

03.060

**Message
concernant des mesures destinées à résorber les découverts
dans la prévoyance professionnelle**

**(Modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle
vieillesse, survivants et invalidité)**

du 19 septembre 2003

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet de modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) en vous proposant de l'approuver.

Nous vous proposons, parallèlement, de classer l'intervention parlementaire suivante:

2002 P 02.3422 LPP. Répartition des excédents. Réserves pour fluctuations.
Vacances de cotisations
(N 03.10.2002, Groupe socialiste)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

19 septembre 2003 Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Pascal Couchepin
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Près d'une institution de prévoyance sur deux se trouve actuellement en situation de découvert, principalement pour des raisons conjoncturelles (persistance des pertes sur les marchés financiers, insuffisance des rendements des placements, évolution défavorable des taux de change). Afin d'élargir la marge de manœuvre, aussi bien dans le temps qu'au plan matériel, des institutions de prévoyance présentant des découverts surtout dans le domaine obligatoire de la prévoyance professionnelle, il doit être possible de s'écarter, à certaines conditions, de l'exigence légale de garantir une couverture de tous les engagements à 100 % en tout temps et il convient d'élargir le catalogue des mesures pouvant être prises pour résorber un découvert.

L'introduction de ces mesures supplémentaires doit continuer d'être du ressort et de la responsabilité des institutions de prévoyance et ne doit pas restreindre leur compétence de régler librement le financement de leurs prestations. Afin de diminuer la pression du temps pour rétablir la couverture intégrale et, partant, d'éviter de devoir prendre des mesures radicales, les institutions de prévoyance doivent disposer d'un délai approprié pour résorber leur découvert. Elles ne doivent toutefois pas rester inactives durant cette période, mais doivent prendre les mesures indiquées. En appliquant ces mesures, elles doivent respecter des règles particulières.

Nous proposons les mesures suivantes, qui doivent figurer explicitement dans la LPP et dans la loi fédérale sur le libre passage:

- 1. attribuer aux institutions de prévoyance la compétence de prélever auprès de l'employeur et des salariés des cotisations destinées à résorber le découvert tant que dure ce dernier. Dans le domaine subobligatoire, le prélèvement de ces cotisations est soumis à l'accord de l'employeur. Une telle contribution doit également pouvoir être exigée des bénéficiaires de rentes. Les prestations de rentes dans le domaine obligatoire ne peuvent pas être amenuisées. Les cotisations et la réduction temporaire des rentes dans les domaines préobligatoire et subobligatoire sont sujettes aux règles particulières des mesures, tout en étant régies par les règles contractuelles du droit privé;*
- 2. attribuer aux institutions de prévoyance la compétence de rémunérer les avoirs de vieillesse LPP à un taux d'intérêt plus bas que le taux minimal LPP tant que dure le découvert;*
- 3. attribuer au Conseil fédéral la compétence d'édicter à l'échelon de l'ordonnance des dispositions permettant aux institutions de prévoyance en découvert de prévenir un recours abusif aux fonds de la prévoyance professionnelle dans le domaine de l'encouragement à la propriété du logement;*
- 4. permettre, lors du calcul de la prestation de sortie, la déduction des cotisations destinées à résorber un découvert et à financer d'autres prestations et coûts lors du calcul de la prestation de sortie, afin d'obtenir l'effet d'assainissement souhaité et d'éviter des découverts structurels;*

-
5. *permettre d'effectuer des versements sur un compte séparé de réserves de cotisations de l'employeur, pour autant qu'ils permettent, au moyen d'une renonciation temporaire à l'utilisation de ces réserves, d'éviter des mesures destinées à résorber un découvert.*

Le projet a été dans l'ensemble accueilli favorablement lors de la procédure de consultation. Il ne fait pas de doute que, parmi les différentes dispositions, celle qui permet de déroger au principe de la garantie offerte en tout temps (art. 65a LPP) a été le plus largement approuvée. En autorisant un découvert temporaire, cette disposition permettrait une mise en oeuvre judicieuse des mesures.

Un jugement beaucoup plus différencié a été porté sur le catalogue de mesures proposé dans le projet de loi (art. 65b, al. 3, LPP). Les réactions vont de la simple acceptation au refus catégorique, en passant par l'approbation sous réserve. Si le projet a été largement accepté pour ce qui est de ses aspects essentiels, un grand nombre de réserves diverses ont été émises quant à des aspects particuliers.

Message

1 Partie générale

1.1 Situation initiale

Contrairement à l'AVS, qui est financée selon le système de la répartition, la prévoyance professionnelle est fondée sur le système de la capitalisation. Dans ce système, le capital de vieillesse destiné à financer les rentes de vieillesse résulte de l'accumulation, pendant la durée d'affiliation à l'institution de prévoyance, des cotisations et des intérêts annuels (primauté des cotisations). Ce mode de financement dépend du coût de la vie, respectivement de l'évolution générale des salaires et des taux d'intérêts, et par conséquent du produit de la fortune. Dans le cas idéal, l'inflation est compensée par les intérêts du capital durant la période de constitution de l'épargne, afin qu'au terme de 40 ans de vie active une rente de vieillesse puisse être octroyée. Ajoutée à la rente AVS, cette rente doit permettre d'atteindre l'objectif constitutionnel (art. 113, al. 2, let. a, de la Constitution, Cst.), qui est de maintenir de manière appropriée le niveau de vie antérieur. Ce modèle suppose que la rente de vieillesse doit atteindre, selon la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)¹ 36 % du dernier salaire coordonné. Le modèle suppose aussi que le capital épargné ne subit pas de réduction à la suite de pertes sur la fortune (conservation de la substance de l'avoir). Une des caractéristiques essentielles du système du 2^e pilier est d'être inscrit dans une perspective à long terme.

Avec un taux de 4 %, la part des intérêts devrait atteindre à la fin du processus d'épargne environ 40 % du capital de vieillesse accumulé. L'importance de ce «3^e cotisant» peut aussi être démontrée par les chiffres de la Statistique des caisses de pensions 2000². En 2000, le volume des cotisations réglementaires des assurés s'est chiffré à 10,4 milliards de francs et celui des contributions directes des employeurs à 16,7 milliards de francs, soit un total de 27,1 milliards de francs. En comparaison, la performance nette des placements a atteint 20,1 milliards de francs.

La situation des placements s'est détériorée depuis le mois de septembre 2000 en raison de l'érosion des cours en bourse et de l'évolution défavorable des taux de change. De nombreuses institutions de prévoyance ont réalisé par leurs placements une performance nulle ou même négative jusqu'au printemps 2003. Les moyens nécessaires au paiement des intérêts prévus par la loi et au financement du taux d'intérêt technique ont ainsi fait défaut. Lorsqu'il n'est plus possible non plus de couvrir les pertes par la dissolution des réserves de fluctuations, des découverts apparaissent inévitablement.

¹ RS 831.40

² «La prévoyance professionnelle en Suisse», Statistique des caisses de pension 2000, éd. OFS, Neuchâtel, 2002, p. 17 ss.

1.2

Situation financière des institutions de prévoyance

Une enquête réalisée par le Département fédéral de l'intérieur à la date de référence du 31 décembre 2001 a montré que la situation financière des institutions de prévoyance et des assureurs-vie doit être considérée comme tendue. Depuis lors les marchés des actions ont continué à se dégrader et les pertes de change ont pesé plus lourdement encore, de sorte que la situation financière s'est encore aggravée jusqu'au 31 décembre 2002. L'analyse des premiers résultats du check-up des risques 2003 réalisé par la société Complementa Investment-Controlling SA (datée d'août 2003) montre que le taux de couverture moyen des institutions de prévoyance participant à l'enquête était de 97,7 % au 31 décembre 2002 (année précédente: 109,4 %). 45 % de ces institutions (année précédente: 11 %) n'étaient plus en mesure, à la date de référence, de couvrir intégralement le capital de prévoyance nécessaire au moyen de la fortune disponible à cet effet. Pour 6 % des institutions de prévoyance de droit privé, le taux de couverture était inférieur à 90 %. 38 % des institutions interrogées (année précédente: 48 %) présentaient un taux de couverture supérieur à 100 % mais ne disposaient que d'une capacité de risque limitée (autrement dit, les réserves de fluctuations ne suffiraient probablement pas, l'expérience le montre, à compenser les fluctuations de fortune survenant en l'espace d'une année). Seuls 17 % des caisses (année précédente: 41 %) présentaient à la fin de 2002 un degré de financement suffisant ou paraissaient disposer de réserves de fluctuations suffisantes.

Même si la situation financière des institutions de prévoyance a continué à se détériorer en 2002, l'évaluation des tendances semble indiquer que leur taux de couverture moyen a légèrement augmenté grâce à l'évolution des marchés des capitaux entre le 1^{er} janvier et le 30 juin 2003. La part des institutions de prévoyance en situation de découvert et de celles qui ne disposent pas de suffisamment de réserves de fluctuations devrait être redescendue à respectivement 40 % et 41 %. La situation financière des institutions de prévoyance reste donc tendue.

1.3

Nature du problème

1.3.1

La garantie en tout temps: une exigence irréalisable du droit en vigueur?

Selon l'art. 65, al. 1, LPP, les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements. Cette disposition est valable aussi bien pour la prévoyance professionnelle obligatoire que pour la prévoyance professionnelle plus étendue gérées par les institutions enregistrées (cf. art. 48 et 49, al. 2, LPP). Elle ne s'applique cependant pas aux institutions de prévoyance en faveur du personnel constituées sous forme de fondations exclusivement actives dans la prévoyance préobligatoire et subobligatoire telles que les fondations de prévoyance réservées aux cadres (cf. art. 89^{bis}, al. 6, CC³).

Le message du Conseil fédéral du 19 décembre 1975 relatif à la LPP⁴ précise entre autres ce qui suit au sujet de l'actuel art. 65, al. 1, LPP (art. 63, al. 1, du projet du 19 décembre 1975): cette disposition «contient un principe fondamental qui s'applique à toutes les institutions de prévoyance, qu'elles soient de droit privé ou de droit public, qu'elles assument elles-même les risques ou qu'elles aient conclu un contrat d'assurance collectif. Les engagements pris doivent être garantis, pleinement et en tout temps. En d'autres termes, les institutions ne peuvent pas surseoir, même provisoirement, à cette exigence de sécurité. Il s'agit de prendre en considération l'ensemble des engagements découlant de l'assurance, et non seulement les prestations devenues exigibles ou prévisibles. Toute institution assumant elle-même les risques doit donc constituer des réserves adéquates. Si les risques ont été transférés à une institution d'assurance, c'est celle-ci qui constituera les réserves nécessaires».

Au regard de l'évolution des marchés des actions, l'exigence de l'art. 65, al. 1, LPP s'avère trop rigoureuse. Appliquer à la lettre la disposition exigeant de l'institution de prévoyance qu'elle offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements rendrait pratiquement impossibles les placements sur des marchés aussi volatils que ceux des actions ou de l'immobilier car l'ampleur des fluctuations et l'impact de ces dernières sur le montant des réserves à constituer ne sont pas prévisibles. Après avoir dissous leurs réserves de fluctuations, les institutions de prévoyance qui s'attendraient à de nouvelles pertes devraient vendre leurs actions au mauvais moment, et par conséquent réaliser des pertes, afin de ne pas être en situation de découvert. La vente des actions fait perdre irrévocablement toute potentialité de gain. Il n'est pas possible de mettre rapidement un terme aux pertes sur les autres valeurs matérielles telles que les immeubles, pertes qui peuvent elles aussi être significatives, car les ventes demandent du temps et mettent fin à l'entrée des loyers, ce qui peut de surcroît conduire à des problèmes de liquidités. Dans le cas des placements à taux d'intérêts fixes, des mesures identiques devraient être prises lorsque les taux montent, ce qui induit une baisse des cours, bien qu'on puisse admettre que, si la solvabilité est suffisante, les obligations soient remboursées sans perte à leur échéance. Le respect de la couverture complète en permanence ne pourrait en définitive être assuré qu'à un prix disproportionné et contreviendrait aux principes en vigueur dans le domaine des placements de la prévoyance professionnelle, lesquels exigent, en plus de la garantie, une répartition appropriée des risques. En outre, les institutions de prévoyance sont tenues d'obtenir un rendement suffisant (art. 71, al. 1, LPP). Cet objectif ne peut être valablement atteint que si l'horizon du placement est en harmonie avec les structures des engagements de l'institution de prévoyance et ainsi avec celles de son plan de prévoyance.

Les placements doivent par conséquent être effectués dans une perspective à plus long terme, indépendamment des fluctuations à court ou moyen terme. Pour résoudre le conflit d'objectif manifeste qui oppose une garantie offerte en tout temps et une stratégie de placement fondée sur le long terme, un découvert temporaire devrait être permis sous certaines conditions (cf. à ce propos les explications relatives au projet de nouvel art. 65a LPP, Partie spéciale, ch. 2.1.3).

