



Besoin de réforme du système de contrôle et de surveillance de la prévoyance professionnelle

Position de la CHS PP sur l'évaluation de la réforme structurale

24 janvier 2023

Sommaire

1	Introduction	4
1.1	Contexte	4
1.2	Évolution des institutions suisses de prévoyance	4
1.3	Approche législative actuelle en matière de contrôle et de surveillance	4
1.4	Système de contrôle et de surveillance actuel décentralisé	5
2	Propositions de la CHS PP pour renforcer le système de contrôle et de surveillance	6
2.1	Dispositions de contrôle et de surveillance axées sur les risques	6
2.1.1	Problématique	6
2.1.2	Proposition de solution de la CHS PP	6
2.2	Gestion efficace des risques et de la qualité et système de contrôle interne	6
2.2.1	Problématique	6
2.2.2	Proposition de solution de la CHS PP	6
2.3	Renforcement de la valeur informative du rapport de révision	7
2.3.1	Problématique	7
2.3.2	Proposition de solution de la CHS PP	7
2.4	Responsabilité globale de la vérification des comptes annuels	8
2.4.1	Problématique	8
2.4.2	Proposition de solution de la CHS PP	8
2.5	Renforcement des instruments de surveillance	8
2.5.1	Problématique	8
2.5.2	Proposition de solution de la CHS PP	9
3	Propositions de la CHS PP concernant des thèmes liés à la surveillance et nécessitant une réforme	10
3.1	Pool de données pour la prévoyance professionnelle	10
3.1.1	Problématique	10
3.1.2	Proposition de solution de la CHS PP	10
3.2	Renforcement des bases légales pour le traitement des données	10
3.2.1	Problématique	10
3.2.2	Proposition de solution de la CHS PP	10
3.3	Renforcement des droits des assurés en cas de doute sur la légalité de l'application de la prévoyance professionnelle	11
3.3.1	Problématique	11
3.3.2	Proposition de solution de la CHS PP	11
3.4	Clarification législative des compétences des autorités régionales de surveillance et des autorités fiscales	11
3.4.1	Problématique	11
3.4.2	Proposition de solution de la CHS PP	12
3.5	Dispositions relatives à la gouvernance / Institutions de libre passage et pilier 3a	12
3.5.1	Problématique	12
3.5.2	Proposition de solution de la CHS PP	12

3.6	Dispositions plus complètes et efficaces pour prévenir les conflits d'intérêts	12
3.6.1	Problématique.....	12
3.6.2	Proposition de solution de la CHS PP.....	13
3.7	Simplification de la procédure en cas de liquidation partielle	13
3.7.1	Problématique.....	13
3.7.2	Proposition de solution de la CHS PP.....	13
4	Résumé.....	14

1 Introduction

1.1 Contexte

Les Chambres fédérales examinent en ce moment le projet de réforme de la prévoyance professionnelle (LPP 21)¹. Le débat politique porte actuellement principalement sur des questions en lien avec le financement et le montant des prestations de la prévoyance professionnelle. Il s'agit en particulier d'adapter le taux de conversion minimal prévu par la loi dans le cadre de l'assurance obligatoire et de définir les mesures de compensation visant à atténuer les conséquences sociales pour la génération transitoire. Cependant, dans le paysage actuel de la prévoyance en Suisse, il est un autre aspect qui n'a été que peu considéré jusqu'à présent et qui pourtant nécessite d'être révisé : le système de contrôle et de surveillance lui-même. En raison du blocage des réformes en matière de prévoyance professionnelle, rares sont les modifications nécessaires entreprises à cet égard. Après environ dix ans d'expérience avec la réforme structurelle, il est temps désormais d'adapter et d'actualiser le système de contrôle et de surveillance de la prévoyance professionnelle. La CHS PP salue à cet égard la récente décision du Parlement d'ordonner une évaluation de la réforme structurelle de la LPP².

L'appel d'offres lancé par l'Office fédéral des assurances sociales pour cette évaluation, sous la forme de trois projets, a abouti le 7 septembre 2022. En vue de ces travaux, la présente position de la CHS PP vise à mettre en évidence la nécessité d'actualiser au niveau législatif le système de contrôle interne et externe ainsi que le système de surveillance de la prévoyance professionnelle, et à présenter des propositions de solution (voir ci-après les chiffres 2 et 3). Le présent document constitue la version développée de la présentation PowerPoint adoptée par la Commission de la CHS PP le 24 janvier 2023.

