

Réforme structurelle de la prévoyance professionnelle: consultation sur les modifications d'ordonnance et sur la nouvelle ordonnance sur les fondations de placement

Prise de position de la CdC du 18 mars 2011

1. Remarques générales

1.1 Les gouvernements cantonaux ont toujours salué la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle (FF 2010 1841) décidée par l'Assemblée fédérale. La voie prévue dans la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), qui vise un renforcement de la surveillance directe par les cantons, est notamment clairement soutenue. Les solutions concrètes, telles qu'elles existent en Suisse centrale depuis 2006 et en Suisse orientale depuis 2008, prouvent que les cantons sont désireux et capables de renforcer la surveillance directe au sens des nouvelles dispositions légales. La professionnalisation en matière de surveillance telle que visée par les modifications suppose que chaque autorité de surveillance soit saisie d'un certain volume de dossiers. Dans ce sens, les cantons vont poursuivre la voie empruntée visant à régionaliser la surveillance directe.

1.2 Outre la cantonalisation de la surveillance directe, les gouvernements cantonaux ont aussi salué les efforts de la LPP en faveur d'une haute surveillance indépendante. Une haute surveillance compétente constitue un soutien précieux pour les autorités de la surveillance directe. Ceci permet d'assurer un système globalement homogène, qui répond aux enjeux posés par la surveillance de la prévoyance professionnelle. En marquant une limite claire entre la haute surveillance et la surveillance directe, les nouvelles dispositions de la LPP présentent un système cohérent qui est aussi convaincant du point de vue des objectifs de désenchevêtrement des tâches et d'attribution claire des responsabilités entre la Confédération et les cantons posés dans le cadre de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT).

1.3 La réforme structurelle doit notamment permettre de renforcer la surveillance de la prévoyance professionnelle, de régler plus clairement les tâches des différents acteurs dans le deuxième pilier et d'obtenir une plus grande transparence dans l'administration des institutions de prévoyance professionnelle, de sorte à consolider la confiance des citoyennes et des citoyens dans le deuxième pilier du système de prévoyance vieillesse. Dans le sens de ces objectifs, les projets d'ordonnance présentés renferment des approches tout à fait positives. Les gouvernements cantonaux estiment toutefois que certaines prescriptions de l'ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1) et de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) vont trop loin par rapport à l'objectif visé. Notamment la Commission de haute surveillance telle que prévue est jugée largement surdimensionnée et beaucoup trop chère.

1.4 En regard de la réglementation fédérale selon laquelle les fondations de placement seront à l'avenir placées sous la surveillance exclusive de la Commission de haute surveillance, il est renoncé à prendre position sur l'ordonnance y relative (OFP).

2. Remarques sur la Commission de haute surveillance

2.1 Du point de vue des gouvernements cantonaux, la structure de la Commission de haute surveillance (CHS) proposée dans l'OPP 1 va beaucoup trop loin par rapport à l'objectif législatif. Selon le rapport explicatif du 12 novembre 2010, 28,8 équivalents plein temps sont prévus pour la CHS (commission et secrétariat) et les coûts budgétés atteignent 7,16 millions de francs au total. Le message du 15 juin 2007 concernant la réforme structurelle proposait aux Chambres fédérales 13,8 équivalents plein temps pour un coût total de 1,89 millions de francs (FF 2007 5424). Contrairement aux indications du rapport explicatif, le message à cette époque ne parlait pas de 16 équivalents plein temps pour les fonctions transversales. Cette forte augmentation n'est pas justifiable même si on tient compte du nouvel ajout de la surveillance directe des fondations de placement.

2.2 La dotation en personnel du secrétariat de la CHS et, par là-même, les montants de la taxe proposés à l'art. 7 OPP 1 sont disproportionnés par rapport aux tâches de la CHS prévues dans la loi. Contrairement aux affirmations du rapport explicatif, la CHS n'aura a priori pas une fonction plus active ni ne pourra en particulier intervenir davantage par voie de réglementation. Selon l'art. 64a al. 1 let. c LPP, elle ne peut p. ex. édicter les standards nécessaires à l'activité de surveillance qu'en présence d'une base légale et d'une audition préalable des cercles intéressés. Les dispositions d'ordonnance proposées s'inspirent ici d'un besoin de contrôle intégral de la Confédération sur la surveillance directe des cantons. Ceci conduit de fait à une centralisation de la surveillance directe par la petite porte, ce qui n'a jamais été l'intention du législateur fédéral.

