 Modification du CC

Art. 89bis, al. 6, ch. 7, 8, 12, 13 et 14

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

2.4 Dispositions transitoires

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

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Dans la structure actuelle, tant la haute surveillance que la surveillance fédérale directe et la législation en matière de prévoyance sont du ressort de l'Office fédéral des assurances sociales, leur financement reposant toutefois sur des bases différentes. Les activités liées directement à la prévoyance professionnelle génèrent des coûts, entièrement assumés par la Confédération, qui se présentent comme suit:

Charges liées aux tâches relatives à la haute surveillance et à la législation en matière de prévoyance professionnelle

Nature des charges (état en 2005)	Montant en milliers de francs
Salaires annuels (pour un total de 10,7 postes occupés actuellement)	1518
Charges sociales (employeur)	273
Coûts des places de travail[30] (12 postes selon liste du personnel autorisé)	240
Total	**2031**

Les activités de la surveillance fédérale directe correspondent actuellement à 15,4 collaborateurs et à un coût global de 2,92 millions de francs. Ce coût global est en grande partie couvert par les émoluments de surveillance perçus, de sorte que la charge financière effective pour la Confédération s'établit actuellement à 0,72 million de francs.

Charges de la surveillance fédérale directe

Nature des charges (état en 2005)	Montant en milliers de francs
Salaires annuels (pour un total de 15,4 postes occupés actuellement)	2200
Charges sociales (employeur)	360
Coûts des places de travail[31] (18 postes selon liste du personnel autorisé)	360
Sous-total	**2920**
./. Recettes (émoluments de surveillance)[32]	2200
Total	**720**

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

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

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

32 Selon le budget 2005.

Le projet prévoit comme on l'a vu de remplacer l'actuelle haute surveillance par une commission fédérale de haute surveillance et de doter ladite commission d'un secrétariat permanent. Le besoin en postes pour ces deux nouvelles entités est évalué à 5,8 au titre de la Commission de haute surveillance et à 8 postes pour le secrétariat permanent.

L'autre modification importante apportée par le projet consiste à transférer à l'échelle des cantons la quasi-intégralité des tâches de l'actuelle surveillance fédérale directe.

En ce qui concerne le transfert aux cantons des tâches de l'actuelle surveillance fédérale directe, la Confédération fera une économie de coûts. Cette économie sera toutefois limitée aux charges sociales d'employeur et aux coûts des postes de travail. Selon les données du tableau relatif aux charges de l'actuelle surveillance fédérale directe, ces coûts représentent un montant de 0,72 million de francs. L'absence d'économies au titre des charges salariales s'explique par le fait que lesdites charges ont été financées par les émoluments perçus.

Pour ce qui est des structures de la nouvelle haute surveillance et de son secrétariat permanent, l'évaluation des charges globales se présente comme suit:

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

Nature des charges	Montant en milliers de francs
Indemnités pour les membres de la Commission[33]	290
Charges salariales du secrétariat permanent (8 postes)[34]	1280
Charges d'employeur pour le secrétariat permanent[35]	160
Charges liées aux places de travail du secrétariat	160
Total	**1890**

Compte tenu de la structure organisationnelle prévue pour la Commission de haute surveillance et de l'installation à l'OFAS de son secrétariat permanent, il y a lieu de prendre en considération plusieurs éléments concomitants:

– Les tâches spécifiquement liées à la Commission de haute surveillance, accomplies sous sa seule autorité, seront financées par les émoluments que percevra ladite Commission. Elles n'engendreront donc pas de coûts salariaux pour la Confédération. Cette dernière pourra cependant facturer à la Commission les charges correspondant au coût des huit places de travail du

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

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

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

secrétariat permanent, d'où des recettes de l'ordre de 160 000 francs (à raison de 20 000 francs par place de travail).

– Les tâches du personnel de l'OFAS affecté à la prévoyance professionnelle seront en partie réorganisées, cela notamment en fonction du partage à réaliser avec les futures tâches de la Commission et de son secrétariat permanent (statistiques, études financières et économiques, projets de recherche). Ces tâches resteront accomplies sous l'autorité du Département et de la Direction de l'OFAS. Elles émargeront comme aujourd'hui au budget de la Confédération, même s'il en résultera un appui aux activités du secrétariat permanent de la Commission.

Il convient de rappeler que les activités actuelles de l'OFAS liées à la prévoyance professionnelle font en partie appel à des prestations de différentes entités de l'office (à hauteur de 11 postes selon une estimation globale). Dans la nouvelle configuration prévue par le projet, il y a lieu de s'attendre à ce que ces prestations indirectes restent en partie nécessaires.

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

Economies et recettes supplémentaires pour la Confédération

Nature	Montant en milliers de francs
Suppression des charges de l'actuelle surveillance fédérale directe	720
Indemnisation perçue auprès de la Commission de haute surveillance pour le coût des 8 places de travail du secrétariat permanent	160
Total	**880**

3.2 Conséquences pour les cantons

Les changements structurels préconisés par le projet auront des répercussions sur les cantons. Il y a lieu d'anticiper des suppléments de charges:

– au titre d'émoluments qui seront perçus pour la couverture des charges induites par la Commission de haute surveillance et par son secrétariat permanent;

– au titre de l'exercice de la surveillance directe sur les institutions de prévoyance actives aux plans national et international.