4 FF 1976 I 117

Lorsqu'il existe un découvert, l'institution de prévoyance est tenue, selon l'art. 44, al. 2 et 3, de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivance et invalidité (OPP2)⁵, de le résorber elle-même et d'informer l'autorité de surveillance compétente à la fois du découvert et des mesures prises pour y remédier. Le fonds de garantie LPP n'intervient en cas de découvert que lorsque l'institution de prévoyance est insolvable. Cette disposition admet implicitement la possibilité d'un découvert temporaire.

Le projet visant à autoriser légalement un découvert à titre temporaire et définissant les modalités d'une telle autorisation s'inspire de 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 professionnelle⁶. Cette directive part du principe qui prévaut également dans le droit suisse et qui veut que les engagements doivent être intégralement couverts en tout temps (art. 15). Mais elle donne aux Etats membres la possibilité de déroger à ce principe. Une telle dérogation est cependant toujours soumise à la condition que l'institution de prévoyance présente un plan de redressement concret et réalisable qui indique comment la couverture intégrale pourra être rétablie dans un délai approprié (art. 16).

1.3.2 Unification de la notion de découvert

Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'art. 44, al. 1, OPP2 (annexe) le 1^{er} juillet 2003, ni la loi, ni l'ordonnance d'application n'indiquaient expressément quand il existait un découvert. Il n'y avait pas non plus de pratique uniforme de la surveillance sur ce point. Il convenait d'adopter une définition uniforme de la notion de découvert, condition nécessaire à l'harmonisation de l'obligation d'annonce qui incombe aux institutions de prévoyance en cas de découvert. La modification de l'art. 44, al. 1, OPP2 et l'annexe qui la complète fixent les détails du calcul permettant de déterminer le taux de couverture. Selon ce mode calcul, le taux de couverture est de 100 % lorsque le capital de prévoyance nécessaire est couvert par la fortune de prévoyance disponible à la date du bilan. Il y a un découvert lorsque le taux de couverture n'atteint pas le seuil de 100 %. Le capital de prévoyance nécessaire comprend, selon le plan de prévoyance, les capitaux d'épargne et de couverture individuels garantissant les droits acquis des assurés et les prestations en cours versées aux retraités, ainsi que les provisions actuarielles telles que les provisions pour le risque de longévité, pour les adaptations prescrites par la loi, les adaptations de rentes futures, etc. La fortune de prévoyance disponible comprend les actifs figurant au bilan à la valeur du marché moins les engagements tels que les passifs de régularisation et les réserves de cotisations des employeurs. La question controversée de l'ajout à la fortune de prévoyance des fonds attribués aux réserves de fluctuations a été finalement tranchée dans le sens de cet ajout. Il en résulte qu'un découvert ne peut survenir qu'après dissolution des réserves de fluctuations.

⁵ RS 831.441.1

⁶ La directive 2003/41/CE entrera en vigueur à la date de sa publication dans le Journal officiel des Communautés européennes (probablement dans le courant de l'automne 2003).

1.3.3 Principes généraux applicables aux institutions de prévoyance en découvert

Dans le cadre de la détermination des mesures destinées à résorber un découvert, il y a lieu d'observer les principes généraux et les principes particuliers à la prévoyance professionnelle applicables au titre de la pratique administrative. Il convient de mentionner à cet égard la modification de l'OPP 27 édictée par le Conseil fédéral avec effet au 1^{er} juillet 2003 et les directives du 21 mai 2003 concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle⁸.

1.3.3.1 Principe de la responsabilité propre

Le principe qui s'applique est celui de la responsabilité propre de l'institution de prévoyance. Il incombe en effet à l'organe supérieur paritaire de gestion de prendre les mesures nécessaires en fonction de l'importance du découvert et d'en informer l'autorité de surveillance compétente (cf. art. 44 OPP 2). L'organe de gestion doit s'appuyer sur les propositions de l'expert en prévoyance professionnelle⁹ et, le cas échéant, d'autres spécialistes tels que des experts en placements, et sur celles de l'organe de révision. Un découvert se traduit pour l'institution de prévoyance par un devoir accru de diligence et par des exigences plus élevées en matière de transparence et d'information.

1.3.3.2 Analyser les causes du découvert et garantir l'équilibre financier, tâche permanente de l'institution de prévoyance

L'institution de prévoyance a le devoir d'analyser en priorité les causes du découvert. Si l'analyse montre qu'en plus des pertes subies sur la fortune (cause conjoncturelle) une base de financement insuffisante (cause structurelle) a également compromis ou compromettrait encore la situation financière, il importe de vérifier en premier lieu les paramètres du financement, respectivement les postes des prestations, et de les adapter en conséquence. L'équilibre financier n'est par exemple pas garanti lorsque l'institution de prévoyance prélève une cotisation de risque qui ne couvre pas suffisamment l'évolution des risques. L'observation et le maintien de l'équilibre financier constituent une tâche permanente de l'institution de prévoyance.

L'institution de prévoyance ne doit prendre aucune décision concernant une amélioration de prestations qui ne pourrait être financée dans le futur que par des rendements théoriques élevés. Elle doit régler en priorité et régulièrement le financement, car dans le domaine de la prévoyance obligatoire, les prestations sont prescrites et

⁷ RO 2003 1725

⁸ FF 2003 3863

⁹ Aux termes de l'art. 53, al. 2, LPP, l'institution de prévoyance chargera un expert agréé de déterminer périodiquement si elle offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle relatives aux prestations et au financement sont conformes aux dispositions légales.

les engagements fixes en matière de prestations doivent être financés au moyen de modèles de financement qui eux sont flexibles. Il s'agit d'éviter les découverts dus à des financements insuffisants et de prendre des mesures en temps utile. Parmi celles-ci figure aussi la constitution de réserves de fluctuations suffisamment élevées et, si cela est possible, de réserves couvrant les pertes de rendement.

1.3.3.3 Principes généraux

Les mesures doivent en particulier:

- être conformes à la loi, notamment:
 - elles ne peuvent porter atteinte aux droits acquis;
 - elles ne peuvent avoir d'effet rétroactif contraire à la loi;
- être appropriées au regard de l'ampleur du découvert (voir à ce sujet le commentaire dans la partie spéciale, ch. 2.1.4);
- être efficaces, plausibles et durables;
- être appliquées dans le cadre d'un concept de mesures équilibré (voir à ce sujet le commentaire dans la partie spéciale, ch. 2.1.4);
- s'inscrire en cohérence par rapport aux causes du découvert (il existe une relation entre découverts et capitaux d'épargne et de couverture: l'application de taux d'intérêts inférieurs a un effet direct sur le capital de prévoyance et est dès lors plus appropriée que des cotisations qui sont dépendantes des salaires);
- respecter la proportionnalité (voir à ce sujet le commentaire dans la partie spéciale, ch. 2.1.4);
- être gérables au plan administratif et permettre de résorber le découvert dans un délai raisonnable (voir à ce sujet le commentaire dans la partie spéciale, ch. 2.1.4).

1.3.3.4 Tâches de l'autorité de surveillance

Conformément aux directives du 21 mai 2003¹⁰, l'autorité de surveillance vérifie qu'un concept de mesures a été établi en vue de résorber le découvert et qu'un plan d'assainissement a été élaboré pour sa mise en œuvre; elle vérifie en outre la légalité de ce concept. Elle examine si les moyens d'atteindre les objectifs sont exposés de manière concluante dans le concept de mesures. Ce dernier doit comporter des indications claires quant au respect des principes susmentionnés, à l'efficacité attendue et au calendrier d'application. Il doit également indiquer les premières étapes contraignantes du processus de résorption du découvert et fournir des données sur la manière et la périodicité d'après lesquelles l'institution de prévoyance s'engage à renseigner l'autorité de surveillance sur la mise en œuvre du processus de résorption du découvert. L'autorité de surveillance s'assure que les acteurs (organe paritaire suprême de gestion de l'institution de prévoyance, organe de contrôle, expert en pré-

¹⁰ FF 2003 3863

voyance professionnelle) sont impliqués conformément à leur rôles respectifs et elle examine en particulier si le concept de mesures a été élaboré avec le concours de l'expert en prévoyance professionnelle et d'autres experts spécialisés et s'ils sont fondés sur des décisions qui ont été prises par l'organe paritaire de gestion. Elle surveille et examine l'établissement par l'institution de prévoyance de rapports réguliers sur l'efficacité des mesures.

Dans le cas des institutions collectives qui autorisent le placement autonome de la fortune à l'échelle des caisses de prévoyance, les règles applicables sont les mêmes que celles qui prévalent pour les institutions autonomes. Les autorités de surveillance vérifient que concept de mesures et plan d'assainissement ont été élaborés à l'échelon de l'institution affiliée.

1.3.4 Possibilités insuffisantes offertes par le droit en vigueur pour résorber les découverts

Il convient de préciser en premier lieu que les mesures dont il est question ici sont destinées à résorber un découvert qui existe déjà.

Plusieurs mesures sont possibles en vue de résorber un découvert. Celles qui sont les plus radicales n'ont en partie pas de base légale ou bien les limites nécessaires font défaut ou encore des dispositions légales les rendent peu efficaces.

Une des premières mesures devrait consister à annuler les améliorations futures de prestations telles que taux d'intérêt supérieur, augmentation non prévue par la loi des rentes en cours, financements transitoires, vacances ou réductions de cotisations, sous réserve de décisions juridiques contraires, et de dissoudre les provisions correspondantes pour en affecter le montant à la résorption du découvert.

Cette mesure devrait aussi comprendre l'annulation de prestations volontaires en rapport avec des plans sociaux et des mises à la retraite anticipée et la dissolution des provisions constituées à cet effet.

Les mesures possibles dans le cadre du droit en vigueur sont l'adaptation de la stratégie de placements en fonction de l'évolution du contexte, l'utilisation des excédents dégagés sur les assurances de risque ou la dissolution de réserves constituées pour des hausses futures de rentes, l'utilisation de la cotisation pour les mesures spéciales ou la dissolution des réserves correspondantes, les dispositions de l'art. 70 LPP relatives à l'amélioration des prestations en faveur de la génération d'entrée devant être respectées.

Il est également possible de réduire les prestations réglementaires futures prévues (droits expectatifs), à la condition que cela soit prévu dans le règlement ou que les conditions formelles d'une modification du règlement soient remplies, mais sans porter atteinte aux prestations déjà acquises et aux prestations obligatoires. Les rentes en cours dans le domaine obligatoire ne peuvent être réduites sans base légale.

Une institution de prévoyance active exclusivement dans le domaine obligatoire, et qui accorde par conséquent les prestations minimales prescrites par la LPP, ne dispose dans le cadre du droit actuel que d'une seule possibilité pour résorber un découvert: prélever des cotisations d'assainissement. Pour utiliser efficacement ces

cotisations destinées à résorber un découvert, il est indispensable de modifier l'art. 17 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (loi sur le libre passage, LFLP)¹¹.

L'employeur ne peut être contraint ni légalement, ni réglementairement à payer un montant supérieur à la somme des cotisations de l'ensemble de ses employés (art. 66, al. 1, LPP). La perception d'une cotisation que l'employeur doit financer seul ou dont il doit assumer une part supérieure à celle des assurés est soumise à son accord sauf si le contrat d'affiliation, les statuts ou le règlement la prévoient.

Reste la pratique d'un taux d'intérêt inférieur au taux minimal. Selon le droit actuel, une telle pratique n'est pas possible pour les caisses purement LPP. Pour les caisses enveloppantes¹² en primauté de cotisations, un taux réduit ou un taux nul est possible selon le principe d'imputation, par analogie avec le renoncement à l'adaptation légale des rentes d'invalidité et de survivants en cours (cf. ATF 127 V 264). Une telle imputation n'est cependant possible qu'aussi longtemps que les prestations de sortie réglementaires excèdent les prestations au sens de l'art. 17 LFLP et du compte témoin LPP¹³. Sa limite légale, selon le droit en vigueur, se trouve dans l'obligation de verser un intérêt conformément à l'art. 17, al. 1 et 4, LFLP et à l'art. 6, al. 2, de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (ordonnance sur le libre passage, OLP)¹⁴.

Le champ d'application de certaines des mesures décrites ci-dessus est fortement limité par les dispositions de l'art. 17 LFLP. Aux termes de ces dispositions, soit en cas de libre passage, l'assuré quittant l'institution de prévoyance a droit, au sens de l'art. 17, al. 1 et 4, LFLP, aux prestations d'entrée qu'il a apportées, y compris les intérêts, auxquelles s'ajoutent les cotisations qu'il a versées pendant la période de cotisation, ainsi qu'à une majoration. Sous certaines conditions, des types déterminés de cotisations telles que les cotisations de risque (invalidité et décès) peuvent être déduites. L'énumération figurant dans la loi est exhaustive, les cotisations d'assainissement n'en font pas partie. (cf. le commentaire dans la partie spéciale, ch. 2.1.5).