2.3 Comparativement à la haute surveillance prévue, la surveillance directe des cantons dispose au total de 100 équivalents plein temps environ et génère des coûts totaux annuels de quelque 13 millions de francs (y c. postes et coûts de la surveillance des fondations classiques). La haute surveillance prévue de la Confédération coûtera donc plus de la moitié de la surveillance directe des cantons. Il en résulte la situation grotesque que les émoluments de la haute surveillance pour le contrôle de la surveillance directe, que doivent déboursier les institutions de prévoyance ou finalement les assurés, sont beaucoup plus élevés que les émoluments de la surveillance directe elle-même, lesquels couvrent l'examen annuel du rapport d'activité, les examens de règlement, l'adoption de règlements de liquidation partielle, les transferts de patrimoine, la création d'institutions de prévoyance, etc.

2.4 Ainsi, la CHS n'est pas seulement surdimensionnée; elle génère aussi un volume de coûts disproportionné. Les coûts induits pourraient toutefois constituer un multiple de ce volume. Il existe un danger que la CHS impose sans cesse de nouveaux règlements à la surveillance directe ainsi qu'aux institutions de prévoyance, ne serait-ce que pour prouver le bien-fondé de son existence. Ceci rendra encore plus cher l'appareil bureaucratique du deuxième pilier du système de prévoyance vieillesse, lequel est de toute façon déjà cher, et se répercutera au final sur les rentes des assurés. La CHS ne doit pas être aussi grande que possible, mais elle doit agir de manière adéquate et n'intervenir qu'en cas de besoin réel. A l'exception de la surveillance directe des institutions supplétives, du fonds de garantie et des fondations de placement, la CHS n'a pas de tâches opérationnelles. C'est pourquoi la structure proposée est tout simplement inconcevable.

3. Principales revendications des gouvernements cantonaux

3.1 Considérant les explications sous chiffre 2, les gouvernements cantonaux exigent que la structure de la CHS soit intégralement revue. Il faut notamment clairement redimensionner le secrétariat et réviser à la baisse les montants proposés à l'art. 7 OPP 1 pour la taxe de surveillance due par les autorités de surveillance.

3.2 Par ailleurs, les gouvernements cantonaux attendent des réglementations plus pertinentes pour les autorités de surveillance directe, notamment des moyens d'intervention efficaces lors de la création d'institutions de prévoyance (cf. à ce propos les explications sous chiffre 4, ad art. 95 al. 3 ORC).

3.3 D'autre part, les différents acteurs doivent pouvoir assumer leur responsabilité individuelle. C'est pourquoi la direction de l'institution de prévoyance, le conseil de fondation composé de partenaires sociaux, doit disposer d'une marge de manœuvre suffisante (cf. à ce propos les explications sous chiffre 5, ad art. 34 al. 2 ss).

4. Remarques de détail sur l'OPP 1

Les gouvernements cantonaux soutiennent les remarques de détail ci-après extraites de la réponse à la consultation du 14 janvier 2011 de la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et de fondation.

Ad art. 3 al. 3

Concernant la qualification prévue des institutions à inscrire au registre et les explications y relatives dans le rapport, il convient de maintenir que la catégorie "fonds de bienfaisance" ("Wohlfahrtsfonds") comprend aussi bien des fonds patronaux que des fondations de financement. L'énumération parallèle du rapport est à biffer étant donné qu'elle suggère qu'un fonds patronal n'est pas un fonds de bienfaisance [cette remarque concerne uniquement la version allemande du rapport explicatif]. Le terme "patronal" se réfère uniquement au type de financement ou à l'origine des fonds mais ne donne en soi aucune indication quant au caractère d'une institution (les institutions de prévoyance patronales avec prestations réglementaires sont notamment aussi courantes).