1.2 Évolution des institutions suisses de prévoyance

La loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40) est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1985. En tant que loi-cadre, elle ne définit que les exigences minimales concernant l'application du régime de la prévoyance professionnelle. Les institutions de prévoyance (aussi appelées familièrement caisses de pensions) sont en principe libres dans leur organisation (art. 49, al. 1, LPP). Depuis l'entrée en vigueur de la LPP, le paysage suisse de la prévoyance dans le 2^e pilier a fondamentalement changé. On constate au fil des années une tendance des institutions de prévoyance jusque-là propres aux entreprises à se regrouper en institutions collectives et communes toujours plus grandes, auxquelles peuvent s'affilier plusieurs employeurs. Alors que la Suisse comptait 6151 institutions de prévoyance fin 1987³, ce nombre est descendu à 1389 fin 2021⁴, ce qui correspond à un recul de plus de 77 %. Près de trois quarts des assurés actifs en Suisse, principalement du personnel engagé auprès de petites et moyennes entreprises, sont aujourd'hui assurés auprès d'institutions collectives et communes.

1.3 Approche législative actuelle en matière de contrôle et de surveillance

Le système de contrôle et de surveillance prévu par la loi en matière de prévoyance professionnelle se base encore sur l'idée d'une solution de caisse de pension propre à l'entreprise, avec des structures gérables, une parité qui fonctionne et sans conflits d'intérêts. La législation existante du système de contrôle et de surveillance⁵ se limite à quelques dispositions de la LPP, lesquelles sont en partie dépassées et présentent des lacunes et des incohérences qui entravent potentiellement une activité de surveillance efficace et effective.

¹ Objet du Conseil fédéral n° 20.089 « Réforme LPP ».

² Le 16 septembre 2021, le Conseil national a adopté le postulat 21.3968 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) « Évaluer la réalisation des objectifs visés par la réforme structurelle de la LPP ».

³ CHS PP, Rapport sur la situation financière des institutions de prévoyance en 2018, p. 15.

⁴ OFS, Statistique des caisses de pensions 2021, publié le 20 décembre 2022, disponible sur le site www.bfs.admin.ch Actualités > Quoi de neuf ?

⁵ On y trouve notamment les tâches et les moyens de surveillance des autorités de surveillance (art. 62 et 62a LPP) ainsi que les tâches de la CHS PP (en l'occurrence dans un seul et unique article : art. 64a LPP).

L'approche législative actuelle en matière de contrôle et de surveillance est de nature principalement répressive et n'a pas changé sur le fond depuis l'entrée en vigueur de la LPP en 1985. Cette situation a pour conséquence négative que l'autorité de surveillance régionale compétente ne peut en principe pas utiliser ses moyens de surveillance à titre préventif (p. ex. pour une vérification par échantillonnage) mais ne peut intervenir qu' « au besoin » dans un cas concret. Contrairement aux systèmes de surveillance comparables (p. ex. pour l'assurance-maladie sociale, la surveillance des marchés financiers ou, prochainement, la surveillance du 1^{er} pilier⁶), le droit de la prévoyance professionnelle est dénué d'une réglementation spécifique et moderne en matière de surveillance.

1.4 Système de contrôle et de surveillance actuel décentralisé

Le système de contrôle et de surveillance actuel destiné à garantir une application conforme du régime de la prévoyance professionnelle est structuré de manière pyramidale. Le premier niveau consiste en un contrôle interne à l'institution, sous la direction de l'organe suprême ; le deuxième niveau correspond au contrôle externe par les experts en prévoyance professionnelle mandatés par l'institution ; au troisième niveau, c'est l'autorité de surveillance directe cantonale ou régionale qui intervient (ci-après autorité de surveillance régionale). A la pointe de la pyramide du système se trouve finalement la CHS PP en tant qu'autorité de haute surveillance.

Depuis le 1^{er} janvier 2012 et la réforme structurelle, la surveillance directe sur les institutions de prévoyance professionnelle, les institutions de libre passage et du 3^e pilier ainsi que sur les fonds de bienfaisance (fonds patronaux) à prestations discrétionnaires est assurée exclusivement par les autorités de surveillance régionales. Actuellement, on compte huit autorités de surveillance régionales. En tant qu'établissement de droit public doté de la personnalité juridique, elles sont libres de s'organiser comme il leur convient (art. 61, al. 3, LPP). La CHS PP n'est donc pas habilitée à édicter des directives en matière d'organisation pour ces autorités. Il lui est notamment impossible de prescrire un standard uniforme dans le domaine informatique (par ex. pour structurer précisément le répertoire des institutions de prévoyance assujetties, prévu à l'art. 3 OPP 1). La haute surveillance de la CHS PP n'existe que sur le plan technique. De même, la loi ne confère à la CHS PP que peu de compétence pour imposer ses décisions aux autorités de surveillance régionales. La commission n'a la possibilité d'imposer ses décisions que dans son rôle d'autorité de surveillance directe sur le fonds de garantie LPP, l'institution supplétive LPP ainsi que sur les fondations de placement.

⁶ Le 17 juin 2022, les Chambres fédérales ont adopté l'objet du Conseil fédéral 19.080 « LAVS. Modification (modernisation de la surveillance) » en vote final ; disponible sous www.parlement.ch > Recherche Curia Vista. Aucun référendum n'a été lancé contre ce projet de loi. Le Conseil fédéral n'a pas encore décidé de la date d'entrée en vigueur.

