



CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Madame Barbara Brosi
Responsable de projet OFAS
Effingerstrasse 20
3003 Berne

Réf. : PM/15008018

Lausanne, le 16 février 2011

Consultation sur les modifications d'ordonnances et la nouvelle ordonnance sur les fondations de placement liées à la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle

Madame,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud vous remercie de l'avoir consulté sur le projet cité en titre et vous fait part, ci-après, de sa détermination.

REMARQUES GENERALES

1. A propos des modifications des OPP1 et 2

L'ensemble de la réforme structurelle doit conduire à un renforcement en matière de transparence, d'indépendance, de prévention des conflits d'intérêts, ainsi que de la surveillance et de la haute surveillance. Afin d'atteindre ce but, des dispositions réglementaires claires sont nécessaires. Ainsi, certains articles devraient être rédigés de manière plus simple, de sorte à être applicables sans d'innombrables interprétations. A titre d'exemple, la terminologie n'est pas constante et l'on utilise des termes différents tels que responsables, personnes chargées de la gestion de fortune, personnes chargées de l'administration sans que l'on sache si c'est volontaire ou utilisé à titre de synonyme.

Nous attirons également votre attention sur le fait que la version française des ordonnances doit être entièrement vérifiée, de nombreuses erreurs de traduction ayant été relevées (par exemple, art. 18 OPP1, art. 48a OPP2).

Aspect des coûts / Commission de haute surveillance

Les relations entre la haute surveillance et la surveillance directe doivent être claires. Dans le cadre de la réforme structurelle, la Commission de haute surveillance supervise les autorités de surveillance et édicte les principes de surveillance prudentiels. Les doublons – que ce soit au niveau de la surveillance ou des voies de recours – sont à éviter. En ce sens, il est nécessaire de clarifier les tâches des uns et des autres.

Telle que proposée, la Commission de haute surveillance comprend 29,4 ETP et coûte 7.2 millions de francs. En comparaison, les autorités de surveillance cantonales ou régionales comprennent environ 100 ETP (y compris les personnes contrôlant les fondations classiques). Ces autorités traitent de plusieurs milliers d'institutions de prévoyance et de fonds patronaux ; les coûts pour l'ensemble de cette surveillance directe (y compris celle des fondations classiques) s'élèvent à près de 13 millions de francs. La nouvelle taxe liée à la haute surveillance représente ainsi plus de la moitié des coûts de la surveillance directe actuelle.

Aussi, nous estimons que la Commission de haute surveillance est surdimensionnée. Elle engendre des coûts démesurément élevés, qui devront en finalité être assumés par les assurés et les institutions de prévoyance. La Commission de haute surveillance devrait être conforme aux exigences légales et n'agir que lorsque cela apparaît véritablement nécessaire. La Commission de haute surveillance n'a – exceptée la surveillance directe de l'institution supplétive, du Fonds de garantie et des fonds de placement – aucune tâche opérationnelle. De la sorte, à la lecture des missions de la Commission de haute surveillance, sa taille (y compris son secrétariat) semble disproportionnée.

Par ailleurs, les montants prévus pour la taxe de haute surveillance entraîneront le fait que certaines institutions de prévoyance paieront à la haute surveillance jusqu'à trente fois les émoluments actuels de la surveillance directe sans réelle contrepartie. A cela s'ajoute le fait que les émoluments de la surveillance directe devront également être augmentés, ces autorités devant être indépendantes au niveau financier.

Ainsi apparaît une situation délicate : la taxe de haute surveillance pour la supervision des autorités de surveillance directe est plus que largement supérieure à l'émolument facturé par les autorités de surveillance qui doivent veiller au bon fonctionnement des institutions de prévoyance, notamment par l'examen des comptes annuels et des règlements, l'approbation des règlements de liquidation partielle et des transferts de patrimoine et de la création d'institution de prévoyance et la prise de mesures ou sanctions.