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

	Charges (en milliers de francs)
1. **Commission de haute surveillance et secrétariat permanent**	

1.1	Indemnités pour les membres de la Commission[36]	290	
1.2	Charges salariales du secrétariat permanent (8 postes affectés spécifiquement aux activités de haute surveillance)[37]	1280	
1.3	Charges d'employeur pour les 8 postes du secrétariat permanent	160	
1.4	Charges liées aux 8 places de travail du secrétariat	160	1890
2.	**Charges liées à la surveillance directe exercée sur les institutions de prévoyance actives aux plans national et international**		
2.1	Coûts salariaux des 15,4 postes nécessaires[38]	2200	
2.2	Charges d'employeur pour les 15,4 postes	360	
2.3	Coûts des 15,4 places de travail	308	2868
	Total global		**4758**

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

- auprès des organismes régionaux et cantonaux de surveillance, du Fonds de garantie et de l'institution supplétive à hauteur de 1,89 million de francs pour assurer le fonctionnement de la Commission de haute surveillance et de son secrétariat;
- auprès des institutions de prévoyance actives aux plans national et international à hauteur de 2,86 millions de francs pour couvrir la totalité des charges de surveillance directe transférées à l'échelle régionale et cantonale.

Il faut dès lors s'attendre à ce que ces charges soient au final reportées sur les cotisants actifs et sur leurs employeurs. Compte tenu du nombre des institutions de prévoyance visées (leur nombre total était de 2935 en 2004), les parts respectives seront relativement faibles. Il convient en outre de relever que seuls les émoluments destinés à couvrir les charges de la Commission fédérale de haute surveillance et de son secrétariat sont des charges nouvelles. En ce sens, le projet n'induit qu'un renchérissement limité de la prévoyance professionnelle.

L'aperçu global ci-dessus appelle en outre les précisions suivantes:

- Le renforcement prévu par le projet doit jouer un rôle incitatif en vue de la création d'entités régionales de surveillance. L'institution de telles entités devrait mettre un terme aux insuffisances de ressources constatées dans certains cantons à l'occasion d'une enquête réalisée en 2001 et atténuer les

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

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

38 Par analogie aux coûts actuels.

écarts importants entre autorités de surveillance. De plus, le regroupement des potentiels devrait concourir à l'unité et à l'uniformité de la surveillance directe. Bien que dans une mesure limitée par la petite taille des différentes autorités cantonales qui feront l'objet de regroupements, il est permis d'envisager des effets positifs au titre de modestes économies d'échelles et de synergies de compétences là où le processus de régionalisation aura été concrétisé. Elles pourraient intervenir en diminution partielle des coûts supplémentaires mentionnés ci-dessus.

– La répartition entre les cantons et organismes régionaux de surveillance des charges liées à la surveillance des institutions actuellement sous surveillance fédérale sera par définition inégalitaire en raison de l'application du principe du siège. Dans l'optique d'un objectif de couverture des charges supplémentaires par des émoluments à percevoir, une réflexion approfondie sera nécessaire afin de déterminer une clé de répartition qui n'entraîne pas des disparités trop importantes ni des différences trop grandes dans les coûts répercutés sur les institutions concernées.

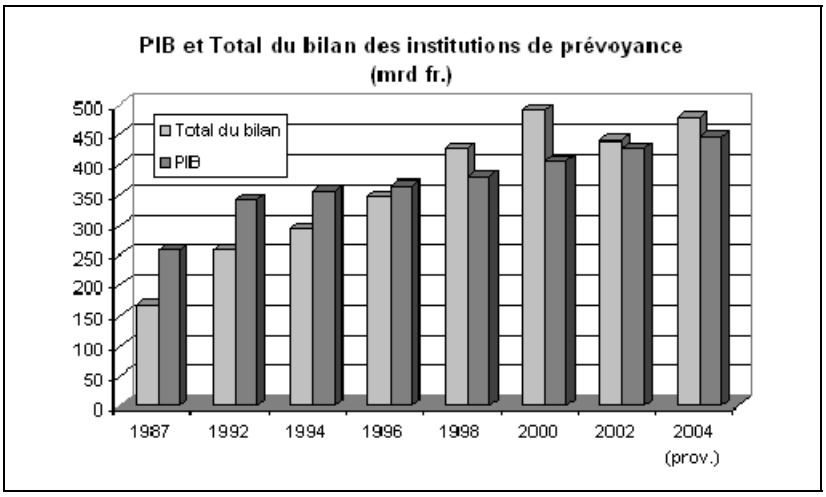
3.3 Conséquences économiques

3.3.1 Données économiques

Selon les données publiées par l'OFS, la prévoyance professionnelle dans son ensemble concernait en 2004 un total de 3,22 millions de personnes actives assurées auprès de 2935 institutions de prévoyance.

Le volume global des cotisations payées par les employés et les employeurs a atteint un total de 33,6 milliards de francs (versements initiaux non compris), alors que le volume global des prestations servies s'est établi à 23,8 milliards (sans les prestations de sortie et les versements anticipés).

L'évolution du total du bilan de la prévoyance professionnelle a atteint 475 milliards en 2000. Le recul a été brutal à la suite du choc boursier des années 2001 et 2002, avec une baisse à 440,6 milliards. Le redressement intervenu sur les marchés en 2003 se traduit dans les chiffres de 2004, avec un total du bilan qui s'est établi à 484,2 milliards. Le tableau ci-dessous montre l'évolution comparée du bilan global des institutions de prévoyance et du PIB.



Source: OFS

3.3.2 Impact du projet sur les différents groupes de la société

L'objectif du projet réside dans un gain en stabilité et sécurité de la prévoyance professionnelle. Un tel objectif nécessite des changements d'ordre structurel (haute surveillance et surveillance directe) et systémique (paramètres de base de la prévoyance, renforcement du rôles et de la responsabilité des acteurs impliqués). Dans la mesure où l'objectif de la prévoyance découle du concept des trois piliers tel qu'il est inscrit dans la Constitution fédérale, la responsabilité de l'Etat est engagée. En raison de leur portée, les changements prévus dans le cadre du projet ne peuvent pas être concrétisés par de simples mesures d'ordre technique qui ne toucheraient que l'application dans un cadre légal inchangé.