2 Propositions de la CHS PP pour renforcer le système de contrôle et de surveillance

Sur la base de ses expériences, la CHS PP estime qu'il convient de moderniser au niveau législatif le système actuel de contrôle et de surveillance de la prévoyance professionnelle en particulier dans les domaines suivants.

2.1 Dispositions de contrôle et de surveillance axées sur les risques

2.1.1 Problématique

Comme indiqué en introduction, les dispositions de la LPP relatives à la mise en œuvre de la prévoyance professionnelle se basent pour l'essentiel sur l'idée d'une institution de prévoyance propre de l'employeur. Si cette vision du législateur était adéquate lors de l'entrée en vigueur de la LPP en 1985, elle correspond de moins en moins à la tendance actuelle dans le paysage suisse de la prévoyance à une concentration progressive sous la forme d'institutions collectives et communes. Il manque dans les dispositions légales de surveillance actuelles, en particulier pour ce type d'institution de prévoyance complexe, une approche prospective et axée sur les risques.

2.1.2 Proposition de solution de la CHS PP

En s'inspirant de la réglementation de systèmes de surveillance comparables, la loi devrait prévoir, pour protéger les intérêts des assurés, des exigences accrues en matière de gouvernance, de transparence et de stabilité financière pour les institutions de prévoyance non captives, en fonction des différents risques.

2.2 Gestion efficace des risques et de la qualité et système de contrôle interne

2.2.1 Problématique

Selon le droit en vigueur, l'organe de révision vérifie si l'institution de prévoyance dispose d'un contrôle interne adapté à sa taille et à sa complexité. Il n'existe toutefois aucune exigence légale fondamentale spécifique à la conception de la gestion des risques et de la qualité ainsi que du système de contrôle interne de l'institution (de prévoyance). En comparaison d'autres systèmes de surveillance, cette réglementation semble aujourd'hui obsolète et dépassée, en particulier pour les institutions collectives et communes.

2.2.2 Proposition de solution de la CHS PP

A l'instar de la surveillance sur l'assurance-maladie sociale⁷ ou, plus récemment, de la modernisation de la surveillance dans le 1^{er} pilier⁸, il conviendrait de créer dans la loi l'obligation pour les institutions de prévoyance professionnelle (2^e pilier) d'introduire une gestion moderne des risques et de la qualité ainsi qu'un système de contrôle interne moderne (en tenant compte des risques spécifiques à l'institution). Pour assurer l'efficacité de la surveillance axée sur les risques, il convient d'inscrire au nombre des tâches légales de l'autorité de surveillance également l'évaluation à titre préventif de la gestion des risques pratiquée par l'institution, de sorte à permettre de détecter le plus rapidement possible les risques importants et d'ordonner à temps les éventuelles mesures de surveillance qui s'imposent.

⁷ Cf. art. 22 s. de la loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (loi sur la surveillance de l'assurance-maladie, [LSAMal; RS 832.12]).

⁸ Cf. art. 66, récemment modifié, de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10).

2.3 Renforcement de la valeur informative du rapport de révision

2.3.1 Problématique

Le mandat de l'organe de révision pour l'examen d'une institution de prévoyance au sens de l'art. 52c, al. 1, LPP se compose de deux parties : les comptes annuels et les autres objets de contrôle. Le législateur ne fait pas de distinction entre l'audit des comptes⁹ et l'audit prudentiel¹⁰. Conformément à l'art. 52c, al. 2, LPP, le rapport de l'organe de révision se limite à une consignation (à savoir une attestation libellée de manière normalisée, avec ou sans réserve, contenant une recommandation sur l'approbation ou le refus des comptes annuels) adressée à l'organe suprême de l'institution de prévoyance. En référence au message concernant la réforme structurelle¹¹, l'organe de révision ne peut émettre de réserve que s'il existe des infractions fondamentales aux prescriptions déterminantes. En l'absence de telles infractions, l'organe de révision doit constater que les comptes annuels, la gestion et les placements ainsi que les comptes de vieillesse (pour les institutions enregistrées) sont conformes aux dispositions légales, statutaires et réglementaires.

Comme le révèlent les observations de la CHS PP, il est très rare que le rapport des organes de révision formule des réserves dans la mesure où ces derniers ne sont tenus d'y mentionner que les infractions fondamentales constatées pour les objets cités à l'art. 52c, al. 1, LPP. Si l'attestation ne contient aucune réserve et en l'absence d'indices contraires permettant un doute éventuel quant à la pertinence de cette conclusion, l'autorité de surveillance n'a que ce document comme référence (art. 52c, al. 2 en relation avec l'art. 62a LPP). Il en résulte que les moyens de vérification dont dispose l'autorité de surveillance sont considérablement limités.