1.3.5 Nécessité de légiférer

En résumé, il convient de retenir qu'une institution de prévoyance dispose d'une plus grande marge de manœuvre dans le domaine préobligatoire et subobligatoire que dans le domaine obligatoire.

¹¹ RS 831.42

¹² Lorsqu'une institution de prévoyance accorde des prestations supérieures au minimum LPP, elle peut gérer la prévoyance obligatoire et la prévoyance subobligatoire dans le cadre d'un règlement de prévoyance englobant les deux régimes (= prévoyance étendue dans une caisse enveloppante).

¹³ Les institutions de prévoyance enregistrées qui accordent des prestations supplémentaires (dans le cadre de la prévoyance étendue) doivent apporter la preuve par le biais du compte-témoin que leurs prestations incluent les prestations minimales obligatoires (Hans Michael Riemer, *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, 1985, p. 39).

¹⁴ RS 831.425

Des mesures telles que la dissolution des réserves pour mesures spéciales ou pour des hausses futures de rentes par exemple sont des mesures ponctuelles qu'il n'est pas possible de répéter. D'autres, comme indiqué précédemment, sont limitées dans leurs effets sans l'adaptation de dispositions légales ou ne sont pas applicables sans l'adoption de dispositions nouvelles. En cas de persistance de la faiblesse des rendements pour les institutions de prévoyance, les découverts subsisteront. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de donner aux institutions de prévoyance la possibilité de prendre des mesures supplémentaires efficaces. Il s'agit de mesures radicales qui ne doivent être appliquées que lorsque des mesures moins radicales ne permettent pas seules d'atteindre le but ou que celles qui sont possibles dans le cadre du droit en vigueur ont été épuisées.

L'introduction de ces mesures supplémentaires doit s'inscrire dans le champ de décision et de responsabilité des institutions de prévoyance, la libre définition du mode de financement conformément à l'art. 49, al. 2, demeurant ainsi préservée.

Afin d'atténuer la pression due à l'obligation de restaurer immédiatement la couverture intégrale et d'éviter ainsi que des mesures draconiennes soient prises, les institutions de prévoyance doivent disposer d'un délai raisonnable pour résorber leurs découverts. Elles ne peuvent cependant rester inactives dans ce délai: elles doivent mettre en œuvre les mesures proposées.

Afin d'élargir la marge de manœuvre des institutions de prévoyance qui présentent un découvert, il est prévu d'introduire, entre autres, les mesures ci-après, en les ancrant expressément dans la LPP et dans la LFLP:

1. Compétence de l'institution de prévoyance de prélever auprès des assurés, aussi longtemps que le découvert subsiste, une cotisation à des fins de résorption de ce dernier. Une telle cotisation doit pouvoir être prélevée également auprès des bénéficiaires de rentes (art. 65*b*, al. 3, let. a et b, LPP, projet).
2. Compétence de l'institution de prévoyance d'accorder sur une base réglementaire, aussi longtemps que le découvert subsiste, une rémunération de l'avoir de vieillesse LPP temporairement inférieure au taux minimal LPP (art. 65*b*, al. 3, let. c, LPP, projet).
3. Compétence du Conseil fédéral d'édicter par voie d'ordonnance des dispositions qui permettent aux institutions de prévoyance en découvert d'empêcher des abus dans le domaine de l'encouragement à la propriété du logement (art. 30*f*, al. 1 et 2, LPP, projet).
4. Possibilité de déduire les cotisations destinées à résorber un découvert lors du calcul de la prestation de sortie afin que ces cotisations déploient les effets voulus (art. 17, al. 2, let. h, LFLP, projet).
5. Possibilité de versements sur un compte spécial de réserves de cotisations d'employeur pour autant que ces versements servent à éviter de devoir appliquer des mesures destinées à résorber un découvert par le fait que l'on renonce temporairement à utiliser ces réserves (art. 65*c* LPP, projet).

Ces mesures légales destinées à résorber un découvert sont examinées en détail dans les commentaires (dans la partie spéciale).

Les nouveaux articles et par la suite aussi l'art. 65, al. 2, LPP doivent pouvoir s'appliquer également aux institutions de prévoyance enveloppantes. Ces articles sont par conséquent mentionnés à l'art. 49, al. 2, LPP. Pour qu'ils s'appliquent aussi aux caisses non enregistrées accordant un droit aux prestations lors de la survenance d'un cas de prévoyance, donc également aux caisses réservées aux cadres, ils sont soumis au champ d'application de la LFLP. Ce résultat est obtenu à l'art. 5, al. 2, LPP, qui renvoie à ces articles.

Les dispositions relatives à la sécurité financière sont désormais reprises à l'art. 5, al. 2, LPP.

1.3.6 Demandes de révision non prises en considération

1.3.6.1 Réduction de la prestation de sortie

Une réduction de la prestation de sortie à hauteur du découvert technique (p. ex. application par analogie avec l'art. 19 LFLP dans le cas d'une liquidation partielle), telle qu'elle a été proposée par un participant à la consultation, est problématique au plan matériel car elle équivaut à la réalisation d'une perte comme dans le cas de la vente d'une action, sans que l'assuré sortant – contrairement à l'assuré restant – puisse participer aux possibilités de gain éventuel. Au plan juridique, une telle application par analogie serait de surcroît en contradiction avec l'énoncé clair de l'art. 19 LFLP.

Les découverts sont directement liés à l'évolution boursière qui est soumise – comme on le voit quotidiennement – à de grandes fluctuations. Une réduction de la prestation de sortie a pour effet d'exposer l'assuré sortant aux risques des placements à long terme de manière directe et brutale.

Le postulat de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique (02.3640) transmis par le Conseil des Etats lors de la session d'hiver 2002 et qui demande l'égalité de traitement entre liquidation partielle et libre passage en matière de déduction des déficits appelle une étude plus approfondie et sera traité séparément. Il y aura lieu à ce propos d'étudier la possibilité de déduire les déficits non seulement de la prestation de sortie, mais encore dans les cas de perception du capital à la place de la rente et dans les autres cas de perception en capital.

1.3.6.2 Réduction durable des rentes en cours

Quelques organisations ayant participé à la consultation étaient d'avis que les réductions de rentes devraient être possibles en règle générale ou laissées à la libre appréciation du conseil de fondation. Cette opinion n'a pas été suivie. Les assurés doivent pouvoir compter sur les droits acquis car ce n'est qu'ainsi que la confiance dans la prévoyance professionnelle et dans l'avenir peut être préservée. Une réduction durable du droit à la rente ne doit par conséquent pas être possible, bien qu'elle constituerait une mesure très efficace pour résorber un découvert.

Le maintien de l'objectif de prestations de la prévoyance professionnelle est par principe plus important que la stabilité du montant des cotisations. En sa qualité de loi-cadre, la LPP est fondée sur des prestations déterminées et laisse aux institutions

de prévoyance la liberté et la responsabilité d'en assurer le financement, et ainsi de fixer les montants des cotisations.

Les institutions de prévoyance ne doivent pas être libérées de leurs responsabilités lorsqu'un découvert se présente, car la fixation de la stratégie de placement et la fixation de prestations supplémentaires font partie des tâches non déléguables de l'organe supérieur paritaire de l'institution de prévoyance. La possibilité de réduire les prestations ne doit en aucun cas conduire l'institution de prévoyance à faire des promesses inconsidérées en matière de prestations. Les institutions de prévoyance ont aujourd'hui déjà la possibilité de ne pas garantir par voie réglementaire les prestations qui vont au-delà du minimum légal et de les faire dépendre de leur situation financière. Il est d'ailleurs fait usage de cette faculté dans la pratique.

1.3.6.3 Perception de primes de garantie par les assureurs-vie et les institutions de prévoyance

Les effets de la performance négative des marchés financiers ont mis en évidence l'importance de réserves de fluctuations et de réserves pour couvrir les écarts entre les rendements prévus et les rendements effectifs. La question de savoir si la constitution de telles réserves ou le financement de rendements insuffisants par rapport au taux d'intérêt technique et au taux d'intérêt minimal au moyen de primes (assureurs-vie) perçues auprès des employeurs et des salariés est souhaitable doit être traitée indépendamment du problème des découverts. En toute logique, la proposition des assureurs-vie de permettre la perception de telles primes et d'autoriser leur déduction en cas de sortie a été rejetée.

La proposition d'intégrer dans la liste des cotisations de l'art. 17, al. 2, LFLP la cotisation destinée à constituer des réserves pour l'augmentation de l'espérance de vie s'inscrit elle aussi dans ce contexte. Elle n'a pas non plus été suivie.

La question de savoir s'il est permis de déduire des cotisations qui ont été prélevées pour constituer des réserves est étroitement liée à celle du traitement des réserves en cas de liquidation partielle et relève de la même thématique que la réduction de la prestation de sortie selon ch. 1.3.6.1, celle-ci devant être traitée, pour donner suite au postulat 02.3640 de la CSSS-E, dans le cadre d'une expertise et des recommandations qui en résulteront.

1.3.6.4 Mesures destinées à résorber un découvert de caisses de droit public avec et sans garanties

Comme on l'a souhaité lors de la consultation, précisons ici que les mesures d'assainissement sont en règle générale également admises pour les institutions de prévoyance de droit public. A cet effet, les nouveaux articles sont soumis au champ d'application de la LFLP. Les nouvelles dispositions s'appliquent donc aux caisses de droit public, sous réserve des limites légales spécifiques pour ces caisses. Le souhait supplémentaire de limiter les mesures explicitement aux découverts liés aux placements n'a cependant pas été satisfait, car il est difficile, dans un cas précis, de distinguer entre découvert conjoncturel et découvert structurel. La mise en œuvre de toutes les mesures prévues n'est cependant autorisée qu'en cas de découvert. Dans la

mesure où des garanties ont été fournies, il n'y a pas de découvert au sens de la présente disposition.

1.4 Résultats de la procédure de consultation

Le Conseil fédéral a lancé la procédure de consultation le 3 juin 2003¹⁵. Etant donné l'urgence de l'objet, le délai de réponse a été fixé au 4 juillet 2003.

Dans l'ensemble, le projet a été bien accueilli. Incontestablement, la disposition permettant de déroger au principe selon lequel les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements (art. 65a LPP) est celle qui a rencontré le meilleur accueil. Dans la mesure où elle autorise un découvert temporaire, elle est indispensable pour permettre une mise en œuvre rationnelle des mesures, selon l'avis exprimé par la majorité des participants.

Le catalogue de mesures proposé par le projet de loi (art. 65b, al. 3, LPP) est jugé de manière beaucoup plus nuancée. La possibilité de prélever spécialement, en vue de résorber un découvert, des cotisations auprès des employeurs et des salariés et des contributions auprès des bénéficiaires de rentes, ainsi que la possibilité d'appliquer un taux inférieur au taux minimal LPP, ont suscité des avis divergents et parfois diamétralement opposés. Les réactions vont de l'entière acceptation au rejet total en passant par l'accord à certaines conditions.

La très large acceptation (56 participants sur 62) est dans la plupart des cas motivée par la nécessité de prendre des mesures et par le constat que le projet crée un cadre juridique offrant aux institutions de prévoyance la marge de manœuvre indispensable. L'un des arguments les plus fréquemment avancés en faveur du projet est logiquement la souplesse introduite par l'autorisation d'un découvert temporaire. Un très grand nombre de participants a admis que l'exigence actuelle de la garantie que les institutions de prévoyance puissent en tout temps remplir leurs engagements est devenue irréaliste.

De l'avis de nombreux consultés, un autre avantage présenté par le projet réside dans le fait que le fardeau de l'assainissement est équitablement réparti sur l'ensemble des parties, ce qui évite qu'un groupe ou une catégorie particuliers soient plus fortement mis à contribution que d'autres. Ce point a cependant donné lieu à des avis divergents, qui se sont confirmés dans les consultations portant spécifiquement sur les diverses dispositions légales.

Si les principaux aspects du projet ont rencontré une large acceptation, ses détails ont donc suscité des réserves nombreuses et diverses.