Le projet est clairement circonscrit au domaine de la prévoyance professionnelle. Il a par conséquent un impact direct sur les institutions de prévoyance proprement dites et ne vise pas de groupes spécifiques de la société.

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

– La transposition à l'échelle de la loi des dispositions actuelles de l'OPP 2 relatives à la sécurité et à la répartition des risques, au rendement et aux liquidités auront pour effet de renforcer la responsabilité fondamentale de

l'organe 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, ce dernier étant de plus en plus souvent assisté par une commission des placements. Si l'administration de la fortune reste essentiellement assurée en interne, il apparaît aussi que le recours à des tiers gagne en importance (il a atteint 40 % de la fortune, dont un tiers pour les véhicules de placements collectifs), de sorte que ressources internes et externes sont souvent combinées.

– La (ré)affirmation dans la loi du principe central des analyses de congruence entre actifs et passifs (ALM) en tant qu'élément-clé de la définition de la stratégie de placement concourt également à renforcer le recours à des compétences externes.
– Le renforcement des tâches et responsabilités des experts et des organes de révision pourrait également se traduire par une augmentation des coûts facturés aux institutions de prévoyance. Dans la mesure où les interventions des experts et des organes de révision ne font pas l'objet de tarifs publiés, il n'est pas possible de déterminer précisément l'augmentation de ces coûts.

Il y a dès lors lieu de s'attendre à des suppléments de coûts liés au renforcement des tâches dans le domaine de la gestion des institutions de prévoyance. Comme pour les transferts de charges résultant des nouvelles structures de surveillance, il faut s'attendre à ce que les institutions de prévoyance les reportent en partie sur les assurés et les employeurs.

3.4 Autres effets

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

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

Les renforcements prévus, de même que la prise en compte de paramètres objectifs et actualisés, visent à rendre la prévoyance plus stable et plus fiable. Ces éléments

sont certes importants pour les assurés, mais ils sont également déterminants pour les entreprises et pour la place financière.

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

D'une manière générale, on peut considérer que les avantages explicités ci-dessus devraient s'inscrire en compensation du modeste renchérissement de la prévoyance induit par les nouvelles structures.

4 Rapport avec le programme de la législature

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

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionalité

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

5.2 Délégations de compétences législatives

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

- art. 52*c*, al. 6, LPP: compétence de régler les rapports de l'organe de révision et des associations professionnelles avec les autorités de surveillance et la Commission de haute surveillance;
- art. 52*e*, al. 3, LPP: compétence de régler les rapports de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et des associations professionnelles avec les autorités de surveillance et la Commission de haute surveillance;
- art. 53*a* LPP: compétence de réglementer l'admissibilité des affaires menées pour son propre compte et celle des avantages financiers obtenus, ainsi que l'obligation de déclarer ces avantages;
- art. 64*c*, al. 3, LPP: compétence de déterminer les coûts de surveillance imputables, de régler les modalités de calcul et de fixer le tarif des émoluments;
- art. 65, al. 4, LPP: compétence de déterminer un capital de départ et des prestations de garantie pour les fondations collectives et les fondations communes.

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

6 Contexte

Même si la poursuite de l'activité lucrative dépend largement de facteurs importants comme la situation du marché de l'emploi et la santé des travailleurs, la participation des travailleurs âgés à ce marché revêt une importance croissante en raison du vieillissement démographique, et cela dans notre pays également. La prévoyance professionnelle prend elle aussi une part toujours plus grande dans le système de prévoyance vieillesse des travailleurs. Il est donc essentiel qu'à l'avenir, les réglementations relatives à la prévoyance professionnelle puissent être organisées de manière à éviter que des personnes soient poussées à cesser toute activité lucrative. Il convient par conséquent de mettre en place des mesures d'incitation afin que toute personne qui en a la possibilité puisse continuer à exercer son activité lucrative au-delà de l'âge ordinaire de la retraite AVS.

7 Procédure

Suite aux travaux interdépartementaux menés par le groupe directeur mixte DFE/DFI «Participation des travailleurs âgés»[39], plusieurs mesures concernant l'encouragement de la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi ont été développées dans la prévoyance professionnelle. Pour des raisons d'économie de procédure, une partie de ces mesures ont été rattachées au projet de réforme structurelle de la prévoyance professionnelle et sont réalisées dans le cadre du présent message. Il s'agit de la possibilité de prolonger la couverture du dernier salaire et de la possibilité de continuer à assurer le salaire au-delà de l'âge ordinaire de la retraite en cas de poursuite de l'activité lucrative.

Deux autres mesures seront pour leur part concrétisées dans le cadre de la 11e révision de l'AVS. Le versement anticipé et l'ajournement de la rente de vieillesse dans le 2e pilier constituent une évolution indispensable de la prévoyance professionnelle obligatoire et permettront enfin de réaliser une coordination avec l'AVS. Dans la même optique de favoriser la mobilité des travailleurs, il est également indispensable que les règlements ne puissent plus contraindre les assurés à percevoir une rente de vieillesse anticipée en cas de départ à un âge pouvant donner droit à des prestations de vieillesse.

Enfin, la possibilité d'alimenter et de percevoir des avoirs du pilier 3a au-delà de l'âge ordinaire de la retraite en cas de poursuite de l'activité lucrative sera réalisée par le biais d'une modification d'ordonnance (OPP 3).

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

8 Coûts

Il est difficile d'évaluer les coûts dans la situation actuelle du marché du travail où les demandeurs d'emplois âgés sont le plus souvent confrontés à de grosses difficultés, étant donné que le volume des travailleurs qui vont poursuivre leur activité lucrative au-delà de la retraite va finalement dépendre des particularités du marché du travail.