En outre, l'activité de l'organe de révision définie à l'art. 52c LPP exige des connaissances approfondies et actuelles du 2^e pilier, en particulier pour l'examen des nombreux points spécifiques à la LPP soumis à vérification (prescriptions de placement, comptes de vieillesse LPP, loyauté, actes juridiques passés avec des personnes proches, etc.). Le résultat de cet examen constitue une base importante pour l'activité des autorités de surveillance régionales. Actuellement, ces connaissances techniques spécifiques à la LPP ne sont pas encore disponibles dans tous les cas dans la mesure nécessaire.

2.3.2 Proposition de solution de la CHS PP

Les tâches légales de l'organe de révision devraient être subdivisées en deux parties : « vérification des comptes » et « audit prudentiel »¹². Cela permettrait de concevoir l'audit et le rapport de manière plus adaptée aux besoins et aux destinataires, comme c'est le cas dans des systèmes de surveillance comparables¹³. Les dispositions légales relatives au contrôle ordinaire devraient s'appliquer à la vérification des comptes (art. 727 ss CO). Dans le cadre de l'audit prudentiel, la CHS PP devrait se voir attribuer expressément par la loi la compétence de pouvoir édicter des directives contraignantes sur la manière de procéder et sur la structure du rapport d'audit (en tenant compte de la complexité de l'institution).

Afin de garantir des connaissances suffisantes et actuelles de la branche, il faudrait introduire au niveau de la loi spéciale un agrément LPP des organes de révision et des réviseurs responsables par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR).

⁹ La vérification des comptes dans la prévoyance professionnelle consiste à examiner si les comptes annuels de l'institution répondent aux prescriptions applicables.

¹⁰ Pour l'audit de surveillance dans la prévoyance professionnelle, l'organe de révision examine si l'institution a respecté, durant la période sous revue, les autres prescriptions du droit de la surveillance.

¹¹ Message du 15 juin 2007 (FF 2007 5381) concernant la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Réforme structurelle).

¹² Concernant la séparation conceptuelle entre vérification des comptes et audit de surveillance dans le domaine des marchés financiers, cf. aussi Recommandation d'audit suisse RA 70 https://www.expertsuisse.ch/mm/RA_70_Recommandation_daudit_relative_a_laudit_prudentiel.pdf.

¹³ Aussi l'organe de révision externe, notamment dans le domaine de l'assurance-maladie sociale, doit-il établir son rapport sur le résultat de l'exercice relevant du droit de la surveillance conformément aux instructions de l'autorité de surveillance (art. 54, al. 1, let. c, de l'ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie [OSAMal, RS 832.121]).

Dans ce sens, le Conseil fédéral a approuvé le 31 août 2022 un rapport qui atteste la nécessité d'améliorer la révision des institutions de la prévoyance professionnelle¹⁴.

2.4 Responsabilité globale de la vérification des comptes annuels

2.4.1 Problématique

Pour les comptes annuels, le législateur prévoit une responsabilité partagée entre les deux organes de contrôle externes (organe de révision et expert en prévoyance professionnelle). L'organe de révision vérifie l'ensemble des comptes annuels, à l'exception des capitaux de prévoyance et des provisions techniques, pour lesquels la responsabilité incombe exclusivement à l'expert en prévoyance professionnelle. Une telle responsabilité partagée n'existe dans aucun système de surveillance comparable. La responsabilité de la vérification de la présentation de la situation financière d'une institution de prévoyance est donc répartie entre deux organes de contrôle externes, pour lesquels les exigences légales sont différentes (notamment en ce qui concerne les exigences relatives à l'assurance qualité interne ainsi qu'à l'agrément et à la surveillance)¹⁵. S'ajoute à cela la contradiction entre la diversité des tâches légales et autres tâches assumées dans la pratique (conseil, calcul et vérification) par les experts en prévoyance professionnelle, et les exigences d'indépendance et de vérification objective auxquels ils sont soumis.

2.4.2 Proposition de solution de la CHS PP

L'interface entre les tâches de l'expert en prévoyance professionnelle et celles de l'organe de révision devrait être réglée plus clairement par la loi. Il convient d'examiner si la responsabilité globale de la vérification objective de tous les postes des comptes annuels doit être confiée à un seul organisme, comme c'est le cas dans des domaines de surveillance comparables¹⁶.

2.5 Renforcement des instruments de surveillance

2.5.1 Problématique

Pour ce qui est des instruments de surveillance, le législateur s'est également fondé à l'époque sur des structures claires, dénuées de conflits d'intérêts, et sur une parité opérationnelle, autrement dit un équilibre en principe fonctionnel entre les divers organes de l'entreprise (*checks and balances*). C'est pourquoi les instruments prévus dans la LPP sont de fait trop limités et trop peu efficaces compte tenu des conditions actuelles et en référence aux autres systèmes de surveillance. On constate en particulier :

- l'absence de rapports axés sur les risques de l'organe suprême et de l'organe de révision à l'attention de l'autorité de surveillance régionale ;
- l'absence d'obligation de l'institution de fournir à tout moment des informations et des documents, sans qu'il y ait un soupçon, à l'autorité de surveillance régionale ;
- l'absence de compétence de l'autorité de surveillance régionale de procéder à des vérifications sur place auprès des institutions assujetties ;
- l'absence de compétence de la CHS PP de faire appliquer ses décisions aux autorités de surveillance régionales, mais seulement la possibilité de signaler des irrégularités (*naming and shaming*)¹⁷.