Enfin, il est impératif, pour les autorités de surveillance directe que les ordonnances précisent que l'émolument de haute surveillance est refacturé par les autorités de surveillance aux institutions de prévoyance dont elles assurent la supervision. Il convient également de préciser que, pour l'exécution de ce mandat de perception des émoluments de haute surveillance, les autorités de surveillance directe perçoivent une indemnité auprès de la Commission de haute surveillance qui devra également assurer les frais de recouvrement le cas échéant.

Nous estimons qu'un système se rapprochant de celui de la loi vaudoise sur les impôts communaux (LICom, RSV 650.11) devrait être mis sur pied (art. 38) afin de garantir la légalité de la perception de ces taxes auprès des institutions de prévoyance, notamment pour éviter d'innombrables recours.

En ce sens, l'art. 38 LICom a la teneur suivante :

Art. 38 Recouvrement des impôts communaux

¹ Les communes pourvoient elles-mêmes à la perception de leurs taxes et impôts. L'article 38a est réservé.

² Elles peuvent prévoir le paiement de leurs impôts par tranches dans les limites et aux conditions prévues par la loi sur les impôts directs cantonaux et ses dispositions d'application A.

³ A la demande des communes, l'Administration cantonale des impôts peut être chargée du recouvrement des impôts communaux. Dans ce cas, les modalités de perception prévues pour les impôts cantonaux s'appliquent aux impôts communaux mentionnés à l'article premier, lettres a, d, e, g, k et m.

⁴ Pour l'exécution du mandat prévu ci-dessus, les communes versent à l'Etat une indemnité dont le Conseil d'Etat fixera le montant par arrêté.

⁵ Les communes doivent exiger de leur percepteur des garanties suffisantes.

REMARQUES CONCERNANT L'ORDONNANCE OPP 1

Les remarques de détail ci-après sont conformes à celles adoptées le 14 janvier 2011 par la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations.

Ad art. 3, al. 3

Concernant la qualification de l'institution à inscrire dans le répertoire et les explications à ce sujet dans les notes, il faut constater que, sous la catégorie des Fonds de bienfaisance, figurent aussi bien les fonds patronaux que les fondations de financement.

L'enregistrement des fonds de bienfaisance dans un registre et la publication de ces données sur internet doit être remise en question au regard des dispositions sur la protection des données, attendu qu'ils ne versent aucune prestation réglementaire. Nous serions d'avis de limiter la publication obligatoire aux institutions de prévoyance enregistrées et aux fondations offrant des prestations réglementaires (institutions soumises LFLP).

Ad art. 7

Comme déjà relevé, les montants prévus pour la taxe de haute surveillance entraîneront le fait que certaines institutions de prévoyance paieront à la haute surveillance jusqu'à trente fois les émoluments actuels de la surveillance directe sans contrepartie aucune. Nous jugeons le niveau de cette taxe incompréhensible et injustifiable du fait que l'autorité de haute surveillance supervise des autorités de surveillance directes et non des institutions de prévoyance.

Ad art. 8

Le Gouvernement vaudois se pose la question de la nécessité d'un montant maximum concernant la taxe annuelle de surveillance des fondations de placement. Contrairement aux institutions de prévoyance, les fonds de placement se servent uniquement des instruments des marchés financiers (en cela, ils pourraient tout autant être placés sous

la surveillance de la FINMA). Il s'agit donc d'un privilège non justifié que de les placer sur pied d'égalité avec l'institution supplétive et le Fonds de garantie. Il faut en outre constater que l'institution supplétive, au contraire des autres institutions de prévoyance, ne doit qu'un émolument de surveillance directe et est libérée de l'émolument de haute surveillance. Cela contrevient au principe d'égalité de traitement entre les différentes institutions de prévoyance.

Ad art. 10

Nous demandons la suppression de l'émolument extraordinaire à charge des autorités de surveillance. Le montant des taxes ordinaires devrait couvrir tout surcoût lequel ne sera d'ailleurs que rarement induit par les autorités de surveillance en tant qu'organe de surveillance directe.