Sur la base des dispositions légales minimales du projet, il n'y a aucun coût supplémentaire lié aux cotisations pour les employeurs, car ces mesures ne peuvent être mises en œuvre que si elles sont prévues par le règlement de l'institution de prévoyance. De plus, en cas de maintien de l'assurance du dernier gain assuré, l'art. 33*a* LPP prévoit une exception à la parité des cotisations, de sorte que les employeurs ne peuvent pas être contraints de verser des cotisations plus élevées même lorsque ce maintien est prévu par le règlement. En outre, ces mesures permettent des solutions flexibles en cas d'augmentation future du besoin pour les employeurs de garder plus longtemps leurs travailleurs âgés.

Ces mesures ont également des répercussions sur les recettes fiscales de la Confédération et des cantons (cf. ch. 10.1 ci-dessous).

9 Commentaire des modifications légales

9.1 Modifications de la LPP

Chapitre 5*a*
Participation facilitée des travailleurs âgés au marché de l'emplo

Art. 33a Maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré

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

Les règlements ne peuvent pas imposer aux assurés le maintien de la prévoyance.

Al. 1: cet alinéa délimite le cercle des personnes pour lesquelles le règlement peut prévoir une telle solution. Il fixe comme condition que le salaire soit réduit après que la personne a atteint l'âge de 58 ans et que cette réduction ne soit pas supérieure au tiers du salaire. Si cette mesure spécifique était introduite à un âge moins avancé et en cas de réduction plus importante du salaire, il serait alors probable qu'elle incite à la retraite partielle, et non plus à la poursuite de l'activité lucrative, ce qui serait donc contre-productif. La limite du tiers du salaire pour le maintien de la prévoyance vise aussi une certaine coordination avec le droit aux prestations de vieillesse, car à partir de cette limite, il y aura probablement un droit légal au versement d'une prestation de vieillesse[40].

Al. 2: en plus de la condition d'une réduction de salaire après avoir atteint l'âge de 58 ans, cet alinéa ajoute encore deux limites temporelles: la période pendant laquelle la prévoyance peut être maintenue au niveau du dernier salaire assuré est limitée à sept ans et ne peut aller au-delà de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite. Cette double limite est nécessaire, car les règlements peuvent prévoir un âge ordinaire de la retraite différent de celui fixé par l'art. 13 LPP. Jusqu'à présent, il s'agit le plus souvent d'un âge de la retraite plus bas. Toutefois, dans certaines situations particulières, par exemple avant l'adaptation de l'âge de la retraite LPP pour les femmes, des règlements ont fixé un âge de la retraite plus élevé que les limites d'âge légales. Si les employeurs voulaient effectivement employer des travailleurs aussi après 65 ans à l'avenir, il serait alors possible qu'un plus grand nombre d'institutions de prévoyance fixe un âge réglementaire de la retraite plus élevé qu'actuellement.

Al. 3: La possibilité réglementaire d'assurer des parts de salaire hypothétiques dépend dans tous les cas de la volonté de la personne assurée et constitue une particularité dans la mesure où elle ne correspond pas au salaire AVS. C'est pourquoi il est justifié de ne pas soumettre l'employeur au principe du financement paritaire en ce qui concerne les cotisations spécialement destinées au maintien de la prévoyance. Il est possible de prévoir dans le règlement des cotisations de l'employeur pour le maintien de la prévoyance mais toujours à condition que celui-ci ait donné son accord, comme c'est le cas lorsque les cotisations réglementaires de l'employeur sont supérieures à la moitié du total des cotisations (art. 66, al. 1, LPP).

Art. 33b Activité lucrative après l'âge ordinaire de la retraite

L'art. 33*b* concerne la situation où l'activité lucrative se poursuit au-delà de l'âge réglementaire de la retraite. Afin que les dispositions du droit de la prévoyance n'incitent pas les travailleurs âgés à se retirer du marché du travail, il est nécessaire de prévoir un droit au report de la prestation de vieillesse. Ce droit au report devrait être introduit dans le cadre de la 11e révision de l'AVS. En plus des intérêts supplémentaires et de l'augmentation du taux de conversion liés au report, le règlement peut aussi prévoir la poursuite des cotisations. La poursuite des cotisations est non seulement susceptible d'entraîner un dépassement du plan dans de nombreux cas mais elle pourrait aussi contredire le principe d'adéquation tel que défini par l'actuel art. 1*a* OPP 2. La chose se justifie dans la mesure où les cotisations correspondent au revenu professionnel effectivement réalisé.

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

Les institutions de prévoyance ne sont pas obligées de prévoir la poursuite des cotisations, ce qui permet de développer des solutions adaptées aux besoins spécifiques de la branche ou de l'entreprise.

La poursuite des cotisations et l'amélioration des prestations qui en résulte peut inciter une partie des assurés à continuer de travailler au-delà de l'âge ordinaire de la retraite mais l'obligation de continuer à cotiser peut aussi avoir un effet dissuasif pour une autre partie des assurés. Pour tenir compte de ces différences, il est nécessaire d'avoir une certaine individualisation dans ce domaine. Par conséquent, le versement de cotisations après l'âge de la retraite ne doit être possible que sur demande de la personne assurée.

Le montant exonéré des cotisations AVS selon la disposition spéciale de l'art. 4, al. 2, let. b, LAVS peut être assuré dans la prévoyance professionnelle. Sont déterminants tous les éléments du revenu de l'activité lucrative que l'AVS a pris en compte pour examiner si et dans quelle mesure des cotisations sont dues. Dans le cadre de la 11e révision de l'AVS, il est prévu de mettre fin à l'exonération actuelle selon l'art. 4, al. 2, let. b, LAVS[41].