1.5 Classement d'interventions parlementaires

Le Conseil national a transmis le 3 octobre 2002 sous forme de postulat une motion du groupe socialiste (LPP. Répartition des excédents. Réserves pour fluctuations, vacances de cotisations; 02.3422). Cette intervention demande que les vacances ou les réductions de cotisations résultant d'excédents temporaires soient interdites. Les

¹⁵ FF 2003 3323

excédents doivent servir à garantir l'objectif constitutionnel de la prévoyance et à améliorer les prestations de la génération d'entrée, à permettre l'octroi d'adaptations des rentes de vieillesse au renchérissement et à assurer la stabilité des institutions de prévoyance. L'autorisation de réductions temporaires de cotisations ou de vacances de cotisations est controversée. L'Office fédéral des assurances sociales a émis le 9 octobre 2000 des directives qui autorisent des réductions temporaires ou des vacances de cotisations sous certaines conditions précises. Ces conditions prévoient en particulier que des réductions ou vacances de cotisations ne sont possibles que lorsqu'elles sont prévues dans les statuts ou dans le règlement de l'institution de prévoyance et lorsqu'elles sont décidées par l'organe supérieur paritaire de l'institution de prévoyance. Il est également exigé que la réalisation actuelle et future des buts de la prévoyance soit garantie. Cela signifie que l'institution concernée doit disposer de réserves actuarielles et de réserves de fluctuations suffisantes, qu'elle doit disposer de provisions suffisantes pour une adaptation appropriée des rentes de vieillesse et d'invalidité au renchérissement et que le traitement réservé à la génération d'entrée doit être conforme à la loi¹⁶.

Le Tribunal fédéral des assurances ne s'est pas prononcé de manière claire sur l'autorisation de réductions temporaires de cotisations. Les considérants d'un jugement du 26 novembre 2001 indiquent que le TFA admet que les réductions ou vacances de cotisations sont autorisées pour les caisses à primauté de prestations du fait que la hauteur des prestations est garantie dans ce type de caisses de pensions. En revanche, il émet de sérieux doutes quant au bien-fondé de cette autorisation pour les caisses de pensions à primauté de cotisations du fait que dans ce type d'institutions, ce sont les assurés qui assument le risque en relation avec la réalisation de l'objectif de la prévoyance et que les excédents devraient dans ce cas être utilisés en priorité à l'amélioration des prestations. En définitive, le tribunal fédéral des assurances se borne à constater qu'il n'est pas admis d'alléger unilatéralement la charge du seul employeur en utilisant la fortune de l'institution de prévoyance¹⁷.

La LPP attribue comme il a été relevé le financement des prestations à la sphère de responsabilité de l'institution de prévoyance. Si cette dernière doit d'une part offrir la garantie de sa sécurité financière, elle ne saurait se voir d'autre part interdire par principe de réduire temporairement des cotisations ou d'en suspendre temporairement le prélèvement lorsque ses obligations légales et réglementaires en matière de prestations sont couvertes par le rendement de la fortune. Il est de la responsabilité des organes de gestion des institutions de prévoyance de mettre un terme à des vacances de cotisations lorsque la capacité de risque de ces institutions est réduite. Une telle décision n'appelle cependant aucune modification de la législation en vigueur. Les dispositions de l'art. 65 LPP la permettent déjà.

¹⁶ Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 54, édition spéciale du 9 octobre 2000 (Office fédéral des assurances sociales, OFAS).

¹⁷ ATF 128 II 24, C. 3 et 4

2 **Partie spéciale: commentaires des modifications de lois proposées**

2.1 **Modifications de la LPP**

2.1.1 **Art. 30f LPP (nouveau): Limitations en cas de découvert**

L'actuel art. 30f de la section Encouragement à la propriété du logement devient l'art. 30g. Sa teneur est inchangée. La nouvelle disposition de l'art. 30f attribuée au Conseil fédéral la compétence de restreindre par voie d'ordonnance les possibilités de mise en gage et de perception anticipée du capital dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (EPL) et d'en limiter les possibilités de remboursement, aussi bien en ce qui concerne le délai que pour ce qui est du montant, ou de refuser entièrement la mise en gage ou la perception anticipée, lorsqu'une institution de prévoyance présente un découvert.

Les institutions de prévoyance doivent ainsi avoir la possibilité de prévoir des restrictions dans leurs règlements. Ces restrictions visent à empêcher efficacement que la perception anticipée de capital au titre de l'EPL ne permette, par exemple, de se soustraire à une réduction proportionnelle de la prestation de sortie telle qu'elle est prévue en cas de liquidation partielle ou totale.

La restriction ne doit en principe pas porter atteinte à la planification définie par les assurés qui comptent sur le capital du deuxième pilier pour l'acquisition future de leur logement. Il en va de même pour les assurés qui souhaitent alléger leur charge hypothécaire pour la période de leur retraite et qui n'ont pas la possibilité, en raison du sursis au paiement, de procéder à temps à l'amortissement souhaité et qui ne peuvent pas non plus, en vertu de dispositions réglementaires, amortir des hypothèques en percevant le capital de vieillesse (versement d'un capital à la place d'une rente). Il s'agit cependant d'empêcher que des assurés d'une caisse de pension qui, pour résorber un découvert, doit par exemple décider d'appliquer un taux d'intérêt nul, ne retirent une partie de leur avoir de vieillesse de leur institution de prévoyance à des fins d'amortissement. La perception anticipée du capital de vieillesse fait perdre à l'institution de prévoyance des revenus de la fortune qu'elle pourrait, n'étant pas tenue à servir des intérêts sur ces revenus, affecter directement aux mesures d'assainissement. Vis-à-vis des assurés qui ne sont pas propriétaires de leur logement, il serait choquant que ceux qui auraient bénéficié de la perception anticipée puissent rembourser l'avoir perçu une fois supprimée la réduction des intérêts.

Les conditions liées à cette mesure d'accompagnement sont, conformément à l'al. 2, précisées par une disposition d'ordonnance visant exclusivement à prévenir ce genre d'abus.

La modification de l'art. 6, al. 1, 5 et 6, de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL)¹⁸, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, va dans cette direction, mais elle est limitée dans son efficacité par la situation légale actuelle. Selon cette disposition, l'institution de prévoyance peut, en cas de découvert, différer jusqu'à 12 mois à compter de la date de la demande, le paiement du versement anticipé. En cas de découvert important, ce délai peut être encore prolongé, mais seulement lorsque le

¹⁸ RS 831.411

versement anticipé est destiné à amortir des prêts hypothécaires et pour autant que l'institution de prévoyance remplisse ses obligations en matière d'information conformément à l'art. 44, al. 3 et 4, OPP2. Ces obligations comportent notamment l'information relative à la durée d'application de cette mesure.

Une disposition dont la teneur est analogue à celle de l'art. 30f LPP est introduite à l'art. 331f de la loi fédérale complétant le Code civil suisse (livre cinquième: droit des obligations)¹⁹ pour l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle dans le domaine subobligatoire.

2.1.2 Modification des art. 5, al. 2, et 49, al. 2, LPP

Le but d'une institution de prévoyance est d'octroyer des prestations en cas de vieillesse, de décès et d'invalidité. Les prestations au sens de la LPP sont décrites en tant que prestations minimales aux art. 13 à 26 de la loi et aux art. 11 à 27 OPP 2. Le processus d'épargne est ainsi déterminé par le montant prescrit des bonifications de vieillesse (en pour-cent d'un salaire coordonné prescrit) et du taux d'intérêt minimal appliqué annuellement à l'avoir de vieillesse. Le taux de conversion du capital accumulé en une rente de vieillesse à vie lorsque l'âge de la retraite est atteint est également fixé (art. 14, al. 1, LPP).

Si le législateur a formulé clairement les prestations légales minimales, il a en revanche laissé aux institutions de prévoyance le soin d'en structurer le financement (art. 49, al. 1, LPP), leur conférant ainsi une très importante responsabilité propre. Ni le montant des cotisations, ni les types de cotisations ne sont en effet précisés.

Selon l'art. 65, al. 1, LPP, les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements; selon l'al. 2, elles régleront leur système de cotisations et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la loi puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles. Au sens du droit en vigueur, l'art. 65, al. 2, LPP n'est pas applicable à la prévoyance professionnelle étendue ni aux institutions de prévoyance non enregistrées. Dès lors que le fonds de garantie doit en cas d'insolvabilité également garantir depuis 1997 des droits subobligatoires jusqu'à un certain plafond (prestations égales à une fois et demie le montant du revenu annuel LPP maximal, c'est-à-dire actuellement 113 940 francs, cf. art. 56, al. 1, let. c, et al. 2, LPP), l'art. 65, al. 2, LPP ne devrait plus rester limité au minimum LPP. Les art. 5, al. 2, et 49, al. 2, LPP doivent par conséquent être complétés par une référence à cette disposition.

L'art. 5, al. 2, et l'art. 49, al. 2, doivent donc énumérer les dispositions du régime obligatoire qui s'appliquent également aux domaines préobligatoire et subobligatoire.

Pour que les dispositions supplémentaires relatives à la sécurité financière selon les art. 65a, 65b et 65c LPP puissent également s'appliquer aux institutions de prévoyance non enregistrées, telles que les caisses de pension pour cadres par exemple, ainsi qu'à la prévoyance étendue, elles sont soumises, à l'art. 5, al. 2, LPP, au champ d'application de la LFLP et intégrées à l'art. 49, al. 2.

¹⁹ RS 220

L'art. 65*b*, al. 3, let. a, première phrase, et let. c, LPP fait exception à cette réglementation. Le prélèvement de cotisations auprès des employeurs et des salariés dans les domaines préobligatoire et surobligatoire et dans la prévoyance étendue, est soumis aux dispositions du droit des contrats. Les dispositions du règlement, des statuts ou des contrats d'affiliation sont donc applicables. Dans ce domaine, l'accord de l'employeur est requis. Etant donné que le taux d'intérêt minimal n'est pas applicable aux institutions de prévoyance pour cadres non enregistrées ni aux domaines préobligatoire et surobligatoire, l'art. 65*b*, al. 3, let. c, n'a pas été repris non plus à l'art. 5, al. 2, ni à l'art. 49, al. 2. L'art. 69, al. 2, est applicable comme auparavant aux institutions de droit public en tant que *lex specialis*.

2.1.3 Art. 65a LPP (nouveau): Découvert limité dans le temps

L'al. 1 règle l'exception au principe de la garantie au sens de l'art. 65, al. 1, LPP selon lequel l'institution de prévoyance doit être en mesure de remplir ses engagements en tout temps. Il est nécessaire de donner la possibilité à une institution de prévoyance de présenter un découvert temporaire, soit limité dans le temps, et cela sous certaines conditions. En présence d'un découvert, la garantie au sens de l'art. 65, al. 1 LPP n'est plus offerte que de manière limitée. A cet égard, il faut garder présent à l'esprit que la garantie en tout temps peut être compromise même en l'absence d'un découvert. L'institution de prévoyance doit toujours avoir pour but de la rétablir si elle n'est pas assurée.

Cette nouvelle disposition fixe les conditions légales que les mesures au sens de l'art. 44 OPP 2 impliquent manifestement, à savoir la possibilité d'un découvert temporaire. Des mesures destinées à résorber un découvert n'ont en effet de sens que si on leur donne suffisamment de temps pour exercer leurs effets.

Le fait d'admettre qu'un découvert puisse exister temporairement tient également mieux compte du financement du 2^e pilier qui est fondé sur la capitalisation.

La prévoyance professionnelle est caractérisée par un processus d'épargne inscrit dans une durée longue (40 ans environ) et par une «consommation» longue de la fortune (bénéfice d'une rente sur une période de 20 ans environ). Cette structure d'engagements sur le long terme appelle une stratégie de placements elle aussi axée sur le long terme. Ce type de stratégie conduit à des engagements dans des placements volatils tels que les actions ou les immeubles qui peuvent rendre impossible le maintien d'une sécurité permanente. Tel est le cas en particulier lorsque surviennent de fortes pertes de cours qui ne peuvent être compensées que par d'importantes réserves de fluctuations.

Un découvert dû à des pertes sur la fortune constitue toujours un risque pour la sécurité car le rétablissement des marchés n'est prévisible ni dans le temps, ni dans son ampleur. Les découverts doivent être abordés avec soin et on comprend bien que leur existence ne peut être admise que pour une durée limitée dans le temps.

L'al. 1 décrit deux conditions dans lesquelles une institution de prévoyance peut présenter temporairement un découvert:

- D'une part, il faut garantir que les prestations légales puissent être fournies à leur échéance. L'exigence de liquidités suffisantes au sens de l'art. 65, al. 2, est ainsi explicitement posée comme condition. En cas de liquidation totale ou partielle, l'intégralité ou une partie des prestations arrivent à échéance. Lorsqu'il existe un risque important de liquidation totale ou partielle, tout doit être mis en œuvre pour éviter un découvert.

Lorsque l'institution de prévoyance présente déjà un découvert au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi et qu'elle court un risque important de liquidation totale ou partielle, elle doit en tenir compte pour déterminer les mesures à prendre.