¹⁴ Le communiqué de presse du Conseil fédéral du 31 août 2022 « Le droit de la surveillance de la révision a fait ses preuves » ainsi que le rapport en question sont disponibles sous [Le droit de la surveillance de la révision a fait ses preuves](#).

¹⁵ L'autorisation de personnes et entreprises qui fournissent des prestations de révision ainsi que la surveillance étatique des entreprises de révision assujetties est effectuée par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR) sur la base de la législation concernant la surveillance des réviseurs (loi sur la surveillance de la révision [LSR, RS 221.302] et ordonnance sur la surveillance de la révision [OSRev, RS 222.302.3]). Les experts en prévoyance professionnelle sont agréés en conséquence par la CHS PP, sur la base d'une disposition légale unique (art. 52d LPP).

¹⁶ Cf. art. 28 de la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance [LSA, RS 961.01] pour le domaine des assurances.

¹⁷ L'expertise du 15 octobre 2021, confiée par la CHS PP au bureau d'avocats AVS Rechtsanwälte AG, a confirmé ce défaut de compétence d'enquête et d'exécution pour la commission.

2.5.2 Proposition de solution de la CHS PP

Le législateur devrait renforcer les instruments de surveillance en s'inspirant des réglementations existantes dans d'autres systèmes de surveillance modernes comparables.

3 Propositions de la CHS PP concernant des thèmes liés à la surveillance et nécessitant une réforme

Sur la base de ses expériences, la CHS PP estime également nécessaire de procéder à un examen et d'envisager une révision législative dans d'autres thèmes liés à la surveillance qui ne concernent pas directement le système de contrôle et de surveillance de la prévoyance professionnelle mais qui participent indirectement à le renforcer.

3.1 Pool de données pour la prévoyance professionnelle

3.1.1 Problématique

Actuellement, les institutions (de prévoyance) assujetties doivent fournir différentes données (statistiques ou de surveillance) à différentes autorités (entre autres l'Office fédéral de la statistique, la CHS PP, le fonds de garantie LPP et l'autorité de surveillance régionale compétente) selon différentes prescriptions légales. Il n'existe aucune coordination entre les autorités qui collectent ces données, ni aucune contrainte quant à la définition et la qualité des données à transmettre.

3.1.2 Proposition de solution de la CHS PP

Il conviendrait d'examiner la possibilité de désigner dans la loi un service central chargé de collecter les données requises, ainsi que les exigences relatives à la définition et à la qualité des données à transmettre (notamment pour l'établissement du rapport de la CHS PP sur la situation financière). Il faudrait également régler l'accès de chaque autorité à ces données.

3.2 Renforcement des bases légales pour le traitement des données

3.2.1 Problématique

Les dispositions de la LPP concernant le traitement des données (personnelles) (art. 85a ss LPP) sont lacunaires et ne correspondent plus à la situation actuelle. Ainsi, par exemple, la loi ne règle pas expressément la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure le traitement électronique des données est licite, notamment pour les données sensibles des assurés¹⁸. De même, les dispositions concernant l'assistance administrative sont parfois imprécises et conditionnent même l'octroi de l'assistance entre autorités de surveillance à l'absence d'un intérêt privé prépondérant contraire - une notion qui n'est pas davantage précisée (art. 86a, al. 2, LPP). Il en résulte non seulement une insécurité juridique inutile mais aussi une conception obsolète et dépassée en comparaison de la réglementation de l'assistance administrative en place dans d'autres systèmes de surveillance comparables¹⁹.

3.2.2 Proposition de solution de la CHS PP

Les dispositions actuelles de la LPP relatives au traitement des données (personnelles) devraient être modernisées en s'inspirant de la réglementation en vigueur dans des systèmes de surveillance comparables.

¹⁸ Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, les institutions de prévoyance qui appliquent le régime de la prévoyance professionnelle obligatoire sont considérées comme des organes fédéraux au sens de la loi sur la protection des données (cf. ATAF 2012/14 du 10 avril 2012, consid. 4.4 avec renvois). Les organes fédéraux ne peuvent en principe traiter des données personnelles que dans la mesure où la loi le prévoit.

¹⁹ Voir par exemple l'art. 36 LSAMal et l'art. 39, al. 1, de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers [LFINMA, RS 956.1]) qui précise « ... dont elles ont besoin pour s'acquitter de leurs tâches ».