Art. 49, al. 2, ch. 1

Afin que la possibilité et la définition de la poursuite de l'assurance sur la base du salaire obtenu jusque-là et, par conséquent, l'assurance de parts hypothétiques de salaire (dérogation à la réglementation de l'art. 1, al. 2, LPP) puissent également être applicables à la prévoyance plus étendue, il est nécessaire de faire figurer à l'art. 49, al. 2, une référence à l'art. 33*a* LPP. Il en va de même pour l'art. 33*b* LPP au sujet de la poursuite de la prévoyance et le versement des cotisations correspondantes au-delà de l'âge ordinaire de la retraite.

9.2 Modification d'autres actes législatifs

Code civil

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

Afin que la possibilité et la définition de la poursuite de l'assurance sur la base du salaire obtenu jusque-là et, par conséquent, l'assurance de parts hypothétiques de salaire (dérogation à la réglementation de l'art. 1, al. 2, LPP) puissent également être applicables aux institutions de prévoyance purement hors obligatoire, il est nécessaire de faire figurer à l'art. 89bis, al. 6, une référence à l'art. 33*a* LPP. Il en va de même pour l'art. 33*b* LPP au sujet de la poursuite de la prévoyance et le versement des cotisations correspondantes au-delà de l'âge ordinaire de la retraite.

Loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage

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

Art. 17, al. 6

La parité des cotisations prévue à l'art. 66, al. 1, LPP et à l'art. 331, al. 3, du code des obligations ne s'applique pas aux cotisations visées à l'art. 33*a* LPP, le règlement ne pouvant prévoir des cotisations de l'employeur qu'avec l'assentiment de celui-ci. De ce fait, il ne serait pas justifié de continuer de majorer ces cotisations de 4 % par année d'âge.

9.3 Disposition transitoire

Al. 1: les dispositions proposées pour mettre en œuvre les mesures visant à encourager la participation des travailleurs âgés ne pourront être efficaces que si l'âge de la retraite LPP, et en particulier son assouplissement, est lui aussi adapté aux nouveaux objectifs. Ainsi, le droit légal de compléter l'avoir de vieillesse par des bonifications de vieillesse après l'âge ordinaire de la retraite suppose implicitement que la personne assurée a également le droit d'ajourner sa prestation de vieillesse de quelques années, pendant la poursuite de son activité professionnelle. L'ajournement et l'anticipation du versement de la demi-rente de vieillesse sont également d'autres mesures de flexibilité. A fortiori, il faut interdire d'imposer à une personne qui poursuit une activité lucrative le paiement de la rente de vieillesse avant l'âge réglementaire ordinaire de la retraite. Il est donc indispensable que le Conseil fédéral procède aux adaptations nécessaires si cet assouplissement de l'âge de la retraite LPP n'est pas introduit par la 11e révision de l'AVS, ou si cette dernière n'entre pas en vigueur avant la présente modification de loi.

Al. 2: en vertu du projet sur l'adaptation du taux de conversion minimal[42], l'âge de la retraite LPP est fixé dorénavant directement à partir de l'âge ordinaire de la vieillesse de l'AVS. Cette mesure vise à mieux coordonner l'âge ordinaire de la retraite dans le 1er et le 2e piliers et à éviter à l'avenir de recourir à des règles de coordination compliquées (comme par exemple les dispositions en application de la let. e des dispositions transitoires de la 1re révision de la LPP: art. 62*a* OPP 2). Si cette simplification n'entre pas en vigueur avant la présente modification, le Conseil fédéral doit être chargé de procéder aux mesures de coordination nécessaires avec l'AVS et aussi pour l'âge ordinaire de la vieillesse, en particulier pour ce qui est de l'âge de la retraite des femmes.

10 Conséquences

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

Ces modifications n'engendreront pas de coûts supplémentaires pour la Confédération et les cantons en tant qu'employeurs (voir ch. 8, coûts).

Le maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré (art. 33*a*) et la poursuite des cotisations après l'âge ordinaire réglementaire de la retraite (art. 33*b*)

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

entraîneront probablement une diminution des recettes fiscales. L'estimation de cette diminution se base sur différentes hypothèses de travail, en particulier le nombre d'institutions de prévoyance qui vont introduire ces mesures dans leur règlement, le nombre de personnes qui en feront usage, le revenu imposable de celles-ci et les conséquences de ces mesures de prévoyance sur la progression fiscale de ces personnes. Un éventuel excédent de recettes fiscales doit aussi être estimé sur la base de ces hypothèses et être intégré dans le résultat.

La diminution des recettes fiscales liée au maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré (art. 33*a*) est estimée à 2,4 millions de francs par année.

La diminution des recettes fiscales liée au maintien de la prévoyance après l'âge ordinaire de la retraite (art. 33*b*) est estimée à 6,3 millions de francs par année. Toutefois, il est probable que cette diminution soit liée en grande partie à des effets d'opportunité.

10.2 Conséquences économiques

La possibilité de créer, en période de pénurie de main-d'œuvre, des mesures incitant les travailleurs à continuer plus longtemps leur activité lucrative et de permettre ainsi de mieux répondre aux futurs besoins en personnel devrait en principe avoir des effets positifs pour l'économie. Cela d'autant plus que les mesures proposées donnent aux partenaires sociaux la possibilité de convenir de solutions de prévoyance adaptées aux besoins spécifiques de la branche ou de l'entreprise. Une telle flexibilité aura probablement des conséquences positives pour l'économie mais il n'est toutefois pas possible de les chiffrer.

11 Relation avec le droit européen

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

12 Bases juridiques

Les présentes modifications de la LPP se fondent sur l'art. 113 Cst. Celui-ci, à l'al. 1, donne au législateur la compétence d'édicter des dispositions en matière de prévoyance professionnelle.

Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) (Réforme structurelle)

Projet

Modification du …

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu le message du Conseil fédéral du …[1],

arrête:

I

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[2] est modifiée comme suit:

Art. 26, al. 3

3 Le droit aux prestations s'éteint au décès du bénéficiaire ou dès la disparition de l'invalidité. Pour les assurés qui sont astreints à l'assurance obligatoire selon l'art. 2, al. 3, ou qui poursuivent volontairement leur prévoyance selon l'art. 47, al. 2, la rente-invalidité s'éteint au plus tard lors de la naissance du droit à une prestation de vieillesse (art. 13, al. 1).

Art. 33

Abrogé

Art. 47, al. 2

2 L'assuré qui n'est plus soumis à l'assurance obligatoire selon l'art. 2, al. 3, peut maintenir la prévoyance contre les risques de décès et d'invalidité dans la même mesure que précédemment auprès de l'institution supplétive.

Art. 49, al. 2, ch. 7, 9, 10, 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:

7. la gestion paritaire et les tâches de l'organe suprême de l'institution de prévoyance (art. 51 et 51*a*),
9. l'agrémentation et les tâches des organes de contrôle (art. 52*a* à 52*e*),

1 FF **2007** …
2 RS **831.40**

10. l'intégrité et la loyauté des responsables, les actes juridiques passés avec des personnes proches et les conflits d'intérêts (art. 51*b*, 51*c* et 53*a*),
14. la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 62*a* et 64 à 64*c*),
15. *Abrogé*

Art. 51, al. 6 et 7

Abrogés

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

1 L'organe suprême de l'institution de prévoyance en assure la direction générale, veille à l'exécution des tâches légales et détermine les objectifs et principes stratégiques de l'institution de prévoyance ainsi que les moyens de les respecter. Il définit l'organisation de l'institution de prévoyance, veille à sa stabilité financière et surveille la 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 et des principes relatifs à l'affectation des fonds libres;
c. édiction et modification de règlements;
d. approbation des comptes annuels;
e. définition du niveau du taux d'intérêt technique et des autres bases techniques;
f. définition de l'organisation de l'institution de prévoyance;
g. organisation de la comptabilité;
h. garantie de l'information des assurés;
i. garantie de la formation initiale et de la formation continue des représentants des salariés et de l'employeur;
j. nomination et révocation des personnes chargées de la gestion;
k. nomination et révocation de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et de l'organe de révision;
l. décision concernant la réassurance, complète ou partielle, de l'institution de prévoyance et le réassureur éventuel;
m. définition des objectifs et principes en matière d'administration de la fortune, d'exécution du processus de placement et de surveillance de ce processus;
n. contrôle périodique de la concordance à moyen et à long termes entre la fortune placée et les engagements de l'institution de prévoyance.

3 Il peut attribuer à des commissions ou à certains de ses membres 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 fixe une indemnité appropriée qui sera versée à ses membres pour la participation à des séances et des cours de formation.

Art. 51b (nouveau) Intégrité et loyauté des responsables

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

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

Art. 51c (nouveau) Actes juridiques passés avec des personnes proches

1 Les actes juridiques passés par les institutions de prévoyance se conforment aux conditions usuelles du marché.

2 Les actes juridiques que l'institution de prévoyance passe avec des membres de l'organe suprême, avec l'employeur affilié ou avec des personnes physiques ou morales chargées de gérer l'institution de prévoyance ou d'administrer sa fortune, ainsi que ceux qu'elle passe avec des personnes physiques ou morales proches des personnes précitées, sont annoncés à l'organe de révision dans le cadre du contrôle des comptes annuels.

3 L'organe de révision vérifie si les actes juridiques qui lui sont annoncés garantissent de manière appropriée les intérêts de l'institution de prévoyance.

Art. 52, al. 1 et 4 (nouveau)

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

4 L'art. 755 du code des obligations[3] s'applique par analogie à la responsabilité de l'organe de révision.

Art. 52a (nouveau) Vérification

1 L'institution de prévoyance charge un organe de révision de vérifier chaque année la gestion, la comptabilité et l'administration de la fortune.

3 RS **220**

2 L'organe suprême de l'institution de prévoyance remet le rapport de l'organe de révision à l'autorité de surveillance et à l'expert en matière de prévoyance professionnelle et le tient à la disposition des assurés.

3 L'institution de prévoyance charge un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle de vérifier périodiquement:

a. si l'institution de prévoyance offre la garantie qu'elle peut remplir ses engagements;

b. si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales.

Art. 52b (nouveau) Agrémentation des organes de révision dans la prévoyance professionnelle

1 Peuvent exercer la fonction d'organe de révision, sous réserve de l'al. 2, les personnes physiques et les entreprises de révision qui sont agréées par les autorités fédérales de surveillance de la révision en tant qu'experts-réviseurs conformément à la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision[4].

2 Le Conseil fédéral peut prévoir des conditions d'agrément supplémentaires pour la révision des institutions de prévoyance collectives ou communes, ou d'autres institutions servant à la prévoyance professionnelle.

Art. 52c (nouveau) 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 dispositions légales;

b. si l'organisation et la gestion sont conformes aux dispositions légales et réglementaires;

c. si l'activité de placement vise la concordance à moyen et à long termes entre la fortune placée et les engagements de l'institution de prévoyance et si les placements effectués sont conformes aux dispositions légales et réglementaires;

d. si les mesures destinées à garantir la loyauté dans l'administration de la fortune ont été prises et si le respect du devoir de loyauté est suffisamment contrôlé par l'organe suprême;

e. si les fonds libres ou les participations aux excédents résultant des contrats d'assurance ont été 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;

4 RS …; RO … (FF **2005** 6867)

g. si les indications et informations exigées par la loi ont été communiquées à l'autorité de surveillance;

h. si les intérêts de l'institution de prévoyance sont garantis de manière appropriée dans les actes juridiques visés à l'art. 51*c*.