- D'autre part, l'institution de prévoyance doit prendre des mesures afin de rétablir dans un délai approprié la couverture intégrale de ses engagements. Pour ce qui est du délai approprié, voir les remarques dans les directives du Conseil fédéral, du 21 mai 2003²⁰, concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle et le commentaire du nouvel art. 65b de la présente loi.

Dans le cas des institutions collectives et communes, la résiliation d'un contrat d'affiliation par l'employeur déclenche une liquidation partielle (cf. art. 23, al. 4, LFLP). Les fondations qui ont conclu des contrats d'assurance couvrant l'ensemble des risques ne peuvent pas se trouver en situation de découvert du fait que les prestations sont garanties, de sorte les art. 65, al. 1 et 2, ainsi que les nouveaux art. 65a, 65b et 65c LPP, etc. ne s'appliquent pas. En revanche, les institutions collectives et communes dont les institutions affiliées assument elles-mêmes la couverture des risques de placement peuvent présenter des insuffisances de couverture. Dans leurs choix de financement, ces institutions doivent prendre en compte les particularités des contrats d'affiliation en ce qui concerne les modalités de résiliation qu'ils offrent.

L'al. 2 pose à l'échelon de la loi l'obligation pour l'institution de prévoyance d'annoncer à l'autorité de surveillance le découvert et les mesures prises pour y remédier. Cette obligation d'annoncer figurait déjà dans l'ancienne teneur de l'art. 44, al. 2, OPP 2 et a été précisée à l'art. 44, al. 3, actuel. Son importance doit être renforcée par sa transposition à l'échelon de la loi.

L'autorité de surveillance assume uniquement des tâches de contrôle de l'application du droit et de conseil (pas de contrôle de l'opportunité, cf. ch. 1.3.3.4). Les mesures d'assainissement ne sont donc pas soumises à autorisation comme cela est le cas, par exemple, lors de la constatation de liquidation partielle (cf. art. 23, al. 1, LFLP).

Il s'agit aussi de mentionner expressément à l'échelon de la loi le devoir d'information à l'égard de l'employeur, des assurés et des bénéficiaires de rentes et de lui donner ainsi l'importance qui convient. L'autorité de surveillance, l'employeur et les destinataires des prestations doivent être informés des mesures et de leur mise en œuvre selon un concept de reporting édicté par l'organe supérieur paritaire.

²⁰ FF 2003 3863 ss, en particulier p. 3865 s., ch. 226.

2.1.4

Art. 65b LPP (nouveau): Mesures en cas de découvert

L'al. 1 pose nouvellement à l'échelon de la loi le principe de la compétence propre (et de la responsabilité) de l'institution de prévoyance en matière de résorption d'un découvert, comme le prévoit l'actuel art. 44, al. 1, OPP 2, respectivement la nouvelle teneur de l'art. 44, al. 2, OPP 2. Le principe selon lequel le fonds de garantie n'intervient qu'en cas d'insolvabilité découle également de l'art. 56, al. 1, let. b, LPP.

L'al. 2 précise les conditions posées à la définition de mesures destinées à résorber un découvert. Il existe aussi peu de mesures générales qu'il existe d'institutions de prévoyance identiques. Il en résulte que chaque mesure doit être adaptée à la situation propre à l'institution de prévoyance, aussi bien dans le temps qu'au plan matériel. Les critères qui entrent en ligne de compte (liste non exhaustive) sont notamment les suivants: les structures de la fortune et des engagements (autrement dit les actifs et les passifs), et, partant, le genre de plans de prévoyance (p. ex. primauté des cotisations ou primauté des prestations), la structure d'âge des assurés et l'évolution de l'effectif des destinataires (assurés, bénéficiaires de rentes). Ce dernier point comprend aussi le risque de liquidation totale ou partielle. Les mesures doivent donc tenir compte des événements prévisibles ou futurs (comme un changement de propriétaire, la délocalisation d'unités de production, la vente de parties de l'entreprise, une réduction générale des effectifs ou également la création de nouveaux emplois).

En déterminant les mesures à prendre, il faut notamment respecter le principe de la proportionnalité. Proportionnalité signifie que des mesures radicales ne doivent être prises que si des mesures moins étendues ne permettent pas d'atteindre l'objectif. Si la situation s'est améliorée, les mesures doivent être assouplies en conséquence. S'il y a des chances que le découvert pourra être résorbé par d'autres mesures que celles qui doivent être proposées dans modification de la loi et si l'on peut partir du principe que les causes du découvert sont purement temporaires, il ne sera peut-être pas nécessaire de prendre immédiatement des mesures radicales.

Proportionnalité signifie également que les mesures ne doivent pas faire payer un prix inacceptable aux personnes concernées. Dans ce sens, il convient de tenir compte du contexte économique de l'employeur. Proportionnalité signifie en outre qu'il faut par exemple déterminer qui a pu bénéficier de prestations provenant de fonds libres et quelle a été l'étendue de ces prestations. Lorsque des vacances de cotisations ont par exemple été financées par des produits excédentaires de la fortune, mais qu'aucune augmentation des rentes ou du taux d'intérêt n'a été accordée, il faut en tenir compte lors de la fixation des cotisations.

Proportionnalité implique aussi que les mesures ne doivent pas être disproportionnées par rapport au découvert. Plus celui-ci est élevé, plus les mesures doivent être appliquées résolument. On peut distinguer entre découvert peu important et découvert considérable. En règle générale, un découvert doit être jugé considérable s'il atteint 10 %. L'expert en prévoyance professionnelle doit s'exprimer sur cette grandeur de référence. Selon la situation de l'institution de prévoyance, un découvert peut déjà être considérable même s'il n'atteint pas le pourcentage indiqué.

Les mesures doivent être intégrées dans un concept global et déployer leurs effets autant que possible en tant qu'ensemble de mesures. La proportionnalité doit être appréciée à la fois par rapport à une mesure déterminée et par rapport au concept

global. La mise en œuvre et les effets des mesures doivent pouvoir être contrôlés régulièrement.

Les mesures doivent en outre, et c'est aussi un élément de proportionnalité, être propres à résorber le découvert dans un délai approprié. L'exigence de l'adéquation des mesures nécessite, d'une part, d'indiquer la durée d'application desdites mesures et, d'autre part, d'estimer la durée nécessaire à la résorption du découvert. Ces informations doivent être fournies à l'autorité de surveillance compétente conformément aux dispositions du nouvel art. 65a, al. 2, LPP (cf. nouvel art. 44, al. 3, OPP 2).

Le principe de la proportionnalité prévaut également dans la détermination de la durée de la période d'assainissement par l'institution de prévoyance. La disposition transitoire de l'art. 27, al. 3, LFLP prévoit que les découverts techniques résultant de l'adoption de ladite loi doivent être assainis au plus tard dix ans après son entrée en vigueur. En reprenant cette estimation du législateur, la période d'assainissement pourrait être de cinq à sept ans, mais n'excéder dix ans que dans des cas d'exception.

L'al. 3, let. a à c, crée la base juridique formelle de trois mesures présentant des efficacités différentes: il s'agit premièrement du prélèvement de cotisations destinées à la résorption d'un découvert auprès de l'employeur et des assurés, en second lieu du prélèvement auprès des bénéficiaires de rentes d'une contribution destinée à résorber le découvert, et troisièmement de l'application d'un taux inférieur au taux minimal LPP. En fonction de la structure de l'institution de prévoyance, l'application cumulée de ces mesures peut constituer la solution la plus indiquée et être préférable, dans l'esprit d'une répartition proportionnelle de la charge, à une application différenciée. La décision en la matière appartient à l'organe supérieur de l'institution de prévoyance.

Toutes ces mesures ont des caractéristiques communes: elles doivent se fonder sur une décision de l'organe supérieur paritaire et ne peuvent être appliquées que pour la durée du découvert. Si elles sont nouvelles, elles nécessitent une base réglementaire, édictée dans le respect des normes applicables, et elles sont soumises à l'interdiction de la rétroactivité.

Les mesures mentionnées visant à résorber un découvert ne s'appliquent pas aux institutions de prévoyance qui ont conclu auprès d'une société d'assurance un contrat d'assurance couvrant l'ensemble des risques. Ces institutions de prévoyance ne peuvent pas connaître de situation de découvert dans la mesure où l'assureur assume la garantie des prestations dans le cadre du contrat d'assurance collective.

Al. 3, let. a et b

Si l'expert en prévoyance professionnelle estime qu'il est nécessaire de prendre des mesures radicales dans les limites de la présente loi et que d'autres mesures ne permettent pas d'atteindre l'objectif souhaité, l'institution de prévoyance a la possibilité de percevoir, sur une base réglementaire, une cotisation temporaire destinée à résorber un découvert (à fonds perdu). Ladite cotisation est prélevée auprès de l'employeur (dans le domaine subobligatoire, l'accord de l'employeur est requis) et des destinataires (assurés, bénéficiaires de rentes). Il convient de souligner que la formulation revêt ici la forme potestative. La compétence de décision en la matière

incombe à l'organe supérieur paritaire de l'institution de prévoyance. Le nouvel art. 65b, al. 3, let. a et b, lie ces décisions aux conditions prévues à l'art. 65b, al. 2.

Une commission d'experts sous la direction du professeur Jürg Brühwiler examine actuellement des propositions d'optimisation matérielle et organisationnelle de la surveillance, allant dans le sens d'une surveillance prudentielle. Dans ce cadre, on peut également envisager des accords entre l'institution de prévoyance et l'autorité de surveillance.

Lorsque l'organe supérieur paritaire de la fondation décide le prélèvement temporaire de cotisations destinées à résorber un découvert et que l'employeur a donné son accord sur le prélèvement de cotisations dans les domaines préobligatoire et subobligatoire, les cotisations doivent être acquittées sur une base paritaire par l'employeur et les salariés. En dérogation à l'art. 66, al. 1, LPP et à l'art. 331, al. 3, CO, la cotisation de l'employeur destinée à résorber un découvert doit être au moins égale à la somme des cotisations des salariés et des salariées. En raison de la limitation de ces cotisations dans la durée, la parité doit être assurée pour ce type de cotisations et ne s'étend pas à l'ensemble des cotisations. Ainsi les salariés ne devraient pas payer unilatéralement des cotisations d'assainissement, ce qui risquerait d'arriver si d'éventuelles prestations supplémentaires réglementaires de l'employeur étaient prises en compte. Cette situation doit être évitée, car la totalité des prestations est probablement déjà réservée, équilibre financier oblige, aux prestations existantes. L'art. 66, al. 1, dernière phrase, doit continuer d'être appliqué, il en va de même pour les règles d'encaissement figurant aux al. 2 et 3. La proposition faite lors de la consultation de répartir les cotisations dans une proportion de 2 à 1 n'est pas prise en compte. De même, la possibilité de percevoir des cotisations d'employeurs et de salariés ne doit pas dépendre uniquement du fait que ces derniers ont bénéficié de vacances de cotisations.

La réduction durable des rentes en cours est de nature à susciter de nombreuses préoccupations au titre de la confiance dans la protection assurée par le système. En situation d'insuffisance de couverture, préserver la confiance peut toutefois s'inscrire en totale contradiction avec les principes de la symétrie des sacrifices et de la proportionnalité, de sorte qu'il convient de l'apprécier en conséquence. Dans le cas des institutions de prévoyance où les capitaux de couverture des rentes représentent une part importante, les cotisations des employeurs et des employés ne peuvent exercer que sous certaines conditions un effet sensible sur la résorption d'un découvert. Les cotisations étant déduites du salaire assuré alors que le degré de découvert est calculé en fonction du capital de prévoyance, l'efficacité peut être représentée par le rapport somme des salaires assurés / capital de prévoyance. Les institutions de prévoyance présentent de ce point de vue des profils très variés, de sorte que l'effet et l'introduction de cotisations d'assainissement peuvent différer sensiblement d'une caisse à l'autre.

Lorsque le capital de prévoyance n'est pas totalement couvert par la fortune disponible, on distingue, du point de vue des techniques d'assurance, un capital de prévoyance des assurés et un capital de prévoyance des rentes. Dans le cas des capitaux de couverture des rentes, la résorption d'un découvert réalisée grâce aux seules cotisations d'assainissement versées par les assurés constitue une prestation de solidarité unilatérale des employeurs et des salariés en faveur des rentiers. Selon la part représentée par les capitaux de rentes dans le capital de prévoyance total, et selon le degré de découvert, il faudrait exiger de l'employeur et des assurés des

cotisations supplémentaires trop élevées. Il est par conséquent indispensable que l'art. 65*b*, al. 3, let. b, prévoie également une contribution à la charge des bénéficiaires de rentes. Ceux-ci doivent dans toute la mesure possible être entendus avant la prise de décision. L'institution de prévoyance doit les informer en temps utile et les renseigner régulièrement sur la durée et l'étendue de la mesure. Etant donnée la portée d'une telle mesure pour les bénéficiaires de rentes, il est souhaitable que les institutions de prévoyance introduisent un droit d'être entendu ou un droit d'être consulté et qu'elles institutionnalisent un tel droit. Une réglementation correspondante à l'échelon de la loi n'entre toutefois pas en ligne de compte au vu des résultats de la 1^{re} révision de la LPP.