L'inscription de fonds de prévoyance au registre et la publication de ces données sur Internet doivent, en regard des dispositions relatives à la protection des données, à nouveau être remises en cause de manière critique. Reste la question de savoir si la disposition de l'ordonnance suffit pour la publication d'institutions de prévoyance "pure" (à savoir des institutions de prévoyance qui ne sont financées que par l'employeur et n'accordent que des droits en cours d'acquisition) ou des fondations de financement (avec, en l'occurrence, uniquement des prétentions de droit en cours d'acquisition sur le financement de prestations de prévoyance dans des "institutions de prévoyance affiliées"; il s'agit de réserves de cotisations d'employeur "externalisées"). Tendanciellement, l'obligation de publier doit être limitée aux institutions de prévoyance enregistrées LPP ou avec droits de prestation réglementaires (institutions de prévoyance soumises à la LFLP).

Ad art. 7

Le montant de la taxe de haute surveillance implique en pratique que cette taxe correspond à un multiple - jusqu'à trente fois pour les plus grandes institutions de prévoyance - de l'émolument qui est prélevé par les autorités de surveillance directe pour l'examen annuel des institutions de prévoyance surveillées. Nous jugeons ce montant disproportionné, notamment parce que l'autorité de haute surveillance surveille les autorités de surveillance directe et non pas les institutions de prévoyance. Il désavoue les autorités de surveillance directe qui, pour leur part, s'efforcent de fournir un travail de surveillance de bonne qualité à moindre coût et il ne fait qu'alimenter encore inutilement la discussion déjà en cours sur les coûts du deuxième pilier.

Ad art. 8

A notre avis, la question se pose de savoir s'il est vraiment justifié de prévoir pour les fondations de placement une taxe annuelle maximale, qui plus est aussi élevée que celle prévue pour l'institution supplétive ou le fonds de garantie. Contrairement aux institutions de prévoyance, les fondations de placement sont des instruments propres aux marchés financiers;

celles-ci pourraient aussi être soumises à la surveillance des marchés financiers. Ajouter un privilège via la taxe de surveillance au sens de l'égalité de traitement avec l'institution supplétive et le fonds de garantie n'est pas justifié. Sur le principe, il reste par ailleurs à constater que l'institution supplétive, contrairement aux autres institutions de prévoyance, ne doit apparemment qu'un émolument pour la surveillance directe et se voit exempte de l'émolument pour la haute surveillance. Ceci n'est pas conséquent et viole aussi l'égalité de traitement entre les différentes institutions de prévoyance.

Ad art. 10

L'égalité de traitement entre les autorités de surveillance n'est objectivement pas réalisée avec les institutions de prévoyance et institutions annexes directement surveillées par la Commission de haute surveillance. Nous proposons de biffer l'émolument extraordinaire pour les autorités de surveillance. Le montant des taxes générales doit couvrir des éventuelles charges supplémentaires qui pourraient incomber très rarement aux autorités de surveillance en tant qu'organes d'exécution.

Ad art. 12 al. 2 let. g et h

Nous saluons quant au principe le renforcement de la surveillance lors de la création d'institution au titre d'une surveillance efficace et préventive. Pourtant, nous jugeons l'examen des rapports de mandat et des contrats de travail avec des tiers comme allant trop loin. L'organe suprême de l'institution de prévoyance doit ici assumer sa responsabilité et s'assurer que la conclusion de tels contrats respecte les exigences professionnelles attendues des personnes engagées et qu'il n'existe aucun conflit d'intérêt. La condition pour ce type de projets de contrat à l'égard des autorités de surveillance (notoirement liées avec l'examen en question) génère avant tout des frais administratifs du côté des autorités de surveillance, sans garantir aucunement que les projets concernés sont ensuite effectivement aussi conclus entre les parties (rapport entre deux parties, autonomie contractuelle) et décharge l'organe suprême de sa responsabilité car il peut alors en référer au contrôle relevant du droit de la surveillance. Nous proposons dès lors de biffer les lettres g et h; à la rigueur, on pourrait obliger l'organe suprême à déposer les contrats (conclus et définitifs) dans les actes de l'autorités de surveillance.