2 Il consigne chaque année, dans un rapport qu'il adresse à l'organe suprême de l'institution de prévoyance, les constatations faites dans le cadre des vérifications visées à l'al. 1. Ce rapport atteste le respect des prescriptions correspondantes, avec ou sans réserves, et contient une recommandation concernant l'approbation ou le refus des comptes annuels; ceux-ci doivent être joints au rapport.

3 L'organe de révision commente au besoin les résultats de ses vérifications à l'intention de l'organe suprême de l'institution de prévoyance.

4 Le Conseil fédéral règle les rapports des organes de révision et de leurs associations professionnelles avec les autorités de surveillance et la Commission de haute surveillance.

Art. 52d (nouveau) Agrémentation 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 Les conditions d'agrément sont les suivantes:

a. formation et expérience professionnelles appropriées;

b. connaissance des dispositions légales pertinentes;

c. bonne réputation et fiabilité.

3 La Commission de haute surveillance donne force obligatoire aux règles déontologiques qui définissent plus précisément les qualifications nécessaires. Au besoin, elle définit elle-même des critères d'agrément.

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

Art. 52e (nouveau) 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 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.

2 Il soumet des recommandations à l'organe suprême de l'institution de prévoyance concernant notamment:

a. le niveau du taux d'intérêt technique et des autres bases techniques;

b. les mesures à prendre en cas de découvert.

3 Si l'organe suprême ne suit pas les recommandations de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et qu'il s'avère que la sécurité de l'institution de prévoyance est compromise, l'expert en informe l'autorité de surveillance.

4 Le Conseil fédéral règle les rapports des experts en matière de prévoyance professionnelle et de leurs associations professionnelles avec les autorités de surveillance et la Commission de haute surveillance.

Art. 53

Abrogé

Art. 53a Dispositions d'exécution

Le Conseil fédéral édicte des dispositions concernant:

a. les affaires que les personnes chargées de l'administration de la fortune peuvent mener pour leur propre compte;

b. l'admissibilité des avantages financiers obtenus en relation avec une activité exercée pour une institution de prévoyance, et l'obligation de déclarer ces avantages.

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 les institutions servant à la prévoyance qui ont leur siège sur le territoire cantonal.

2 Les cantons peuvent se regrouper en une région de surveillance commune et désigner une autorité de surveillance pour cette région.

3 L'autorité de surveillance doit être indépendante sur les plans légal, financier et administratif.

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

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

a. elle vérifie la conformité des dispositions statutaires et réglementaires des institutions de prévoyance et des institutions servant à la prévoyance avec les prescriptions légales;

2 Elle exerce aussi, pour les fondations, les attributions prévues par les art. 85 et 86 à 86*b* du code civil[5].

Art. 62a (nouveau) Moyens de surveillance

1 Pour remplir ses tâches, l'autorité de surveillance se fonde sur les rapports des experts en matière de prévoyance professionnelle et des organes de révision.

2 Elle peut au besoin:

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 de lui fournir des renseignements ou de lui remettre des documents pertinents;

b. donner des instructions à l'organe suprême, à l'organe de révision ou à l'expert en matière de prévoyance professionnelle dans des cas d'espèce;

c. ordonner des expertises;

d. annuler des décisions de l'organe suprême de l'institution de prévoyance;

e. ordonner des mesures de substitution;

f. mettre en demeure, sanctionner par une réprimande 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.

3 Les coûts des mesures de surveillance sont à la charge de l'institution de prévoyance ou de l'institution servant à la prévoyance qui les a occasionnées. Les coûts liés à la révocation prévue par l'al. 2, let. h, sont à la charge de l'organe de révision ou de l'expert en matière de prévoyance professionnelle concerné.

Art. 63

Abrogé

Art. 63a

Abrogé

5 RS **210**

Titre précédant l'art. 64

Chapitre 2 Haute surveillance

Art. 64 Commission de haute surveillance

1 Le Conseil fédéral nomme une commission de haute surveillance composée de sept à neuf membres. Il en désigne le président et le vice-président. Les membres doivent être des spécialistes indépendants. Chacun des partenaires sociaux est représenté par un membre.

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

3 La responsabilité de la Commission de haute surveillance et de son secrétariat est régie par la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité[6], sous réserve de l'al. 4.

4 La Confédération n'est responsable que:

a. si des devoirs de fonction essentiels ont été violés, et

b. si les dommages ne résultent pas d'une violation des obligations d'un assujetti.

Art. 64a (nouveau) Tâches de la Commission de haute surveillance

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

a. elle garantit que les autorités de surveillance exercent leur activité de manière uniforme; elle peut émettre des directives à cet effet;

b. elle examine les rapports annuels des autorités de surveillance; elle peut procéder à des inspections auprès de ces dernières;

c. elle édicte, à condition qu'un base légale existe et après avoir consulté les milieux intéressés, les normes nécessaires à l'activité de surveillance;

d. elle décide de l'agrément et du retrait de l'agrément donné aux experts en matière de prévoyance professionnelle;

e. elle tient un registre des experts agréés en matière de prévoyance professionnelle; ce registre est public et il est publié sur Internet;

f. elle peut émettre des directives générales à l'intention des experts en matière de prévoyance professionnelle et des organes de révision;

6 RS **170.32**

g. elle édicte un règlement concernant son organisation et sa gestion; ce règlement doit être approuvé par le Conseil fédéral.

2 Elle présente chaque année un rapport d'activité au Conseil fédéral. Elle se met en rapport lui par l'intermédiaire du Département fédéral de l'intérieur.

3 Elle surveille le fonds de garantie et l'institution supplétive.

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

1 La Commission de haute surveillance est dotée d'un secrétariat permanent.

2 Le secrétariat est rattaché administrativement à l'Office fédéral des assurances sociales.

3 Il remplit les tâches qui lui incombent en vertu du règlement d'organisation et de gestion de la Commission de haute surveillance.