La loi ne prévoit pas de réduction durable du droit à la rente. Une réduction durable des rentes induirait une réduction du capital de couverture des rentes et se traduirait par une amélioration immédiate du taux de couverture. Mais ce n'est pas l'objectif de la disposition légale proposée. Si l'on souhaitait revenir au niveau antérieur des rentes, l'institution de prévoyance aurait en effet besoin d'à peu près autant de moyens que ceux qu'elle a «gagnés» par la réduction. L'institution de prévoyance ne pourrait par conséquent que difficilement rétablir le niveau antérieur des rentes en raison du coût élevé que cela induirait. Une telle situation doit être évitée.

La perception d'une cotisation afin de résorber un découvert n'aura pas d'effets directs sur le capital de couverture des rentes et n'aura par conséquent que des effets médiats et beaucoup moins importants dans la perspective d'une résorption du découvert. Mais la solution de la contribution présente cependant un avantage: en cas de décès, le droit du conjoint survivant et les rentes des enfants sont dérivés du montant de la rente initiale du défunt. Un autre avantage de cette solution réside dans le fait qu'elle peut être rapidement abolie en cas de rétablissement des marchés financiers. Il est alors possible de revenir au paiement de la rente antérieure sans devoir engager de grands moyens destinés à renforcer les capitaux de couverture et sans courir à nouveau le danger d'un découvert. La contribution destinée à résorber un découvert dans le cadre d'un processus par étapes est déduite mensuellement de la rente. Elle doit être limitée dans le temps et son impact pourrait être variable selon l'âge.

Il importe de souligner au titre du maintien de la confiance que ce type de contribution ne doit constituer qu'une mesure temporaire et appropriée dont la durée est limitée à celle de l'existence d'un découvert. Le terme «appropriée» signifie aussi que le montant de la rente versée après déduction de la contribution destinée à résorber un découvert ne doit pas être inférieur au montant de la rente de base LPP (soit la première rente mensuelle calculée sur la base de l'avoir de vieillesse de l'art. 15 LPP et du taux légal de conversion, respectivement la rente versée pour la première fois au moment de la retraite). Cette protection s'étend également aux adaptations intervenues, prévues par la loi, des rentes d'invalidité (cf. art. 36, al. 1, LPP).

Dans le cadre d'une institution LPP pure, la contribution ne peut ainsi pas excéder les augmentations de rentes intervenues depuis la perception de la rente, à moins que celles-ci ne soient protégées par des dispositions légales ou des dispositions réglementaires contraignantes.

Dans la prévoyance préobligatoire et subobligatoire, il faut respecter les règles contractuelles du droit privé. Le montant de la cotisation dépend donc des clauses de

modification ou des clauses d'assainissement du règlement en vigueur au moment du départ à la retraite. Une modification de règlement intervenant aujourd'hui et entraînant une réduction de la rente de base réglementaire ne résisterait pas à un examen judiciaire sous l'angle de la protection de la bonne foi. Une telle solution ne devrait pas être possible du seul fait de l'interdiction de rétroactivité. La cotisation devrait finalement être fixée de manière à ce que son montant corresponde aux augmentations de rentes intervenues depuis le début du droit à la rente. Si ces adaptations sont intervenues en vertu de dispositions réglementaires contraignantes, elles ne pourraient pas être amenuisées, car là aussi le principe de la bonne foi devrait être respecté.

La contribution des bénéficiaires de rentes peut être déduite de leurs rentes en cours.

Pour que la cotisation à la charge de l'employé selon la let. a puisse déployer ses effets, elle doit conformément à l'art. 17, al. 2, let. h, LFLP, pouvoir être déduite des cotisations de l'assuré sur la base desquelles est accordée la majoration au sens de l'art. 17, al. 1, LFLP. L'art. 17 LFLP doit être modifié en conséquence (cf. commentaires relatifs à la modification de l'art. 17, al. 2, LFLP, ch. 2.2).

Les cotisations destinées à résorber un découvert et versées par les employeurs et les employés sont déductibles du revenu imposable comme les autres cotisations paritaires (cf. art. 81 LPP). Il n'en va pas de même pour la déduction des contributions à la charge des bénéficiaires de rentes, ces derniers ne pouvant être considérés ni comme employeurs ni comme salariés. Comme ces cotisations doivent également être privilégiées sur le plan fiscal, la possibilité de les déduire du revenu imposable figure désormais dans un nouvel art. 81a. Parallèlement, l'art. 33, al. 1, let. d, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11) et l'art. 9, al. 2, let. d, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID; RS 642.14) sont adaptés.

Al. 3, let. c

Dans le cadre d'une caisse de pensions LPP, la possibilité prévue à la let. c d'appliquer un taux d'intérêt inférieur au taux minimal selon l'art. 12 OPP2 devrait être essentielle. Selon cette disposition, une institution de prévoyance a la possibilité de rémunérer l'avoir de vieillesse (prévoyance obligatoire) à un taux d'intérêt temporairement inférieur au taux minimal obligatoire de 3,25 % (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003). Le produit de la fortune peut ainsi être affecté directement et logiquement par rapport aux causes du découvert à la couverture des pertes plutôt qu'à la rémunération des avoirs de vieillesse. Si le rendement de la fortune atteint la hauteur du taux minimal légal, il engendre une réduction d'égale importance du découvert présenté par le capital de prévoyance des assurés.

Cette mesure vise les capitaux de prévoyance des assurés actifs mais n'affecte pas les capitaux de couverture des caisses en primauté des prestations ni les capitaux de couverture des rentes, qui sont soumis à un taux d'intérêt technique.

Cette mesure découle elle aussi d'une disposition potestative. Elle est réglée au niveau de la loi car elle suspend temporairement l'obligation de fournir une prestation minimale au sens de la LPP. Cette pratique autorisée par la loi peut se traduire par l'application d'un taux d'intérêt réduit ou nul dans la mesure où le taux décidé par l'organe paritaire de gestion se substitue au taux minimal fixé à l'art. 12 OPP 2 dans tous les domaines d'application de ce dernier, à l'exception de la fixation de

l'intérêt moratoire. Un intérêt négatif n'est pas admissible, car il n'est pas permis de réduire l'avoir de vieillesse, état à la fin de l'année précédente, auquel s'ajoutent les bonifications d'épargne effectuées durant l'année en cours et d'autres versements.

L'autorité de surveillance, l'employeur et les assurés doivent être informés de l'application d'un taux d'intérêt inférieur au taux minimal, de son efficacité, de la durée prévue de son application et de l'évolution subséquente. Pour que l'application d'un taux inférieur au taux minimal soit possible dans tous les domaines concernés, à l'exception de l'intérêt moratoire (art. 7 OLP), il est nécessaire d'adapter par exemple l'art. 12 OPP2 et l'art. 6, al. 2, OLP (en relation avec l'art. 17, al. 1 et 4, LFLP, montant minimum versé lors de la sortie), et l'art. 8a OLP (taux d'intérêt en cas de partage de la prestation de sortie à la suite d'un divorce).

L'application d'un taux d'intérêt inférieur au taux minimal comme mesure destinée à résorber un découvert permet de fixer le taux d'intérêt minimal ordinaire selon l'art. 12 OPP2 de telle manière qu'il soit basé uniquement sur les possibilités de placement et qu'il serve ainsi à atteindre l'objectif visé sans restrictions. Cette pratique permet d'empêcher que les institutions de prévoyance sans découvert ne se voient prescrire un taux d'intérêt trop bas. Le taux minimal peut ainsi être fixé comme le législateur le souhaite à l'art. 15 LPP selon la 1^{re} révision de la LPP, c'est-à-dire sans tenir compte de la situation financière ni de l'étendue des découverts existants. On peut ainsi distinguer clairement entre mesures destinées à résorber un découvert et intérêts appropriés.

Un taux d'intérêt inférieur au taux minimal doit être appliqué durant une période appropriée, ce qui signifie que l'interdiction de rétroactivité doit être respectée.

2.1.5 Art. 65c LPP (nouveau): Renonciation à l'utilisation des réserves de cotisations d'employeur en cas de découvert

Dans la mesure où, pour préserver la confiance, les bénéficiaires de rentes ne peuvent être sollicités que pour une contribution limitée, il est nécessaire que l'employeur ait la possibilité de compenser l'éventuelle répartition inégale des charges entre assurés et bénéficiaires de rentes. Il doit aussi pouvoir contribuer à alléger la charge des prestations de solidarité au sein de l'effectif des assurés.

A cet effet l'employeur peut, selon l'*al. 1*, effectuer des versements sur une «réserve de cotisations de l'employeur» comptabilisée séparément et, selon l'*al. 2*, assortir celle-ci d'une renonciation temporaire à l'utilisation. Ce faisant, l'employeur renonce à utiliser cette réserve pour payer ses cotisations et/ou pour financer des rentes transitoires, ou à la réduire de toute autre manière. Il peut également assortir d'une telle renonciation temporaire ses réserves de cotisations ordinaires, mais en transférant le montant concerné par cette renonciation sur le compte séparé «Réserve de cotisations de l'employeur assortie d'une renonciation à l'utilisation». La somme totale versée sur ce compte ne doit pas dépasser le montant du découvert. Ces opérations nécessitent non seulement une base réglementaire, mais aussi un accord écrit entre l'institution de prévoyance et l'employeur. Les dispositions contractuelles doivent être mentionnées dans l'annexe aux comptes annuels.

La garantie apportée sous forme d'une renonciation à l'utilisation des réserves n'entraîne pas, en raison du caractère temporaire de cette renonciation, la résorption du découvert. Dans le bilan commercial, tant les «réserves de cotisations ordinaires de l'employeur» (sans renonciation à l'utilisation) que les «réserves de cotisations de l'employeur assorties d'une renonciation à l'utilisation» apparaissent sans réduction aucune comme des dettes, de sorte que le découvert subsiste dans ce bilan en tant que différence en moins. Dans le bilan actuariel cependant, l'expert en prévoyance professionnelle attribuera les «réserves de cotisations de l'employeur assorties d'une renonciation à l'utilisation» à la fortune disponible et l'organe de révision le mentionnera dans son rapport.

Dans la mesure où il existe une renonciation temporaire à l'utilisation des réserves, il ne faut pas prendre de mesures destinées à résorber un découvert. Mais les réserves de cotisations de l'employeur assorties d'une renonciation temporaire à l'utilisation doivent subsister au moins aussi longtemps que dure un découvert. Le Conseil fédéral définit à quel moment au plus tard et dans quelle proportion ce compte séparé doit être dissout et quand le montant ainsi libéré de la renonciation à l'utilisation doit être transféré dans les réserves de cotisations ordinaires de l'employeur. Ce moment devrait intervenir au plus tard lorsque des réserves de fluctuations suffisantes auront été constituées et que l'institution de prévoyance est à nouveau apte à supporter le risque selon l'art. 50 OPP2. Une fois transférés sur le compte de réserves ordinaire, les fonds provenant du compte séparé doivent servir à compenser les primes d'employeur échues jusqu'à ce que le compte de réserves ordinaire atteigne le montant prescrit par les dispositions fiscales cantonales ou fédérales (en règle générale cinq fois le montant de la prime annuelle de l'employeur). Tant que le montant des réserves ordinaires est plus élevé, les versements directs de l'entreprise pour financer des primes d'employeur ne peuvent pas être considérées d'un point de vue fiscal comme des charges autorisées par l'usage commercial. Le compte de réserves ordinaire peut être utilisé non seulement pour financer des cotisations, mais aussi à des fins usuelles dans la pratique.

Le compte de réserves assorties d'une renonciation à l'utilisation ne porte pas d'intérêts.

La levée de la renonciation à l'utilisation des réserves avant le retour à un taux de couverture de 100 % n'est pas admise. Tout accord contractuel contraire n'est pas valable. Si le découvert doit être résorbé uniquement par une évolution positive des marchés des placements, il n'est pas possible de prévoir le délai nécessaire. S'il était permis de lever la renonciation prématurément, il faudrait encore prendre des mesures ultérieurement, à une date peut-être très éloignée. Les conditions qui prévaudront à ce moment-là pour prendre des mesures appropriées pourraient être considérablement différentes des conditions actuelles, au détriment des assurés, des bénéficiaires de rentes et, ce qui n'est pas exclu, de l'employeur lui-même. Comme le découvert doit en outre être résorbé dans un délai de dix ans, les mesures à prendre pour une courte durée encore – la renonciation ayant été levée avant l'échéance – pourraient avoir des conséquences graves.