3.3 Renforcement des droits des assurés en cas de doute sur la légalité de l'application de la prévoyance professionnelle

3.3.1 Problématique

Sur la base du message relatif à la LPP²⁰, les autorités de surveillance régionales sont légalement tenues d'enquêter sur les « plaintes » des assurés et, le cas échéant, de veiller à ce qu'il soit remédié à la situation. Dans la pratique, cette obligation n'est pas mise en œuvre de manière uniforme par les autorités de surveillance régionales.

En outre, conformément au libellé de l'art. 62, al. 1, let. e, LPP²¹, l'autorité de surveillance n'est compétente aujourd'hui que pour connaître des contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé en vertu des art. 65a et 86b, al. 2, LPP. Cette compétence devrait s'étendre aux contestations relatives au droit des assurés d'être informés individuellement au sens de l'art. 86b, al. 1, LPP au même titre notamment que celles portant sur le calcul de leurs droits aux prestations, et ce sans pour autant que la voie de la contestation au sens de l'art. 73 LPP ait obligatoirement dû être engagée. En vertu de sa position, l'autorité de surveillance peut influencer directement le comportement de l'institution de prévoyance concernée. S'ajoute à cela le fait que, comme mentionné, la tâche de l'autorité de surveillance consiste justement à prévenir des cas de contestation inutiles. La voie juridique contraignante actuelle prévue à l'art. 73 LPP en cas de prétentions litigieuses en matière d'information individuelle au sens de l'art. 86, al. 1, LPP apparaît trop compliquée dans la mesure où le tribunal cantonal des assurances sociales - contrairement à l'autorité de surveillance - n'a pas d'échange régulier avec l'institution de prévoyance concernée.

3.3.2 Proposition de solution de la CHS PP

Il conviendrait d'inscrire explicitement dans la loi l'obligation pour les autorités régionales de surveillance d'examiner les plaintes des assurés et de « veiller, le cas échéant, à remédier à la situation » (cf. FF 1976 I 226) afin d'éviter les litiges inutiles (précision de l'art. 62, al. 1, LPP). En outre, il faudrait introduire à l'art. 62, al. 1, let. e, LPP un renvoi à l'art. 86b, al. 1, LPP afin que les litiges relatifs au droit à l'information individuelle puissent être réglés par l'autorité de surveillance en dehors d'une procédure de réclamation.

3.4 Clarification législative des compétences des autorités régionales de surveillance et des autorités fiscales

3.4.1 Problématique

Le troisième paquet de la 1^{ère} révision de la LPP²² a mis fin à l'ancien système de double vérification des règlements par les autorités de surveillance régionale et les autorités fiscales et l'a remplacé par une vérification exclusive à charge de l'autorité de surveillance régionale compétente. Cette délimitation des compétences des autorités de surveillance régionales et des autorités fiscales, également mentionnée dans le message du Conseil fédéral sur la réforme structurelle²³, n'est toutefois pas inscrite expressément dans la LPP. Il en résulte que

²⁰ Cf. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (du 19 décembre 1975), FF 1976 I 117.

²¹ L'art. 62, al. 1, let. e, LPP applicable est entré en vigueur le 1^{er} avril 2004, avec la première révision de la LPP. Parallèlement, les directives du Conseil fédéral du 11 mai 1988, destinées aux autorités de surveillance, sur l'obligation pour les institutions de prévoyance enregistrées de renseigner leurs assurés (FF 1988 II 628) ont été abrogées sans substitution. Selon ces directives, les autorités de surveillance devaient veiller à ce que les institutions de prévoyance fournissent à leurs assurés des renseignements minimums. En outre, l'autorité de surveillance pouvait inviter les institutions de prévoyance à fournir d'autres renseignements. Ces directives contenaient aussi des exigences minimales quant à l'obligation des institutions de prévoyance de renseigner leurs assurés. Notamment, les institutions étaient tenues, lors de la réalisation d'un risque assuré, de renseigner sur demande la personne assurée sur le montant et les bases de calcul de leur droit aux prestations de prévoyance. À l'époque, le législateur n'était probablement pas assez conscient du fait qu'il compliquait ainsi de manière non négligeable la situation juridique des assurés souhaitant faire valoir leur droit à l'information contesté.

²² Le troisième paquet de la 1^{ère} révision de la LPP avec les dispositions de droit fiscal est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

²³ Message du 15 juin 2007 concernant la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Réforme structurelle), FF 2007 5381.

certaines autorités fiscales restent convaincues qu'elles ne doivent pas s'appuyer sur le résultat de l'examen du règlement effectué par l'autorité de surveillance régionale, ce qui, selon les expériences de la CHS PP, entraîne une insécurité juridique inutile dans la pratique.

3.4.2 Proposition de solution de la CHS PP

La délimitation des compétences des autorités de surveillance régionales et celles des autorités fiscales telle que définie dans le message concernant la réforme structurelle devrait être expressément fixée dans la loi.