Art. 64c (nouveau) Coûts

1 Les coûts de la Commission de haute surveillance et du secrétariat sont couverts par:

a. une taxe annuelle de surveillance;

b. des émoluments pour les décisions et les prestations.

2 La taxe annuelle de surveillance est perçue auprès des autorités de surveillance. Elle est calculée en fonction du nombre d'institutions de prévoyance surveillées et du montant de la réserve mathématique. Pour la surveillance du fonds de garantie et de l'institution supplétive, elle est calculée sur la base de la fortune et, le cas échéant, du nombre de compartiments d'investissement.

3 Le Conseil fédéral détermine les coûts de surveillance imputables, règle les modalités de calcul et fixe le tarif des émoluments.

Art. 65, al. 4 (nouveau)

4 Le Conseil fédéral détermine un capital de prévoyance initial et des prestations de garantie pour les institutions de prévoyance collectives ou communes qui sont soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage[7], quelle que soit leur forme juridique ou administrative. Ne sont pas concernées par cette disposition les institutions de prévoyance destinées à plusieurs employeurs unis par des liens étroits de nature économique ou financière, ni les institutions d'associations professionnelles.

Art. 74, al. 3 (nouveau)

3 Un recours contre une décision de l'autorité de surveillance n'a d'effet suspensif que si le Tribunal administratif fédéral le décide sur requête d'une partie.

7 RS **831.42**

Art. 76, par. 6 (nouveau)

…

celui qui aura mené des affaires non autorisées pour son propre compte, aura contrevenu à l'obligation de déclarer en fournissant des indications inexactes ou incomplètes, ou desservi grossièrement de toute autre manière les intérêts de l'institution de prévoyance,

II

Modification du droit en vigueur

1. La loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage[8] est modifiée comme suit:

Art. 9, al. 2

2 Si l'institution de prévoyance fixe ses prestations dans un plan de prestations, elle doit donner à l'assuré la possibilité de racheter toutes les prestations réglementaires. L'art. 79*b* LPP[9] est réservé.

Art. 19 Découvert technique

Les institutions de prévoyance des corporations de droit public qui s'écartent, avec le consentement de l'autorité de surveillance, du principe de l'établissement du bilan en caisse fermée ne sont pas autorisées à prendre en compte le découvert technique dans le calcul des prestations de sortie. Les autres institutions de prévoyance ne peuvent déduire ce découvert technique que lors d'une liquidation, partielle ou totale (art. 53, al. 3, LPP).

2. Le code civil[10] est modifié comme suit:

Art. 89bis, al. 6, ch. 7, 8, 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[11] sur:

…

7. l'agrément et les tâches des organes de contrôle (art. 52*a* à 52*e*),

8 RS **831.42**
9 RS **831.40**
10 RS **210**
11 RS **831.40**

8. l'intégrité et la loyauté des responsables, les actes juridiques passés avec des personnes proches et les conflits d'intérêts (art. 51*b*, 51*c* et 53*a*),
12. la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 62*a* et 64 à 64*c*),
13. *Abrogé*
14. la sécurité financière (art. 65, al. 1, 3 et 4, art. 66, al. 4, art. 67 et 69),

III

Disposition transitoire relative à la modification du …

Les institutions de prévoyance qui sont soumises à la surveillance de la Confédération au moment de l'entrée en vigueur de la présente modification peuvent le rester pendant trois ans au plus à compter de ladite entrée en vigueur.

IV

Référendum et entrée en vigueur

[1] La présente loi est sujette au référendum.

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

Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

Projet

(LPP) (Mesures destinées à faciliter la participation des travailleurs âgés au marché de l'emploi)

Modification du …

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu le message du Conseil fédéral du …[1],

arrête:

I

La loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité[2] est modifiée comme suit:

Chapitre 5*a*
Participation facilitée des travailleurs âgés au marché de l'emploi

Art. 33a (nouveau) Maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré

1 L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibilité, pour les assurés ayant atteint l'âge de 58 ans et dont le salaire diminue d'un tiers au plus, de demander le maintien de leur prévoyance au niveau du dernier gain assuré.

2 Le maintien de la prévoyance au niveau du dernier gain assuré peut être prévu pour sept ans au plus, mais pas au-delà de l'âge réglementaire ordinaire de la retraite.

3 La parité des cotisations prévue par l'art. 66, al. 1, de la présente loi et par l'art. 331, al. 3, du code des obligations[3] ne s'applique pas aux cotisations destinées à maintenir la prévoyance au niveau du dernier gain assuré. Le règlement ne peut prévoir des cotisations de l'employeur visant le même but qu'avec l'assentiment de ce dernier.

Art. 33b (nouveau) Activité lucrative après l'âge ordinaire de la retraite

L'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibilité pour les assurés de demander le maintien de leur prévoyance jusqu'à cessation de leur activité lucrative, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 70 ans.

1 FF **2007** …
2 RS **831.40**
3 RS **220**

Art. 49, al. 2, ch. 1

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 le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33*a* et 33*b*),

II

Modification du droit en vigueur

1. Le code civil[4] est modifié comme suit:

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

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[5] sur:

1. la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33*a* et 33*b*),

2. La loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage[6] est modifiée comme suit:

Art. 17, al. 6 (nouveau)

6 La majoration de 4 % par année d'âge suivant la 20e année, prévue par l'al. 1, ne s'applique pas aux cotisations visées à l'art. 33*a* LPP.

III

Disposition transitoire relative à la modification du …

Coordination de l'âge de la retraite

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

4 RS **210**
5 RS **831.40**
6 RS **831.42**

[2] Si la modification de loi relative à l'adaptation du taux de conversion minimal n'entre pas en vigueur au plus tard en même temps que la présente modification, le Conseil fédéral procède aux adaptations nécessaires concernant l'âge de la retraite.