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

Nous saluons le renforcement de la surveillance lors de la constitution d'institution. Toutefois, nous considérons que l'examen de contrats de gestion et de contrats de travail avec des tiers va trop loin. L'organe suprême de l'institution doit, sur ces points, assumer ses responsabilités et s'assurer que, par la conclusion de tels contrats, les compétences techniques des personnes mandatées sont remplies et qu'il n'y a pas de conflit d'intérêt. La soumission aux autorités de surveillance de tels projets de contrats génère avant tout des coûts de fonctionnement pour les autorités de surveillance, ne garantit en aucune manière que les projets examinés soient effectivement conclus par les parties (relations entre les parties, liberté contractuelle) et libère l'organe suprême de sa responsabilité puisqu'il peut se référer à cet examen préalable. Nous demandons la suppression des lettres g et h, en chargeant éventuellement l'organe suprême de transmettre à l'autorité de surveillance les contrats effectivement conclus pour ses dossiers.

Disposition manquante

Nous ne retrouvons pas de disposition concernant le droit de recours de la Commission de haute surveillance contre les décisions du Tribunal administratif fédéral. Une telle disposition devrait être introduite dans cette ordonnance (voir pour le surplus les remarques suivantes concernant l'article 60f OPP2).

REMARQUES SUR L'ORDONNANCE OPP 2

Les remarques de détail ci-après sont conformes à celles adoptées le 14 janvier 2011 par la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations.

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

Concernant ces deux dispositions relatives à l'indépendance de l'organe de révision (art. 34 pOPP2) et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle (art. 40 pOPP2), force est de constater que si la version allemande du projet reprend bel et bien l'article

728 du Code des obligations avec quelques adaptations de la formulation, il n'en va pas de même de la version française qui utilise la notion de « soupçon ». Cette différence est malheureuse et doit être corrigée. On peut en outre s'interroger sur la pertinence du commentaire concernant la notion de relation étroite. Le monde de la prévoyance n'est pas extensible à loisir et il est inévitable qu'au fil du temps des relations se créent. Ainsi, un mandataire ne devrait pas devoir se récuser au seul motif qu'il « connaît » un membre de l'organe suprême. Nous proposons de mieux définir, à la lettre c, ce que l'on entend par « relation étroite ».

Ad art. 35

L'article 35 oblige les institutions de prévoyance non enregistrées à mettre en place un système de contrôle interne alors qu'une telle obligation ne découle pas de la loi. Cette disposition n'a donc, à notre avis, pas une base légale suffisante.

La formulation de l'alinéa 2 est inadéquate, car les indications ne sont pas publiées mais communiquées à l'organe de révision. De plus, afin de délimiter les responsabilités des uns et des autres, il conviendrait que le respect du devoir de loyauté incombe en premier lieu à l'organe suprême.

Ad art. 36

Concernant la transmission à l'autorité de surveillance de certains faits par l'organe de révision, il conviendrait de reprendre dans le texte de l'ordonnance celui du commentaire qui précise que l'organe suprême est informé de manière simultanée.

Ad art. 46

A notre avis, cette disposition est contraire à l'article 68a LPP qui permet justement de créditer aux assurés les parts aux excédents alors que l'article 46 OPP2 l'interdit dans certaines conditions. Au surplus, telle que rédigée, cette disposition soulève de nombreuses questions et objections pratiques. Aussi, cette disposition devrait être supprimée purement et simplement.

Ad art. 48a, al. 3

Cet article, prévoyant l'obligation de mentionner séparément dans l'annexe au rapport annuel le montant des placements de la fortune investie dans des placements pour lesquels des frais de gestion de la fortune ne peuvent être indiqués, est inapplicable en pratique compte tenu notamment du fait qu'une part importante des placements est effectuée de manière indirecte. Cette obligation impliquerait une charge administrative disproportionnée par rapport à l'utilité même de l'information qui figurerait dans l'annexe au rapport annuel. Cet alinéa devrait être supprimé.