Ad art. 18 al. 4

La disposition relative à la non-résiliabilité pendant 5 ans est jugée juridiquement indéfendable si l'institution de prévoyance concernée ne paie pas ses primes; c'est justement alors que la non-résiliabilité serait pourtant utile. Nous proposons soit qu'une garantie doive aussi être déposée dans les cas de couverture intégrale soit que la réassurance soit obligée d'annoncer immédiatement à l'autorité de surveillance toute résiliation de contrat.

Ad art. 95 al. 3 ORC

Cette disposition est inutile en pratique. Les abus doivent être évités si possible au stade de la création pour protéger les assurés ou leurs fonds de prévoyance, ce qui impliquerait alors de prescrire qu'une nouvelle institution de prévoyance ne soit inscrite au registre du commerce que lorsque l'autorité de surveillance a procédé au contrôle.

Dès lors qu'une institution de prévoyance figure au registre du commerce, elle a la capacité juridique et d'exercer des droits et peut ainsi "acquérir"; l'autorité de surveillance arrive alors notoirement trop tard et peut au mieux intervenir de sorte à corriger.

De notre point de vue, la remarque annotée au registre du commerce de l'absence de surveillance n'est pas adéquate pour protéger les sociétés affiliées et les assurés. Le projet d'art. 95 al. 3 ORC doit être revu.

Disposition manquante:

Il nous manque une disposition concernant le droit de recours de la Commission de haute surveillance contre des décisions du Tribunal administratif fédéral. Au sens d'une réglemen-

tation transparente, nous proposons l'insertion d'une disposition correspondante (éventuellement uniquement par renvoi à la qualité pour recourir réglée ailleurs).

Nous renvoyons par ailleurs à la remarque ci-après ad art. 60f OPP 2.

5. Remarques de détail sur l'OPP 2

Les gouvernements cantonaux soutiennent les remarques de détail ci-après extraites de la réponse à la consultation du 14 janvier 2011 de la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et de fondation.

Ad art. 34 al. 2 let. b et c et ad art. 40 al. 2 let. b et c

Les notions de "participation directe ou indirecte" ainsi que "relation étroite" constituent des notions juridiques qui requièrent une interprétation et qui, dès lors, posent des questions difficiles de délimitation dans le cadre de la mise en œuvre et risquent ainsi d'affaiblir plutôt que de renforcer les moyens d'intervention des autorités de surveillance directe. Nous proposons donc de biffer à la lettre b l'un des deux adjectifs "direct" ou "indirect" et de définir à la lettre c plus précisément ce qu'on entend par étroite relation.

Ad art. 35

Les alinéas 1 et 2 de l'art. 35 vont au-delà des tâches de l'organe de révision définies à l'art. 52 let. c LPP. Ainsi, un système de contrôle interne (SCI) est certes souhaitable, néanmoins pas prescrit par la LPP. Il est clair qu'on ne peut pas remédier à l'absence de base légale par voie d'ordonnance. De même, la vérification prévue à l'al. 2 des données fournies par l'organe suprême outrepassa la loi. Il convient dès lors de biffer les alinéas 1 et 2.

Ad art. 46

A notre avis, cet article est en contradiction avec l'article 68a LPP.

En outre, la valeur limite du taux de couverture de 110% présente notamment du point de vue des autorités de surveillance des problèmes considérables. Par ailleurs, ces adaptations ne sont applicables que dans le régime de la primauté des cotisations. Il n'est pas possible d'appliquer l'art. 46 aux caisses de pension dans le régime de la primauté des prestations.

Il faut par ailleurs signaler que les améliorations de prestations devraient en principe être possibles en tout temps dans le cas de réserves de fluctuation de valeur non entièrement approvisionnées lorsque cela ne réduit pas le degré de couverture ni n'empêche d'atteindre l'objectif de degré de couverture. Pour les IPDP en capitalisation partielle, l'art. 72a al.1 let. d LPP prescrit simplement que des augmentations de prestations futures doivent être financées à 100% conformément à la procédure de capitalisation.