3.5 Dispositions relatives à la gouvernance / Institutions de libre passage et pilier 3a

3.5.1 Problématique

Dans son arrêt du 30 septembre 2020 (ATF 146 V 341), le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que les dispositions relatives à l'intégrité et à la loyauté des responsables ne s'appliquent pas aux institutions de libre passage et du pilier 3a en raison d'une omission du législateur (lacune de la loi)²⁴.

3.5.2 Proposition de solution de la CHS PP

Pour combler cette lacune juridique, le législateur devrait préciser que les dispositions relatives à l'intégrité et à la loyauté des responsables s'appliquent également aux institutions du pilier 3a et de libre passage.

3.6 Dispositions plus complètes et efficaces pour prévenir les conflits d'intérêts

3.6.1 Problématique

Dans le droit actuel de la prévoyance professionnelle, seules certaines configurations présentant des conflits d'intérêts sont interdites. L'art. 51b, al. 1, LPP et surtout les dispositions d'exécution que sont les art. 48f ss OPP 2 sont lacunaires. Par exemple, le libellé de l'art. 48h, al. 1, OPP 2, intitulé « Prévention des conflits d'intérêts » n'interdit pas le cas potentiellement délicat qui verrait la personne physique dirigeant l'institution de prévoyance exercer en même temps cette fonction auprès de sociétés qui fournissent des prestations pour ladite institution de prévoyance. Contrairement à d'autres systèmes de surveillance comparables²⁵, il manque également une obligation légale spécifique pour l'institution de prévoyance de veiller à prendre des mesures organisationnelles efficaces destinées à prévenir les conflits d'intérêts lors de la mise en oeuvre de la prévoyance professionnelle. D'aucuns cherchent parfois à utiliser ces dispositions législatives lacunaires pour verser, par le biais de constructions nébuleuses, le plus souvent à la charge des assurés, des frais administratifs surfaites en faveur de personnes morales ou physiques proches. Les assurés sont ainsi potentiellement défavorisés dans le sens où ils supportent des frais administratifs probablement (trop) élevés et où leur avoir de vieillesse est ainsi sans raison rémunéré au taux d'intérêt minimal prévu par la loi et par conséquent (trop) bas. À défaut d'être interdit, ce type de configuration est néanmoins réprouvé par le public et compromet la confiance dans la prévoyance professionnelle.

²⁴ Voir également les communications de la CHS PP M – 03/2021 « Recommandation aux institutions du pilier 3a et aux institutions de libre passage concernant l'application volontaire des règles de gouvernance énoncées aux art. 48f à 48j OPP 2 ».

²⁵ Pour le domaine des marchés financiers, voir l'art. 25 de la loi fédérale sur les services financiers (LSFin, RS 950.1) et les art. 24 ss de l'ordonnance sur les services financiers (OSFin, RS 950.11) et, pour le domaine de l'assurance-maladie sociale, l'art. 20, al. 4, de la loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (loi sur la surveillance de l'assurance-maladie [LSAMal, RS 832.12]) et les art. 38f et 45 de l'ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie, [OSAMal, RS 832.121]).

3.6.2 Proposition de solution de la CHS PP

Par analogie à la réglementation des systèmes de surveillance comparables, il conviendrait de contraindre légalement les institutions assujetties à prendre des mesures organisationnelles appropriées pour prévenir de manière générale les conflits d'intérêts dans la mise en oeuvre de la prévoyance professionnelle au détriment des assurés. Dans les cas exceptionnels où un conflit d'intérêts serait impossible à éviter, l'institution assujettie devrait être obligée par la loi à les déclarer de manière transparente à l'organe suprême et aux assurés ainsi qu'à l'autorité de surveillance régionale.

3.7 Simplification de la procédure en cas de liquidation partielle

3.7.1 Problématique

En cas de liquidation partielle (sortie collective, par ex. à la suite d'une restructuration), les assurés sortants participent - ce qui n'est pas le cas lors d'une sortie individuelle - aux éventuels fonds libres et réserves disponibles de l'institution de prévoyance. À l'inverse, en cas de découvert, la prestation de sortie peut être réduite du montant du déficit actuariel. La CHS PP estime la procédure actuelle en cas de liquidation partielle trop compliquée et problématique en raison du rôle multiple que joue l'autorité de surveillance régionale (laquelle doit vérifier les règlements²⁶ et en même temps statuer sur les demandes de réexamen²⁷). Dans la pratique, ce sont les liquidations partielles qui font le plus souvent l'objet de litiges en raison de dispositions légales rudimentaires. Le différend porte souvent déjà sur la question de savoir s'il s'agit vraiment d'un cas de liquidation partielle²⁸ et quels sont précisément les assurés à intégrer au plan de répartition en cas de réduction du personnel sur une période prolongée²⁹, mais aussi sur la question des intérêts³⁰ et la manière dont sont calculés les fonds à répartir³¹. Il en résulte dans la pratique souvent des procédures judiciaires interminables et une situation juridique incertaine prolongée pour les assurés concernés et pour les institutions de prévoyance impliquées³². Une succession de liquidations partielles ou un renvoi ordonné pour révision du plan de répartition peut ainsi conduire à un « embouteillage de liquidations partielles »³³. Selon les informations à disposition de la CHS PP, certains cas de liquidation partielle sont en instance depuis près de 20 ans. Cette situation est globalement non seulement insatisfaisante pour les assurés mais aussi préjudiciable à l'ensemble du système de la prévoyance professionnelle. La doctrine juridique se montre également critique à l'égard du système de liquidation partielle.³⁴ La CHS PP juge la procédure actuelle de liquidation partielle trop complexe et trop lourde³⁵.