Le montant maximal des deux comptes de réserves de cotisations de l'employeur additionnés ne doit pas dépasser le plafond fixé par les autorités fiscales (3 à 5 fois la cotisation annuelle de l'employeur) et le montant initial sur lequel porte la renonciation à l'utilisation ne doit pas être dépassé. L'expert en matière de prévoyance

professionnelle doit se prononcer, dans l'annexe au bilan, sur la légitimité d'une levée de cette renonciation et au besoin la confirmer aux autorités fiscales.

L'al. 3 prévoit que le Conseil fédéral – comme indiqué plus haut – règle les dispositions de détail dans l'esprit des considérations ci-dessus. Cela concerne en particulier les détails relatifs à la levée de la renonciation à utiliser les réserves de cotisations de l'employeur et l'obligation de compenser les cotisations échues de ce dernier lorsque le compte de réserve ordinaire affiche un niveau trop élevé, ainsi que le montant global des réserves de cotisations de l'employeur. Il règle également ce qu'il advient de ces réserves en cas de liquidation totale ou partielle. En cas de liquidation totale, elles échoient entièrement à l'institution de prévoyance. En cas de liquidation partielle, seules sont touchées les réserves de cotisation de l'employeur sur lesquelles porte une renonciation à l'utilisation. Cette renonciation est définitive à hauteur du montant pour lequel le découvert est imputable sur la fortune de prévoyance à séparer. A concurrence de ce même montant, les fonds du compte de réserves de cotisations de l'employeur assorties d'une renonciation sont libérés au profit des assurés qui quittent l'institution dans le cadre de la liquidation partielle.

2.1.6 Modification de l'art. 81 LPP: Déduction des cotisations de l'employeur et des salariés

Les cotisations des salariés soustraites à la majoration en fonction de l'âge prévue par l'art. 17, al. 1, LFLP et désormais incluses dans la liste de l'art. 17, al. 2, peuvent être déduites pour les impôts directs perçus par la Confédération, les cantons et les communes sur la base de l'art. 81 LPP. En fait aussi partie la cotisation des salariés destinée à résorber un découvert selon l'art. 65*b*, al. 3, let. a. Il n'est donc pas nécessaire de modifier l'art. 81, al. 2, pour y inscrire la déductibilité de ces cotisations. Demeure réservée la modification de l'art. 33, al. 1, let. d, de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD).

Les cotisations correspondantes de l'employeur étant considérées comme des charges d'exploitation, l'art. 81, al. 1, suffit également en tant que base légale.

Pour lever d'éventuelles incertitudes, la nouvelle teneur de l'art. 81, al. 1, mentionne, en plus des contributions des employeurs aux institutions de prévoyance, les contributions qu'ils versent selon l'art. 65*c* à la réserve de cotisations de l'employeur.

2.1.7 Art. 81a LPP (nouveau): Déduction de la contribution des bénéficiaires de rentes

La possibilité de déduire du revenu imposable la contribution des bénéficiaires de rentes destinée à résorber un découvert selon l'art. 65*b*, al. 3, let. b, est précisée dans un article distinct, d'une part en raison de la particularité de cette contribution (d'un point de vue économique, c'est une réduction de rente temporaire) et, d'autre part, parce qu'elle ne fait pas naître l'obligation d'une contribution correspondante de la part de l'employeur.

2.2

Modifications de la loi sur le libre passage: art. 17, al. 2 à 4, LFLP

L'art. 17, al. 2, LFLP est modifié aussi bien au plan formel qu'au plan matériel. Ainsi, pour des raisons de clarté, les dépenses destinées à la couverture de mesures spéciales au sens de l'art. 70 LPP sont reprises à la let. d du catalogue des cotisations. L'al. 3 est abrogé.

Une modification importante de *l'al. 2* vise la preuve de la nécessité en ce qui concerne les cotisations qui peuvent être déduites des cotisations versées par l'assuré conformément à l'al. 1, autrement dit les cotisations qui ne doivent pas être obligatoirement restituées à l'assuré en cas de libre passage. Cette preuve est requise pour toutes les cotisations et ne peut être apportée que lorsque les cotisations et les dépenses effectives auxquelles elles sont affectées figurent de manière distincte dans les comptes annuels. La preuve relative aux coûts pour les rentes nouvellement versées (également sous la forme de versements en capital) aux invalides, veuves et veufs et orphelins ne repose que dans de rares cas sur des calculs détaillés; elle est fondée en général sur les estimations de l'expert en prévoyance professionnelle. La preuve peut donc être apportée sur la base d'estimations et figurer dans l'annexe aux comptes annuels. Il faut de plus prendre garde au fait que ce sont en règle générale des cotisations nivelées, c'est-à-dire qu'elles ne correspondent pas exactement et pas directement aux coûts. La preuve de la nécessité peut donc se fonder sur une période d'observation de plusieurs années.

En outre, la modification introduit les nouvelles lettres d à g, auxquelles correspondent de nouvelles cotisations susceptibles d'être déduites (à l'exception de la let. d, qui correspond à l'actuel al. 3). L'institution de prévoyance doit garantir que les prestations sont financées de manière suffisante. Le financement et les prestations doivent être en équilibre. Dans la mesure où des réductions des prestations en cours et des prestations futures doivent être évitées, l'institution de prévoyance doit avoir la possibilité de reporter les coûts sur l'employeur et les assurés, par exemple en prélevant des cotisations paritaires.

L'extension du catalogue par des cotisations supplémentaires qui peuvent être déduites ne saurait avoir pour but de générer de nouvelles cotisations. Il est plutôt souhaitable que les employeurs continuent de se sentir engagés généreusement à l'égard des institutions de prévoyance. Dans des périodes économiquement difficiles, il doit cependant être possible de prélever de telles cotisations, ces dernières ne constituant un allègement pour la caisse de pensions que si elles ne sont pas intégrées aux prestations de sortie et n'augmentent pas le capital de prévoyance.

L'al. 2, let. d (nouveau) reprend pour des motifs d'ordre rédactionnel la teneur de l'actuel al. 3 relatif à la cotisation pour mesures spéciales conformément à l'art. 70 LPP, de sorte que l'al. 3 de l'art. 17 LFLP devient superflu.

Al. 2, let. e et f (nouvelles): cotisations pour frais d'administration et cotisations destinées à la couverture des coûts du fonds de garantie

En pratique, les assureurs-vie par exemple facturent les frais d'administration. Cette facturation prend généralement la forme de primes de risque²¹, mais il est aussi possible de les financer par le biais des excédents. Dans le cas des institutions de prévoyance, l'employeur supporte généralement seul ces frais, dans la mesure où il prend gratuitement en charge la gestion des affaires liées au contrat de travail. Souvent ces frais ont été financés par les produits de la fortune. Cela n'est cependant plus possible dans les périodes de faible rendement, ce qui peut provoquer des découvertes.

Dans le cas des caisses autonomes et semi-autonomes, les produits de la fortune sont crédités à la seule institution de prévoyance, soit au profit des destinataires de prestations (assurés et rentiers). Il en est autrement pour les assureurs-vie, qui sont généralement des sociétés par actions cotées en bourse devant prendre en compte aussi bien les intérêts des actionnaires que ceux des destinataires de leurs prestations d'assurance. Il va cependant de soi que les frais d'administration doivent être couverts et qu'ils ne sauraient constituer une source de profit. La preuve de la nécessité doit par conséquent être apportée aussi bien par les assureurs-vie que par les institutions de prévoyance. Le prélèvement d'une cotisation ne pouvant intervenir que sur une base forfaitaire, cette cotisation devrait donner lieu à la constitution d'une provision spécifique sur laquelle les coûts effectifs comptabilisés au compte d'exploitation seraient régulièrement débités.

Al. 2, let. g (nouvelle): cotisation destinée à la résorption d'un découvert

Il s'agit là de la cotisation de l'assuré destinée à la résorption d'un découvert. Elle est caractérisée par le fait qu'elle est versée à fonds perdu, ce qui demande une base légale formelle (art. 65b, al. 3, let. a, projet LPP).

Le principe est posé que ces différentes cotisations – dans la mesure où il est permis de les déduire lors du calcul de la prestation de sortie – doivent apparaître distinctement dans le règlement et que leur montant doit être fixé en pour-cent (al. 2). Il y a lieu en outre de respecter l'interdiction des effets rétroactifs et les conditions formelles usuelles inhérentes à la modification du règlement.

Ces cotisations doivent être privilégiées du point de vue fiscal par analogie aux cotisations de risque (cotisations destinées au financement des rentes d'invalidité nouvellement exigibles et aux prestations en cas de décès). Il s'agit en l'occurrence de cotisations collectives et non de cotisations créditées au sens de l'art. 15, al. 2, LFLP; elles doivent donc demeurer en possession de l'institution de prévoyance en cas de sortie.

L'al. 3 est biffé du fait que la cotisation pour mesures spéciales conformément à l'art. 70 LPP est nouvellement intégrée à l'al. 2, let. d.

²¹ La couverture des frais administratifs par des primes de risque sera exclue dès l'entrée en vigueur de la 1^{re} révision de la LPP. Les dispositions relatives à la transparence feront obligation de présenter de manière explicite les frais d'administration et les cotisations affectés à leur couverture.

second lieu, on peut s'attendre à ce que le projet se traduise par des baisses de recettes pour l'impôt fédéral direct et pour les impôts directs des cantons et des communes. Lesdites baisses seraient principalement le résultat du prélèvement de cotisations destinées à résorber un découvert auprès des employés et des employeurs, ou encore de contributions auprès des bénéficiaires de rentes. De telles cotisations sont effet déductibles des impôts. Là encore, il n'est guère possible de chiffrer les baisses de recettes correspondantes. Selon l'ampleur des découverts dans le 2^e pilier, il y a toutefois lieu de s'attendre à ce que, sur la durée, le recul des recettes atteigne une proportion importante pour le ménage fédéral comme pour les finances cantonales.

Le projet n'a pas d'incidences sur l'état du personnel de la Confédération et des cantons.

3.2 Conséquences dans le domaine de l'informatique

En cas d'application des mesures proposées à l'échelon de la loi en vue de résorber un découvert, ou en cas d'application d'une rémunération à un taux d'intérêt inférieur, la concrétisation de ces possibilités nouvelles rendra nécessaire une adaptation des outils informatiques.

3.3 Conséquences économiques

Le train de mesures proposées par le projet vise à renforcer la stabilité du système du 2^e pilier et à préserver la confiance dans sa fiabilité. Cette dernière est fortement dépendante de l'évolution des marchés boursiers et financiers, dans la mesure où les stratégies des caisses de pension ont donné ces derniers temps une importance accrue à la recherche d'une performance qui n'était possible que par le recours à une diversification des placements incluant des placements à volatilité élevée. Selon la dernière statistique des caisses de pensions publiée²⁴, les actions et les bons de participation, compte tenu des placements collectifs, sont devenus pour la première fois en 2000 la forme de placement la plus répandue dépassant les obligations et les bons de caisse. Par rapport à l'ensemble des placements, leur part a atteint 25,2 % pour les institutions privées et 29,6 % pour les institutions publiques, soit un volume global de 160,9 milliards de francs. Les parts respectives des placements en obligations et bons de caisse se sont établies à 28,5 et 21,8 %, atteignant un volume global de 152,6 milliards de francs.

La très forte dégradation intervenue sur les marchés des placements depuis l'année 2000 présente la particularité de combiner une chute des valeurs boursières avec une régression des taux d'intérêt rémunérant les placements à faible risque tels que les obligations de la Confédération. Parallèlement, l'appréciation du franc suisse par rapport au dollar et, dans une moindre mesure, par rapport à l'Euro, a contribué à fragiliser les placements en monnaies étrangères. Compte tenu des proportions précitées, ce cumul très défavorable se répercute directement sur plus de la moitié du

²⁴ «La prévoyance professionnelle en Suisse», Statistique des caisses de pension 2000, éd. OFS, Neuchâtel, 2002, p. 22 ss.

portefeuille des institutions de prévoyance, ce qui explique l'apparition de découverts et la nécessité de permettre le recours à des mesures diversifiées d'assainissement.

Les mesures proposées visent un équilibre à réaliser entre plusieurs conflits d'objectifs.