Pour ces raisons, il faut biffer purement et simplement cette disposition.

Ad art. 48a al. 3

Nous estimons le travail requis pour l'institution de prévoyance complètement disproportionné par rapport à l'acquis de connaissance.

Ad art. 48f

Cet article relatif aux exigences à remplir par les membres de la direction et par les gestionnaires de fortune appelle plusieurs remarques. Le premier alinéa privilégie sans motif aucun la formation par rapport à l'expérience. De plus, la formulation proposée devrait être revue afin de mentionner les qualifications professionnelles appropriées.

La limitation de l'activité de gestionnaire de fortune prévue par l'al. 3 aux seules personnes externes et institutions soumises à la surveillance directe de la FINMA est inconciliable avec la pratique et ne tient pas compte de la réalité du marché et des besoins des institutions de prévoyance. Nombre de gestionnaires de fortune, notamment dans le domaine de la gérance immobilière, ne sont pas soumis à la FINMA.

Ad art. 48h al. 2

La formulation proposée exclut la conclusion de contrats entre l'institution de prévoyance et un membre de l'organe suprême (p. ex. contrat pour un prêt hypothécaire). De même, des contrats administratifs ou de prêt ne seraient pas possibles entre institution de prévoyance et employeur (p. prêt d'une caisse de pension publique au canton). La disposition aurait ainsi pour conséquence des restrictions indésirables et absurdes. La prescription de l'alinéa 1 est suffisante. L'alinéa 2 doit être biffé.

Ad art. 60f

La qualité pour recourir de l'OFAS est jugée discutable. La Commission de haute surveillance a déjà un droit de recours et il existe le danger que, l'OFAS ayant également la qualité pour recourir, on se retrouve avec des propositions voire des jugements contradictoires entre les deux instances pour un même cas relativement à l'appréciation juridique des faits. En même temps, les autorités de surveillance directe doivent s'adresser à deux instances si elles veulent s'assurer que, dans chaque cas, un recours soit déposé contre un jugement correspondant du Tribunal administratif fédéral, puisque les autorités de surveillance directe elles-mêmes ne disposent pas de la qualité pour recourir. En considérant les délais de recours, cette procédure prend du temps et mobilise beaucoup de ressources et conduit à des doublons inutiles. Nous proposons dès lors de biffer cette disposition ou de limiter la qualité pour recourir aux affaires dans lesquelles la Commission de haute surveillance ne peut pas déposer de recours.

Ad IV. al. 2 (dispositions transitoires)

Aussi louable que soit la transparence requise, nous considérons comme pratiquement irréalisable la mise en vigueur des articles 48f à 48l et de l'art. 49 al. 2 au 1er juillet 2011. On sait par expérience qu'un délai de mise en œuvre inférieur à une année fait que les dispositions concernées ne sont pas inscrites dans les comptes de l'année de référence, ce qui ensuite donne lieu à des remarques de l'organe de révision qui elles-mêmes impliquent une intervention de l'autorité de surveillance. Il n'en résulte que du travail administratif supplémentaire sans pour autant apporter de réelles améliorations. Nous proposons dès lors que ces dispositions soient mises en vigueur au 1^{er} janvier 2012, notamment parce que le respect de ces dispositions mises en vigueur de façon anticipée ne peut pas être vérifié par l'organe de révision (et ensuite aussi par la surveillance directe) de manière réaliste avant les comptes annuels 2012.

L'entrée en vigueur prévue pour le 1^{er} janvier 2012 empêcherait la constitution d'un établissement de droit public dans certains cantons dans le cadre de la procédure législative ordinaire. Du point de vue des cantons, il convient ici donc de reporter l'entrée en vigueur au 1er janvier 2013 au plus tôt. Ceci permettrait de terminer les travaux nécessaires avec le soin requis et d'arriver à une bonne solution.