3.7.2 Proposition de solution de la CHS PP

La procédure de liquidation partielle devrait être simplifiée. Il s'agirait aussi de régler plus clairement les prescriptions légales définissant les éléments constitutifs de la liquidation partielle.

²⁶ Art. 62, al. 1, let. a, LPP.

²⁷ Art. 53d, al. 6, LPP.

²⁸ Parmi d'autres, ATF 143 V 200 avec renvois.

²⁹ Voir entre autres ATF 128 II 405, consid. 6.4.

³⁰ ATF 131 II 533, consid. 9.2.

³¹ ATF 138 V 303.

³² Pour les nombreuses questions (juridiques) liées à cette question, on lira notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_264/2020 du 23 novembre 2020 concernant la fondation collective META pour la prévoyance professionnelle en liquidation.

³³ Voir ATF 141 V 589.

³⁴ Kurt C. Schweizer, in: Schweizer Personalvorsorge 07-16, p. 80 ss; Lucrezia Glanzmann-Tarnutzer, in: AJP 2014, p. 451 ss.

³⁵ Une intervention parlementaire dans ce sens a été déposée récemment mais rejetée par le Conseil des États : postulat Alex Kuprecht (21.4428) « Liquidation partielle et libre passage ».

4 Résumé

Dans le cadre des débats parlementaires sur la révision de la prévoyance professionnelle, les questions principales portent sur le financement et le montant des prestations. Cependant, le système légal de contrôle et de surveillance dans ce domaine nécessite aussi d'être modernisé³⁶. La CHS PP salue l'adoption par le Conseil national, le 16 septembre 2021, du postulat 21.3968 déposé par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique (CSSS-N) sous le titre « Évaluer la réalisation des objectifs visés par la réforme structurelle de la LPP ». Eu égard aux travaux en cours dans ce but, la CHS PP a élaboré des propositions visant à renforcer le système légal actuel de contrôle et de surveillance de la prévoyance professionnelle, lesquelles sont exposées dans le présent document.

Il convient en particulier de revoir et réformer les instruments actuels de surveillance. Contrairement aux systèmes de surveillance comparables, les instruments prévus dans la LPP à disposition des autorités de surveillance et de la CHS PP n'ont pas été adaptés aux particularités évolutives du 2^e pilier et sont en conséquence trop limités et peu efficaces pour répondre aux enjeux contemporains. Par exemple, la loi impose à l'autorité de surveillance de se référer aux rapports de l'expert en prévoyance professionnelle et de l'organe de révision (art. 62a, al. 1, LPP). Seul un doute quant à la légalité de l'activité de l'institution dans le cas concret permet à l'autorité de surveillance d'engager des moyens de surveillance à l'encontre de l'institution assujettie. C'est à ces conditions uniquement que le besoin requis par l'art. 62a, al. 2, LPP est avéré. En revanche, la loi actuelle ne prévoit pas la possibilité pour l'autorité de surveillance d'exiger d'une institution assujettie de lui fournir, même en l'absence de soupçons, certaines informations dans le but de procéder à une vérification par échantillonnage ou pour réaliser des contrôles directement dans ses locaux. Ces lacunes législatives en matière de surveillance entravent le travail des autorités de surveillance. S'ajoute à cela le fait que la CHS PP n'a légalement aucun moyen d'imposer, si nécessaire, des exigences à l'égard des autorités de surveillance (en particulier des directives assurant une activité de surveillance uniforme). La CHS PP peut uniquement signaler des irrégularités, c'est-à-dire procéder à une dénonciation publique (*naming and shaming*). La commission juge cette restriction législative des instruments de surveillance comme étant inappropriée et obsolète. Elle estime que le législateur devrait renforcer et étendre les instruments de surveillance en s'inspirant des réglementations actuelles prévues dans les systèmes de surveillance modernes comparables.

³⁶ Dans son rapport d'activité 2021, la CHS PP a déjà évoqué les défis actuels du système suisse de la prévoyance, entre autres le chantier de la surveillance LPP et la nécessité consécutive d'agir au niveau législatif dans les domaines de la surveillance, de la révision et des experts (voir chap. 3.3 du rapport d'activité 2021 de la CHS PP).