Ad art. 48f

Cet article relatif aux exigences à remplir par les membres de la direction et par les gestionnaires de fortune appelle plusieurs remarques. Le premier alinéa privilégie sans aucune justification la formation à l'expérience. De plus, la formulation même de cette

disposition devrait être revue en se référant aux qualifications professionnelles appropriées, notion utilisée notamment dans le domaine financier ou selon la formule utilisée à l'alinéa 2.

La limitation de l'activité de gestionnaire de fortune externe d'une institution de prévoyance prévue par l'alinéa 3 aux seules personnes externes et institutions soumises à la surveillance directe de la FINMA est à notre avis inconciliable avec la pratique et ne tient pas compte de la réalité du marché et des besoins des institutions de prévoyance. De nombreux intervenants professionnels dans ce domaine ne sont pas nécessairement soumis à la FINMA mais à d'autres organismes de surveillance. Par exemple, la plupart des intervenants en matière de gestion immobilière ne sont pas rattachés à la FINMA.

Par ailleurs, il existe des institutions, telles que Retraites Populaires, qui sont chargées, parfois légalement, de gérer des institutions de prévoyance, y compris leur fortune, et qui ne sont pas soumises à la surveillance de la FINMA.

Ad art. 48g

L'examen de l'intégrité et de la loyauté des responsables doit être revu en respectant les compétences et les responsabilités de l'organe suprême de l'institution. L'organe de révision et l'autorité de surveillance doivent intervenir uniquement si l'institution ne respecte pas la législation.

Ad art. 48h

En ce qui concerne la prévention des conflits d'intérêts, la terminologie fluctuante concernant les personnes visées par cette disposition devrait être entièrement reformulée pour une meilleure compréhension.

Ad art. 48i

Afin d'éviter un trop grand nombre d'interprétations, il est nécessaire de préciser les notions « d'acte juridique » et de « transparence totale ». Il faut également rappeler que la notion de « personne proche » est une notion susceptible d'évoluer avec le temps.

Ad art. 48j

Plutôt que d'opter pour une interdiction stricte, il serait plus judicieux de fixer les conditions auxquelles ces affaires pourraient être admises. Cet article devrait être reformulé en ce sens.

Ad art. 60f

Nous considérons que la qualité pour recourir de l'OFAS est sujette à caution. La Commission de haute surveillance a déjà un droit de recours. Il existe ainsi un danger que la qualité pour recourir de l'OFAS conduise, dans un même cas, à des requêtes ou à des prises de position contradictoires entre l'OFAS et la Commission de haute surveillance.

Ad IV, al. 2 dispositions transitoires

Bien que nous comprenons la nécessité de transparence, nous estimons impossible, dans la pratique, l'entrée en vigueur des articles 48f à 48l et de l'article 49a, alinéa 2 au 1^{er} juillet 2011.

Cela ne conduit qu'à un surcroît d'activités administratives sans que la situation ne soit améliorée de manière significative. Nous proposons dès lors que toutes les dispositions entrent en vigueur au 1^{er} janvier 2012, d'autant que l'examen des dispositions mises en vigueur par anticipation, par l'organe de révision (puis par l'autorité de surveillance) serait vain puisque les institutions ne pourront les mettre en œuvre avant 2012.

La nouvelle ordonnance sur les fondations de placement de la prévoyance n'a pas fait l'objet d'une analyse particulière attendu qu'elle concerne ni les cantons, ni les autorités de surveillance régionales.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame, à l'assurance de notre considération distinguée.

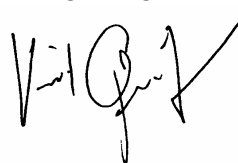
AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT



Pascal Broulis

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

Copies

- Office des affaires extérieures
- Autorité de surveillance des fondations