Dans l'actuel contexte incertain qui caractérise les marchés financiers, on ne saurait s'attendre à ce que les problèmes liés aux découverts des institutions de prévoyance se résolvent par une amélioration de la situation dans le domaine des placements. Sans mesures destinées à résorber les découverts, le risque existerait de voir le taux de couverture descendre encore et conduire à des situations d'insolvabilité. Si une institution de prévoyance devient insolvable, elle doit être liquidée par l'autorité de surveillance et le fonds de garantie de la prévoyance professionnelle prend alors en charge les prestations jusqu'à concurrence d'un salaire assuré dont le montant correspond à 1,5 fois le montant supérieur prévu à l'art. 8, al. 1, LPP. Le fonds de garantie est financé par des cotisations à la charge de toutes les institutions de prévoyance et calculées sur la base de la somme des prestations de sortie réglementaires de tous les assurés et du montant des rentes multiplié par 10²⁵. Depuis 2003, la cotisation se monte à 0,04 % de cette base de calcul. Ces cotisations permettent au fonds de garantie d'assurer des prestations en cas d'insolvabilité à hauteur de quelque 170 millions de francs. L'importance des prestations en cas d'insolvabilité varie fortement d'une année à l'autre. En 2002, des prestations ont été versées à hauteur de 106,3 millions de francs. Les cas d'insolvabilité de fondations en raison de pertes sur la fortune imputables aux placements ne jouent actuellement pas encore de rôle. Mais si les choses devaient changer, ce qui pourrait fort bien être le cas si la situation défavorable sur les marchés des placements persistait, il y aurait lieu de s'attendre à des paiements pour insolvabilité nettement plus importants. A dessein, le fonds de garantie ne dispose pas de réserves significatives destinées à garantir le capital. Il serait sinon contraint de recourir au crédit pour financer des prestations en cas d'insolvabilité qui ne seraient pas couvertes par des cotisations courantes, et d'augmenter les cotisations. Une augmentation des prestations à servir par le fonds de garantie pour des cas d'insolvabilité ne constituerait pas une solution pour des raisons propres au système. Elle conduirait en dernier ressort à un renforcement des composantes de répartition dans la prévoyance professionnelle. Ce serait à l'ensemble de la communauté des assurés d'apporter les moyens nécessaires à financer les prestations résultant du financement insuffisant de quelques institutions de prévoyance. Plus grave encore serait la crise de confiance que provoquerait un nombre élevé de liquidations forcées par suite d'insolvabilité.

Les institutions de prévoyance sont elles-mêmes responsables de leur stabilité financière. Elles peuvent et entendent assumer cette responsabilité, raison pour laquelle cette dernière ne saurait être déléguée ni à la communauté des assurés, ni aux pouvoirs publics. Cela suppose toutefois que les institutions de prévoyance soient mises en situation de pouvoir remédier à des découverts.

Dans la mesure où l'obligation de remédier à un découvert est maintenue, mais est assortie de l'autorisation d'un découvert temporaire, un assainissement structuré dans le temps est rendu possible et on évite ainsi que des conséquences économi-

²⁵ Art. 16 de l'ordonnance du 22 juin 1998 sur le fonds de garantie LPP (OFG; RS 831.432.1).

ques trop importantes ne se concentrent à un moment où les circonstances sont défavorables aussi bien pour les institutions de prévoyance que pour les assurés et les employeurs. C'est en fonction de cette caractéristique fondamentale du projet que ses conséquences économiques doivent être appréciées. L'impact que l'on pourrait craindre en termes de diminution du revenu disponible pour les assurés et les bénéficiaires de prestations doit être relativisé compte tenu de la faculté donnée aux institutions de prévoyance en découvert d'organiser dans le temps les nouvelles mesures prévues. La même observation vaut pour les entreprises au titre des contributions volontaires et des cotisations assumées paritairement par les employeurs. La disparition de la contrainte visant une résorption immédiate des découverts au profit d'une stratégie planifiée et différenciée évite un prélèvement trop brutal qui pourrait conduire par exemple à une pression encore accrue sur une propension à investir déjà affaiblie par la conjoncture défavorable et à un moment où les marges des entreprises sont déjà très étroites.

Le projet vise également une répartition aussi équilibrée que possible de l'impact économique. De par leur champ d'application étendu à l'ensemble des acteurs, les mesures proposées permettent une répartition des charges qui évite qu'un cercle déterminé ne doive assumer à lui seul les charges temporaires de l'assainissement. Les mesures proposées visent ainsi à éviter une dissymétrie des sacrifices qui aurait des incidences économiques trop marquées sectoriellement.

Le projet situe clairement dans le domaine de compétence des institutions de prévoyance le choix et la responsabilité d'application des mesures d'assainissement. L'ampleur de découverts étant très variable, il ne faut pas s'attendre à ce que toutes les institutions concernées usent de l'ensemble des facultés nouvelles dont elles disposeront, ni ne les appliquent selon des modalités identiques. L'origine des découverts, au même titre que les profils de risques et les proportions variables entre assurés et rentiers détermineront des recours très différenciés au catalogue de mesures. Il en résulte que son impact économique global peut difficilement être chiffré. En revanche, il apparaît clairement que le coût direct d'application de ces mesures par les institutions de prévoyance doit rester très limité dès lors qu'elles n'appellent pas de modifications structurelles dans leur gestion qui se traduiraient par des investissements importants.

Afin d'en limiter les conséquences économiques négatives, les mesures proposées présentent une caractéristique fondamentale qui constitue leur commun dénominateur: elles sont sans exception strictement limitées à une durée précise, à savoir celle de l'existence d'un découvert.

En dernier ressort, le Conseil fédéral et le Parlement ont la possibilité de dédramatiser la problématique des découverts en fixant de manière appropriée aux conditions économiques les valeurs de référence décisives. Le projet s'inscrit ainsi en complément à la décision du Conseil fédéral de réexaminer le taux d'intérêt minimal LPP au moins tous les deux ans.

4

Programme de législation

Le présent projet n'a pas été annoncé dans le cadre de l'élaboration du programme de législation 1999–2003²⁶. Les institutions de prévoyance restant dans une situation financière difficile, il convient de le présenter le plus rapidement possible au Parlement, afin de permettre son entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2004 compte tenu du délai référendaire.

5

Relation avec le droit européen

Le droit du Conseil de l'Europe ne connaît actuellement aucune réglementation qui corresponde aux modifications de loi proposées par le présent projet. En revanche, en ce qui concerne l'Union européenne, le Conseil et le Parlement européen ont adopté le 3 juin 2003 la directive 2003/41/CE concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle²⁷. Celle-ci constitue un premier pas vers l'institution d'un marché intérieur (communautaire) des régimes de retraite professionnelle, organisé à l'échelle européenne. En établissant le principe de prudence (*prudent person rule*) comme principe sous-jacent en matière d'investissement de capitaux et en permettant aux institutions d'opérer de façon transfrontalière, l'UE cherche à encourager la réorientation de l'épargne vers le secteur des régimes de retraite professionnelle. Cette directive concerne les institutions offrant des prestations de retraite liées à un emploi et financées par capitalisation. Elle ne vise ni les régimes légaux de sécurité sociale ni les régimes financés par répartition et ne s'applique pas non plus aux plans d'épargne retraite purement individuels.

Les risques couverts par les institutions de retraite professionnelle varient sensiblement d'un Etat membre à l'autre. Les Etats membres où les institutions sont établies devraient, par conséquent, pouvoir soumettre le calcul des provisions techniques à des règles additionnelles plus détaillées que celles prévues dans la directive. La détention d'actifs appropriés et en quantité suffisante en couverture des provisions techniques protège les intérêts des affiliés et des bénéficiaires du régime de retraite dans le cas où l'institution deviendrait insolvable. Si l'institution n'opère pas sur une base transfrontalière, les Etats membres devraient pouvoir autoriser une couverture partielle seulement à condition qu'un plan adéquat de retour à une couverture intégrale ait été établi.

C'est ainsi que la directive prévoit notamment que chaque institution de retraite professionnelle dispose à tout moment, pour la totalité des régimes de retraite qu'elle gère, d'actifs suffisants et appropriés pour couvrir les provisions techniques (art. 16, par. 1). Cependant, un Etat membre peut autoriser à titre temporaire une institution à ne pas disposer d'actifs suffisants pour couvrir les provisions techniques. Dans ce cas, l'institution doit adopter un plan concret et réalisable de rétablissement des actifs requis pour couvrir intégralement ses provisions techniques en temps voulu. Ce plan est mis à la disposition des affiliés ou, le cas échéant, de leurs

²⁶ FF 2000 2168

²⁷ La directive 2003/41/CE entrera en vigueur à la date de sa publication dans le Journal officiel des Communautés européennes (probablement dans le courant de l'automne 2003).

représentants et/ou est soumis à l'approbation de l'autorité compétente désignée par l'État membre. En outre, l'élaboration de ce plan doit tenir compte de la situation particulière de l'institution, notamment la structure de ses actifs et de ses engagements, son profil de risque, son plan de liquidité, la répartition par âge des affiliés titulaires de droits à la retraite, la spécificité des régimes en phase de démarrage et des régimes passant d'une situation de couverture inexistante ou partielle à une situation de couverture intégrale (art. 16, par. 2). La directive ne fixe par contre pas de normes quant à la nature des mesures que peuvent prendre les institutions de retraite professionnelle dans le cadre de leur plan de redressement. Enfin, en cas d'activité transfrontalière, les provisions techniques doivent être intégralement couvertes à tout moment pour la totalité des régimes de retraite gérés (art. 16, par. 3).

Il est à noter que la directive ne viserait que la prévoyance allant au-delà des prestations minimales, autrement dit le régime surobligatoire. Les mesures qu'il est prévu d'introduire dans la LPP afin de résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle sont compatibles de façon générale avec ce que prévoit la directive communautaire.

6 Bases juridiques

6.1 Conformité constitutionnelle et légale

Les modifications proposées de la LPP et de la LFLP se fondent sur les dispositions de l'art. 113, al. 1 à 4, Cst.²⁸. Le projet de révision s'inscrit dans le cadre de ces dispositions.

L'art. 113, al. 3, Cst. est la seule prescription constitutionnelle expresse relative au financement de la prévoyance professionnelle. Elle a pour but de fixer la répartition des cotisations entre employeurs et employés (financement paritaire). L'art. 65, al. 3, satisfait à cette exigence. Cette prescription relative au financement n'est exhaustive ni en ce qui concerne les types de financement, ni pour ce qui est des cotisants. Sous réserve d'observation de la norme constitutionnelle, le législateur a par conséquent laissé dans le champ de décisions et de compétences des institutions de prévoyance la faculté de structurer le financement.

Si la contribution des bénéficiaires de rentes est considérée comme une réduction temporaire de prestations, la forme de la disposition légale correspond à la norme constitutionnelle. En effet, si la résorption d'un découvert touchant les capitaux de couverture des rentes était uniquement à la charge des assurés et de l'employeur, le principe de l'égalité de traitement entre les destinataires serait enfreint. Mais les barrières posées le sont de telle sorte que les rentes de base sont protégées et que la confiance légitime des bénéficiaires de rentes concernés est préservée.

Les modifications proposées de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (art. 33, al. 1, let. d, LIFD) et de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (art. 9, al. 2, let. d, LHID) ont pour base constitutionnelle les art. 111, al. 2 et 3, et 129 Cst.

²⁸ RS 101

6.2

Délégation de compétences législatives

Les nouvelles délégations de compétences au Conseil fédéral sont énumérées ci-dessous.

L'art. 30*f*, al. 2, LPP et l'art. 331*f*, al. 2, CO, attribuent au Conseil fédéral la compétence de définir les conditions et l'étendue des restrictions apportées, tant que dure un découvert, à la mise en gage et à la perception anticipée de capitaux de la prévoyance professionnelle dans le cadre de l'encouragement de l'accession à la propriété du logement, ainsi qu'au remboursement, tant dans le régime obligatoire que dans le régime surobligatoire.

L'art. 65*c*, al. 3, LPP prévoit que le Conseil fédéral règle les détails concernant les réserves de cotisations de l'employeur assorties d'une renonciation temporaire à leur utilisation. Il régleme la levée de cette renonciation et le virement correspondant sur le compte de réserves ordinaire. Il régleme aussi l'obligation de l'institution de prévoyance et de l'employeur de compenser au fur et à mesure les cotisations d'employeur échues, ainsi que le montant global possible des réserves de cotisations de l'employeur et leur traitement en cas de liquidation totale ou partielle.

7

Relation avec la LPGA

La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)²⁹ entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 ne s'applique en principe pas à la prévoyance professionnelle, à l'exception de dispositions ponctuelles relatives à la coordination et à la prise en charge provisoire de prestations³⁰ (cf. art. 2 LPGA). Les modifications proposées de la LPP et de la LFLP ne concernent ni la coordination, ni la prise en charge provisoire de prestations, de sorte qu'elles n'ont aucune répercussion sur l'application de la LPGA dans le domaine de la prévoyance professionnelle.

²⁹ RS 830.1

³⁰ Cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 66 du 17.01.2003, ch. 397 (OFAS).

